REPUBLICA DE COLOMBIA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

GACETA JUDICIAL

TOMO CVIII

1ª PARTE

TERCER TRIMESTRE DE 1.964
NUMERO 2273
BOGOTA, D. E.

"Saber las leyes non es tan solamente en aprender et decorar las letras dellas; mas en saber el su verdadero entendimiento".
(Siete Partidas: Partida 1a., Título I, Ley XIII)

LICENCIA NUMERO 451,
DE 7 DE MARZO E 1.936

REGISTRADO PARA CURSO LIBRE DE PORTE EN EL SERVICIO POSTAL

Gráficas del Fondo Rotatorio Judicial (Penitenciaría)

REPUBLICA DE COLOMBIA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: DR. EUSEBIO CAMACHO PINEDA

RELATOR DE LA CORTE

TOMO CVIII

PRIMERA PARTE

Este volúmen contiene los fallos proferidos por las Salas Plena, Civil y Laboral de la Corte durante el

TERCER TRIMESTRE DE 1.964

y consta de una entrega que se distingue con el

NUMERO 2273

BOGOTA, D. E. 1.966

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

SALA PLENA

Dr. Samuel Barrientos Restrepo, Presidente.
Dr. Humberto Barrera Dominguez, Vicepresidente.
Dr. Ricardo Ramirez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Dr. Arturo C. Posada, Presidente.
Dr. Ricardo Ramirez L., Secretario.

Magistrados: Doctores

Enrique Coral Velasco
Gustavo Fajardo Pinzón
José Hernández Arbeláez
Enrique López de la Pava
Arturo C. Posada
Julián Uribe Cadavid

SALA DE CASACION PENAL

Dr Simón Montero Torres, Presidente.
Dr. Pioquinto León L., Secretario

Magistrados: Doctores

Humberto Barrera Dominguez
Samuel Barrientos Restrepo
Simón Montero Torres
Gustavo Rendón Gaviria
Julio Roncallo Acosta
Primitivo Vergara Crespo

SALA DE CASACION LABORAL

Dr. Luis Alberto Bravo, Presidente.
Dr. Vicente Mejia Osorio, Secretario.

Magistrados: Doctores

Luis Alberto Bravo
Adán Arriaga Andrade
Luis Fernando Paredes A.
José Joaquín Rodriguez

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Dr. Efrén Osejo Peña, Presidente.
Dr. Jorge García Merlano, Secretario

Magistrados: Doctores

Ramiro Araújo Grau
Efrén Osejo Peña
Carlos Peláez Trujillo
Luis Carlos Zambrano

RELATORIA

Relator: Dr. Luis Ignacio Segura A.

Relatores Judiciales Auxiliares:

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

Julio a Septiembre de 1.964

SALA PLENA

Extractos de Jurisprudencia de Sala Plena, a cargo del Doctor LUIS IGNACIO SEGURA A., Relator de la Corte.

EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 2484 DE 27 DE OCTUBRE DE 1.960, "POR EL CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DE LOS MANIFIESTOS DE IMPORTACION QUE AMPARAN MERCANCIAS HOY DE PROHIBIDA IMPORTACION". ACUSACION DE DECRETOS. COMPETENCIA DE LA CORTE. CADUCIDAD. EXPROPIACION, CONFISCACION, DECOMISO.

A qué se contraen las atribuciones de la Corte cuando se trata de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno. Para determinar la jurisdicción de la Corte, basta que el Decreto se entienda dictado en ejercicio de facultades extraordinarias. 2. Qué es la caducidad. Si la ley la ha establecido, sus consecuencias son legítimas. La propiedad no es un derecho absoluto. El concepto de expropiación y sus diferencias fundamentales con la imposición y la confiscación en el derecho público. Naturaleza de la confiscación. El comiso o decomiso comparado con la confiscación. El Decreto demandado no quebranta los artículos 30, 34 y 16 de la Constitución Nacional.

1. La *caducidad* es un fenómeno jurídico en el que se estima que un determinado derecho deja de existir por un acto propio del titular, que omite ejercerlo dentro del plazo que la ley le ha señalado. Entiéndase como un *desestimiento* o como una *sanción*, sus consecuencias son legítimas si la ley ha establecido la *caducidad*.

2. El derecho de propiedad no es individualmente un derecho absoluto. Sobre él priven los motivos de utilidad pública o de interés social, derivados del concepto mismo de la propiedad como "una función social que implica obligaciones". Además, si la Constitución lo reconoce, la ley puede reglamentar su ejercicio, establecer sus limitaciones y sus cargos.

3. La *expropiación*, según lo ha dicho la Corte, "consiste en la privación de la propiedad por motivos de utilidad pública", concepto éste fundamentalmente distinto de los de imposición y confiscación en el derecho público. La constitución colombiana autoriza la expropiación cuando median "motivos de utilidad pública o de interés social", mediante sentencia judicial y excepcionalmente sin indemnización. Se la define como "el derecho de adquirir un bien de pertenencia particular, sin contrato con su dueño," siempre que la venta esté autorizada por la ley por causa de autoridad pública", o, también, como "una venta forzada que se impone al propietario en beneficio del público". (Daniel Antokoletz. Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo).

4. No cabe confundir una sanción o pena de decomiso con lo que jurídicamente significa la expropiación en el derecho público interno, para sacar

la imposible consecuencia de ser el Decreto violatorio, por este aspecto, del art. 30 de la Constitución.

La *confiscación*, pena prohibida expresamente por el artículo 34 de la Constitución, se la entiende como la expropiación de los bienes de un reo por el Estado. Ha sido abolida por la mayoría de las legislaciones no sólo porque recae indiscriminadamente sobre los bienes sino porque afecta de ordinario a personas ajenas al delito, o a bienes no afectos a la infracción perseguida.

"La confiscación es el absoluto despojo, sin compensación alguna que da por resultado la *pérdida total* de los valores confiscados sin resarcimiento alguno, y esto a beneficio del fisco, según lo expresa el vocablo" (Derecho Público Interno. T II pp. 73 y 74. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana).

La Corte en sentencia de 11 de Abril de 1.918 (Gaceta Judicial, XXVI, 241), expresó:

"La confiscación, según lo define Escriche, 'es la adjudicación que se hace al fisco de los bienes de un reo'. No debe confundirse la confiscación con la pena de multa que el legislador puede establecer contra los que quebranten sus ordenaciones". Por su parte el Dr. Alvaro Copete Lizarralde expone este concepto: "La expropiación carece en absoluto del carácter penal de la confiscación; se produce como consecuencia de una necesidad de interés general y no acarrea privación de la propiedad, sino un cambio de objeto mediante la indemnización que generalmente va aneja a la expropiación".

El *comiso o decomiso* tiene un aspecto penal (propio, convencional o administrativo), pero es cosa completamente distinta de la confiscación. Esta pena, las más de las veces de carácter político, ha sido proscrita de las Constituciones que reconocen la inviolabilidad de la persona humana y de la propiedad privada. La prohibe el artículo 34 de la Constitución Colombiana, en su sentido exacto. Pero el comiso particular o concreto, como sanción penal limitada y no comprensiva de los bienes de una persona, mal puede constituir confiscación, que supone apoderamiento (general o al menos excesivo) de los bienes a nombre de la autoridad y a título represivo.

Lo que el Decreto estatuye en cuanto al decomiso de mercancías no viola el artículo 34, precisamente porque es una represión por infracciones propias al régimen de aduanas, circunscrita a los efectos o mercancías de prohibida importación, conservados por comerciantes o personas contra las prohibiciones establecidas por el Gobierno, debidamente autorizado por el Congreso. El *comiso* suele entenderse como una confiscación en concreto, referida a las cosas u objetos de ilícito comercio, o provenientes o relacionadas en alguna forma con una infracción penal, tal como aparece reglado, inclusive con el nombre expreso de *confiscación* en el artículo 59 del Código Penal, 30, 316 y 702 del Código de Procedimiento Penal, señalado como sanción secundaria de algunos delitos, como puede verse en los arts. 166, 211 y 274, entre otros, del Código Penal, sin que tales disposiciones hagan referencia a la pena prohibida por el art. 34 de la Carta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, primero agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

El doctor Vicente Olarte de Mier, abogado titulado, en escrito presentado el 21 de junio de 1.961, sujeto en sus formas a los preceptos de la ley 96 de 1.936, solicita de la Corte "que se decrete mediante los trámites legales de rigor la inexequibilidad del decreto 2484 de octubre 27 de 1.960".

Surtido el traslado al señor Procurador General de la Nación, cuyo concepto es adverso a las pretensiones del demandante, la Corte procede a decidir.

ORIGEN Y CONTENIDO DE LOS PRECEPTOS ACUSADOS.

En desarrollo de la ley 130 de 1.959 y en especial del artículo 12, el Decreto dispuso:

"El Presidente de la República en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le fueron conferidas por el artículo 12 de Ley 130 de 1.959, y

CONSIDERANDO

"Que por el Decreto 112 de 18 de junio de 1.957, el Gobierno estableció una lista de mercancías cuya importación al territorio nacional quedaba prohibida.

"Que asimismo el artículo 1o. de la Ley 1a. de 1.959, facultó al Gobierno para establecer una lista de mercancías de prohibida importación, haciendo la salvedad de que, mientras ella se expidiera, seguiría en vigencia la adoptada por el artículo 1o. del Decreto extraordinario 112 antes mencionado.

"Que en tal virtud el Gobierno dictó el Decreto número 1346 de 10 de mayo de 1.959, en el cual se fijó nuevamente la lista de mercancías de prohibida importación.

"Que mediante manifiestos de importación de mercancías que eran de libre importación antes de ser dictados los citados Decretos, algunas personas tratan de amparar mercancías de prohibida importación adquirida de personas que las introducen ilegalmente al país, lo que constituye infracción de las disposiciones sobre contrabando, a la luz del artículo 3o. de la Ley 1a. de 1.959.

"Que de conformidad con el artículo 12 de la Ley 130 de 1.959, el Gobierno está facultado para adoptar las medidas indispensables, a fin de prevenir el contrabando de importación y exportación.

DECRETA:

"Artículo 1o. A partir del 31 de diciembre de 1.960, quedan sin valor alguno para los efectos de las disposiciones aduaneras, los manifiestos que ampararon mercancías que hoy son de prohibida importación.

"Parágrafo. Cuando se declare de prohibida importación determinada mercancía, los respectivos manifiestos solamente tendrán valor por el término de un año, a partir de su fecha.

"Artículo 2o. Todos los comerciantes o personas que en el territorio nacional mantengan mercancías de prohibida importación, importadas cuando existía libertad para ello, quedan obligados a presentar antes del 31 de diciembre próximo, ante el Administrador de la Aduana de su jurisdicción distrital aduanera, junto con el respectivo manifiesto, una lista detallada de las cantidades de cada clase de mercancías o existencias que tengan aún en su poder.

"Parágrafo. En el Distrito Aduanero de Bogotá, el manifiesto y listas serán presentados a la División de Aduanas.

"Artículo 3o. La administración de la Aduana ordenará inmediatamente que funcionarios aduaneros hagan revisión y constatación de tales mercancías, dejando la constancia del caso en las listas presentadas a la Aduana y en las copias que queden en poder del comerciante.

"Artículo 4o. Se concede un término de cuatro meses, a partir del 31 de diciembre de 1.960, para que todo comerciante o persona realice las existencias declaradas conforme a lo previsto en el artículo anterior.

"Parágrafo. Vencido dicho término, ningún comerciante o persona podrá tener en su poder mercancías de prohibida importación, y serán decomisadas por la Aduana las que se encontraren al practicársele visita, para lo cual se dictará resolución por el Administrador.

"Artículo 5o. A los comerciantes o personas que no hubieren presentado listas y manifiestos dentro del término establecido, y se les encontraren mercancías de prohibida importación, les serán decomisadas conforme lo dispuesto en el parágrafo del artículo anterior.

"Artículo 6o. Cuando los viajeros procedentes del Exterior o de San Andrés y Providencia, se excedieren en el número, peso o valor de los artículos permitidos por los reglamentos, el respectivo Administrador de Aduana sancionará la infracción con el decomiso de la totalidad de las mercancías nuevas y no solamente de la excesivas.

"Artículo 7o. Contra las resoluciones que dicten los Administradores de Aduana de conformidad con los artículos anteriores, proceden el recurso de reposición y el de apelación ante la División de Aduanas.

"Parágrafo. Si tramitada la reposición, la Aduana revocare o modificare su resolución, tal proveído será consultado con la División de Aduanas, pero las mercancías no podrán ser entregadas sino después de ejecutoriada la providencia definitiva.

"Artículo 8o. Las resoluciones a que se refiere el artículo anterior, no son acusables ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa, de conformidad con el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo.

"Artículo 9o. El presente Decreto regirá desde su fecha".

FUNDAMENTOS DE LA ACUSACION

Los textos constitucionales que el actor estima infringidos son los artículos 30, 34 y 16. Argumenta al respecto en orden a fundar la petición de inexequibilidad:

"1o. Que el Decreto 2484 de octubre 27 de 1.960 deja sin valor alguno, para los efectos aduaneros, los manifiestos que ampararon la importación de mercancías que hoy son de prohibida importación.

"2o. Que ningún comerciante o persona podrá tener mercancías de prohibida importación que fueron adquiridas legalmente, y que le serán decomisadas por la aduana las que se encontraren en su poder, al serles practicada visita por la misma entidad, sin que medie sentencia judicial e indemnización previa, o sin determinar a que no haya lugar a indemnización, no mediando el voto de la mayoría de los miembros de una y otra Cámara.

"3o. Que por consiguiente, el Decreto antes referido viola al artículo 30 de la Constitución, ya que dicho artículo garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles y el decreto al ordenar que los comerciantes o personas no podrán tener en su poder mercancías adquiridas con justo título, y les serán decomisadas, no está garantizando la propiedad privada, como lo ordena el artículo 30 de la Constitución, por el contrario, da la facultad a los agentes del Gobierno para incautar los bienes adquiridos con justo título.

"4o. Que el Decreto demandado viola el artículo 30 de la Constitución ya que ordena expropiar las mercancías adquiridas con justo título, sin que medie sentencia judicial e indemnización previa.

"5o. Que el Decreto 2484, antes citado, viola la Constitución en su artículo 30 al declarar caducados los manifiestos de aduana, que amparan las mercancías hoy de prohibida importación, y legalmente adquiridas cuándo la importación era permitida, ya que el referido artículo ordena garantizar los derechos adquiridos con justo título que no pueden ser vulnerados por ley posterior, y al decretar la caducidad de los manifiestos, termina con un derecho adquirido ya que el manifiesto es el comprobante de la legitimidad de la adquisición de un bien, y al declararlo caducado, extingue el valor de la prueba de la legitimidad del derecho, está avocada a perderlo, y por tanto puede ser atropellada por los agentes del Gobierno, lo que es contrario a la garantía que ellos mismos le deben prestar por mandato constitucional.

"6o. Que al ordenar el Decreto la caducidad de los manifiestos y el decomiso de las mercancías verificaría una confiscación, y por consiguiente viola el artículo 34 de la Constitución Nacional.

"7o. Y si lo anterior no fuere suficiente, el decreto acusado viola el artículo 16 de la Constitución por razón de que las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes, y al ordenar que se pueden confiscar los bienes por medio de una resolución y dar por terminados los manifiestos de aduana que son el certificado de la honorabilidad del comerciante, no se presta el fin para el cual la Constitución estableció que fueron instituidas las autoridades".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

Estima el señor Procurador:

a) Que el decreto acusado no es violatorio del artículo 30 de la Carta por que constituye simple reglamentación de los derechos adquiridos, dictada "en ejercicio de las facultades que la misma Constitución y la Ley 130 de 1.959 le confirieron para prevenir el contrabando de importación y exportación";

b). Que en modo alguno la normación del Decreto desconoce "la propiedad de los comerciantes sobre las mercancías que fueron importadas cuando existía libertad para ello, sino que lo reglamentó y no puede perderse de vista que el texto mismo del artículo 30 invocado por el demandante, a la vez que consagra el principio de que el interés privado deberá ceder al público o social, incluye la noción de propiedad como función social";

c). Que "si los manifiestos de importación de mercancías que eran de libre importación antes de ser dictados los decretos números 112 y 1346 de 1.957 y 1.959, respectivamente, eran utilizados para amparar mercancías de prohibida importación, introducidas ilegalmente al país, el Ejecutivo estaba en la obligación de tomar las medidas conducentes para evitarlo, máxime que para ello había sido expresamente facultado por el Legislador";

d). Que no entraña confiscación el decomiso de mercancías "previsto en los artículos 4o. y 5o. del decreto acusado" sino "una simple sanción de carácter policivo, que en el caso de autos, impone el Ejecutivo a los transgresores de las normas reglamentarias que el mismo decreto contiene", lo que indica que no hay lugar a hablar de quebrantamiento del artículo 34 de la Constitución; y

e). Que es consecuencia obvia de todo lo anterior "que la norma contenida en el artículo 16 de la Constitución tampoco ha sufrido menoscabo, ya que en forma alguna aparecen vulnerados los bienes tutelados por ella, y antes por el contrario, las medidas tomadas por el Ejecutivo en orden a prevenir el contrabando tratan de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales que competen tanto al Estado como a los particulares".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. La guarda de la integridad de la Constitución confiada a la Corte dentro de los precisos límites del artículo 214 de la Carta, cuando se trata de decidir sobre la inexequibilidad de los Decretos dictados por el Gobierno, se contrae a los que tienen su origen en los artículos 76 (ordinales 11 y 12) y 121, "cuando fueren acusados ante ella de inconstitucionalidad por cualquier ciudadano".

2. El Decreto 2484 de 1.960 a que se refiere la acusación fué expedido por el Gobierno "en uso de sus facultades legales, y en especial de las que le fueron conferidas por el artículo 12 de la Ley 130 de 1.959, que sustituyó el artículo 32 de la Ley 1a. de 1.959, textos que en su orden, expresan:

"Artículo 12 El inciso segundo del artículo 32 de la Ley 1a. de 1.959, quedará así: 'El Gobierno Nacional queda autorizado para adoptar las medidas que sean indispensables a fin de prevenir el contrabando de importación y exportación y reglamentar el tráfico fronterizo, lo mismo que para señalar las sanciones a que quedarán sujetos los importadores, exportadores, negociantes y transportadores que tuvieren participación directa o indirecta en el tráfico de contrabando.

"Artículo 32.... El Gobierno Nacional queda autorizado para adoptar las medidas que sean indispensables a fin de prevenir el contrabando de exportación o 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 tuvieren participación directa o indirecta en el tráfico de contrabando de este producto".

3. Aunque el acusador dá por cierto que el Decreto 2484 de 1.960 fué expedido por el Gobierno en desarrollo de facultades extraordinarias conferidas por el Congreso en los términos del ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional -criterio que también acoge la Procuraduría- la Corte se abstiene de referirse a este punto teniendo en cuenta que la Ley 130 de 1.959 no es la enjuiciada y que el acotado Decreto se entiende dictado en virtud de facultades extraordinarias, factor determinante de la jurisdicción de la Corte, conforme al artículo 214 de la Carta.

4. Las medidas adoptadas por el Decreto a que la demanda se refiere son, en esencia, preventivas del contrabando de importación, susceptible de presentarse o estimularse en virtud de las modificaciones hechas por el mismo Gobierno a las listas de mercancías de prohibida importación, entre los años de 1.957 y 1.959 y a las que en lo sucesivo pudiera hacer, de no señalarse y fijarse un término preciso de vigencia de los manifiestos respectivos.

5. Evidentemente el artículo 1o. del Decreto 2484 estableció la caducidad de los manifiestos, a partir del 31 de diciembre de 1.960 "que ampararon mercancías que hoy son de prohibida importación", y dió el término de un año a los importadores para hacer valer los manifiestos cuándo después de su expedición "se declare de prohibida importación determinada mercancía" amparada por ellos, vencido el cual, también se produce la caducidad de los manifiestos. Esta forma de extinción del derecho de los importadores para el libre comercio, resultante de las normas a que se alude, incide además para configurar una infracción al régimen aduanero que acarrea la sanción penal de comiso (arts. 4o. y 5o. del Decreto)

6. La caducidad a que alude el actor es un fenómeno jurídico en el que se estima que un determinado derecho deja de existir por un acto propio del titular, que omite ejercerlo dentro del plazo que la ley le ha señalado. Entiéndase como un desistimiento o como una sanción, sus consecuencias son legítimas si la ley ha establecido la caducidad.

Al consignarla el decreto respecto de los manifiestos y señalar la pena de comiso para los eventos que las disposiciones acatadas contemplan, en opinión del acusador, se violaron los artículos de la Constitución, a que antes se hizo referencia.

En primer lugar, la caducidad de los manifiestos de importación contraría el artículo 30 de la Carta que garantiza "la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles", porque, como consecuencia viene a autorizarse la expropiación de las "mercancías adquiridas con justo título, sin que medie sentencia judicial e indemnización previa".

En segundo lugar, como resultado de la misma caducidad y autorización para el decomiso de las mercancías, se viola el artículo 34, puesto que el decomiso equivale jurídicamente a la confiscación, pena expresamente prohibida por ese texto constitucional.

7. Los planteamientos principales, referidos en su fondo al derecho de propiedad, para enfrentar el Decreto demandado a la Constitución, no son exactos, como pasa a demostrarse:

El derecho de propiedad no es individualmente un derecho absoluto. Sobre él privan los motivos de utilidad pública o de interés social, derivados del

concepto mismo de la propiedad como "una función social que implica obligaciones". Además, si la Constitución lo reconoce, la ley puede reglamentar su ejercicio, establecer sus limitaciones y sus cargas.

La expropiación, según lo ha dicho la Corte, "consiste en la privación de la propiedad por motivos de utilidad pública", concepto éste fundamentalmente distinto los de imposición y confiscación en el derecho público. La Constitución Colombiana autoriza la expropiación cuando median "motivos de utilidad pública o de interés social", mediante sentencia judicial y excepcionalmente sin indemnización. Se la define como "el derecho de adquirir un bien de pertenencia particular, sin contrato con su dueño, siempre que la venta esté autorizada por la ley por causa de utilidad pública", o, también, como "una venta forzada que se impone al propietario en beneficio del público". (Dr. Daniel Antokoletz. Tratado de Derecho Constitucional y Administrativo).

Siendo ello así, carece de afinencia jurídica el planteamiento del acusador, pues no cabe confundir una sanción o pena de comiso con lo que jurídicamente significa la expropiación en el derecho público interno, para sacar la imposible consecuencia de ser violatorio, el Decreto, por este aspecto, del artículo 30 de la Constitución.

La confiscación, penal prohibida expresamente por el artículo 34 de la Constitución, se la entiende como la apropiación de los bienes de un reo por el Estado. Ha sido abolida por la mayoría de las legislaciones no sólo porque recae indiscriminadamente sobre los bienes sino porque afecta de ordinario a personas ajenas al delito, o a bienes no afectos a la infracción perseguida.

"La confiscación es el absoluto despojo, sin compensación alguna que da por resultado la pérdida total de los valores confiscados sin resarcimiento alguno, y esto a beneficio del fisco, según lo expresa el vocablo" (Derecho Público Interno. T. II. pp. 73 y 74. Biblioteca Popular de Cultura Colombiana).

La Corte en sentencia de 11 de abril de 1.918 (G. J. T. 26. P. 241), expresó:

"La confiscación, según lo define Escriche, 'es la adjudicación que se hace al fisco de los bienes de un reo'.

"No debe confundirse la cofiscación con la pena de multa que el legislador pueda establecer contra los que quebrantan sus ordenaciones".

Por su parte, el doctor Alvaro Copete Lizarralde expone este concepto:

"La expropiación, carece en absoluto del carácter penal de la confiscación; se produce como consecuencia de una necesidad de interés general y no acarrea privación de la propiedad, sino un cambio de objeto merced a la indemnización que generalmente va aneja a la expropiación".

8. El comiso o decomiso tiene un aspecto penal (propio, contravencional o administrativo), pero es cosa completamente distinta de la confiscación. Esta pena, las más de las veces de carácter político, ha sido proscrita de las constituciones que reconocen la inviolabilidad de la persona humana y de la propiedad privada. La prohibe el artículo 34 de la Constitución Colombiana, en su sentido exacto. Pero el comiso particular o concreto, como sanción penal limitada y no

comprensiva de los bienes de una persona, mal puede constituir confiscación, que supone apoderamiento (general, o al menos excesivo) de los bienes a nombre de la autoridad y a título represivo.

Lo que el Decreto estatuye en cuanto al decomiso de mercancías no viola el artículo 34, precisamente porque es una represión por infracciones propias al régimen de aduanas, circunscrita a los efectos o mercancías de prohibida importación, conservados por comerciantes o personas contra las prohibiciones establecidas por el Gobierno, debidamente autorizado por el Congreso.

9. El comiso suele entenderse como una confiscación en concreto, referida a las cosas u objetos de ilícito comercio, o provenientes o relacionadas en alguna forma con una infracción penal, tal como aparece reglado, inclusive con el nombre expreso de confiscación en los artículos 59 del C. P., 30, 316 y 702 del C. de P. P., señalado como sanción secundaria de algunos delitos, como puede verse de los artículos 166, 211 y 274, entre otros, del C. P., sin que tales disposiciones hagan referencia a la pena prohibida por el artículo 34 de la Carta.

10. Si, por todo lo dicho, el acto demandado no quebranta los artículos 30 y 34 de la Carta, necesariamente el cargo de inexequibilidad por violación del artículo 16 ibidem carece de todo fundamento, pues éste se limita a imponer a las autoridades el deber de tutelar los derechos de los asociados.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala Plena-, acorde con la opinión del señor Procurador General de la Nación, y en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA EXEQUIBLE el Decreto 2484 de 27 de octubre de 1.960 "por el cual se declara la caducidad de los manifiestos de importación que amparan mercancías hoy de prohibida importación", a que se ha hecho mérito.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo. - Humberto Barrera Domínguez. - Enrique Coral Velasco. - Gustavo Fajardo Pinzón - Enrique López de la Pava. - Luis Fernando Paredes. - Arturo C. Posada, (Salvando Voto). - Julio Roncallo Acosta. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Ramiro Araújo Grau. (Salvando Voto). - Luis Alberto Bravo. - Adán Arriaga Andrade. (Salvando Voto). - José Hernández Arbeláez, (Salvando Voto). - Simón Montero Torres. - Carlos Peláez Trujillo. (Salvando Voto) Efrén Osejo Peña. - José Joaquín Rodríguez, (Salvando Voto). - Julián Uribe Cadavid. - Luis Carlos Zambrano. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. CARLOS PELAEZ TRUJILLO. ADHESION AL MISMO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ADAN ARRIAGA ANDRADE Y JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ.

En ejercicio de la facultad extraordinaria que le otorgó la ley 130 de 1.959 para reprimir el contrabando, el Gobierno Nacional dictó el decreto número 2484 de 27 de octubre de 1.960, cuyo artículo 4o. dispone:

"Se concede un término de cuatro meses, a partir del 31 de diciembre de 1.960, para que todo comerciante o persona realice las existencias declaradas conforme a lo previsto en el artículo anterior.

"Parágrafo. Vencido dicho término, ningún comerciante o persona podrá tener en su poder mercancías de prohibida importación, y serán decomisadas por la aduana las que se encontraren al practicársele visita, para lo cual se dictará resolución por el administrador".

No distingue esta regla, para efecto del decomiso, las mercancías importadas y nacionalizadas con arreglo a las disposiciones sobre control de cambios e importaciones y régimen aduanero vigentes en el momento de la nacionalización, de las introducidas al país a hurto de ellas, sino que es aplicable a unas y otras indiscriminadamente si transcurridos cuatro meses a partir del 31 de diciembre de 1.960 todavía se encuentran en poder del comerciante.

En fallo de esta fecha la Corte declara exequible tal disposición por motivos que resumidamente aparecen expresados en las siguientes proposiciones de la mencionada providencia:

"El derecho de propiedad no es individualmente absoluto. Sobre él privan los motivos de utilidad pública o de interés social derivados del concepto mismo de propiedad como 'una función social que implica obligaciones'. Además, si la Constitución lo reconoce, la ley puede reglamentar su ejercicio, establecer sus limitaciones y sus cargas. (. . . No cabe confundir una sanción o pena de decomiso con lo que jurídicamente significa expropiación en el derecho público interno, para sacar la imposible consecuencia de ser violatorio el decreto, por este aspecto, del artículo 30 de la Constitución".

Son entonces cuestiones capitales que deben examinarse en este caso el contenido y extensión del artículo 30 que acaba de mencionarse, para establecer si el artículo 4o. del decreto 2484 viola o no viola sus normaciones, y si en el caso previsto en esta última disposición cabe la sanción de decomiso de las mercancías.

1) Reza así el artículo 30 de la Constitución (10 del Acto Legislativo número 1 de 1.936):

"Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

"La propiedad es una función social que implica obligaciones.

"Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

"Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra cámara".

Regula esta norma la garantía ofrecida a la propiedad desde un doble punto de vista: el individual y el social. Entiende ese derecho como subjetivo, es decir, como un atributo de la personalidad, por lo cual no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores, sin perjuicio de asignarle una función social en virtud de la cual el interés público prevalece sobre el privado o particular. La propiedad no es, evidentemente, según la Carta, un derecho absoluto, sino sujeto a restricciones en obsequio del interés común; pero estas restricciones tampoco pueden llegar al desconocimiento de ella como derecho subjetivo, es decir, como potestad de usar, disfrutar y disponer de bienes materiales inherente a la naturaleza humana. Conjuga así la regla legislada el interés privado y el social: el deber y el poder -como lo hace Duguit- de emplear la riqueza en la satisfacción de las "necesidades individuales" y en el desarrollo de la propia personalidad, con el deber, y consiguientemente, el poder de utilizarla en la satisfacción de las "necesidades comunes" (Las transformaciones generales del derecho privado). De este modo, la concepción duguitiana de la función de la propiedad se identifica -salvo en lo que concierne a la naturaleza del derecho al que el maestro Bordelès niega la calidad de subjetivo- con la recogida en el artículo 10 del Acto Legislativo número 1 de 1.936, y también en los artículos 31 y 32 de la Constitución de 1.886 a los que aquél nada agrega, como durante su discusión en el senado lo afirmó el ministro Darío Echandía al decir que la fórmula del 86, según la cual el interés particular debe ceder al público cuando ambos se hallen en conflicto, expresa mejor que la de la función social el pensamiento y el propósito del Constituyente de 1.936. Y efectivamente, el concepto de utilidad pública utilizado en el primitivo artículo de la Constitución en nada difiere del de función social tomado por el Constituyente de 1.936 de Augusto Comte y de Leon Duguit. Uno y otro expresan una misma idea, la de bien público, que consiste en procurarle a todos los hombres las condiciones y medios necesarios para el desarrollo y perfeccionamiento armónico de su personalidad, en lo material y espiritual. A propósito Ripert, haciendo la crítica del sistema duguitiano sobre la propiedad, cita la siguiente frase en que Trotabas consigna cual es la idea cardinal de la escuela de la interdependencia y de la función social de la propiedad: "Hay una imagén complementaria que es necesario cada dia más colocarla al lado de la propiedad inviolable y sagrada, según el antiguo cartabón revolucionario: es la idea de la utilidad pública" (Le déclin dudroit); idea, esta de la utilidad pública, que con la de derecho subjetivo inviolable fijan el criterio de nuestro Cons-

tituyente sobre el contenido de la noción de propiedad y circunscriben el ámbito de la respectiva regulación.

Sobre estas directrices, cómo traza la norma fundamental los límites de la potestad legislativa? De modo muy sencillo: si en virtud de la función social que tiene la propiedad, al dueño le incumben deberes con la sociedad, y por tanto su interés debe ceder al social o público en caso de conflicto, es obvio que la ley puede imponer limitaciones y restricciones de diverso orden al ejercicio del respectivo derecho, en beneficio de la comunidad, las que en caso de necesidad pueden llegar al desapoderamiento; pero asimismo, como el de propiedad es un derecho subjetivo, y por consiguiente, inviolable, que por ello no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores, debe resarcirse cualquier daño que con la aplicación de la ley nueva se cause, y en caso de desposesión, realizarse ésta por la vía de la expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa, no pudiendo ésta omitirse sino en casos excepcionales, por razones de equidad. La prevalencia de la utilidad pública sobre el interés particular, que permite regulaciones restrictivas del ejercicio del derecho, y aún la desposesión del propietario, asegura que la propiedad se utilice con fines sociales o de beneficio común, es decir, que ella cumpla su función social; pero asimismo, cuando se hace necesaria la transferencia del dominio, la vía judicial garantiza la imparcialidad y la justicia en la solución del conflicto, y el resarcimiento, que sustituye al bien expropiado, cumple la función de procurar al dueño los medios de adquirir otro bien que reemplace al de que se le privó, con lo cual se previene el detrimento de su patrimonio y se acata el principio de que los derechos adquiridos con justo título no pueden ser desconocidos ni vulnerados. Es significativo que -salvo en los casos excepcionales en que una constitución permite la nacionalización de la propiedad privada por ley- aún las legislaciones que han consagrado el principio de que la propiedad tiene una función social lo han hecho en la inteligencia de que la mayor restricción que puede imponérsele es la expropiación con resarcimiento.

El artículo 4o. del decreto acusado de inconstitucionalidad dispone que "ningún comerciante o persona podrá tener en su poder mercancías de prohibida importación", una vez expirado el término de cuatro meses que a partir del 31 de diciembre de 1.960 concede para realizarlas, sin excluir las importadas y nacionalizadas conforme a la legislación vigente en el momento de la nacionalización, lo que significa que la regla afecta derechos adquiridos con arreglo a las leyes, los que consiguientemente tienen mérito para recibir la protección que acuerda el artículo 30 de la Carta; y los afecta en forma radical, mediante la privación al comerciante de bienes que no puede tener en su poder a pesar de haberlos adquirido legítimamente cuando aún no regía precepto que limitara la duración del respectivo derecho. La prohibición al dueño de conservar la cosa en su poder implica la privación de todos los atributos del dominio, o sea, que equivale a la privación de la propiedad misma. La ley bien puede restringir o someter a condiciones el uso, el goce y el sistema y modalidades de la transferencia del dominio, pero esas restricciones de ningún modo pueden llegar al extremo de impedir la conservación de la cosa -salvo expropiación judicial-, porque aunque en nuestro sistema la ley nueva puede innovar la vocación para adquirir un derecho y los efectos pendientes o no consumados de una situación jurídica concreta, establecida al amparo de una ley anterior, no puede hacer lo mismo con esta situación, o sea, con el derecho adquirido bajo el imperio de la ley antigua; y la conservación de la propiedad no es simple aptitud jurídica ni efecto pendiente de

un acto jurídico, sino verdadero derecho que con ella se adquiere y en cierto modo se confunde, al punto de que desaparecido ese derecho se pierden los de usarla y disfrutarla y aún se hace difícil el de disponer de ella. Por eso se reconoce a la propiedad la calidad de perpetua, ya que cuando no media la voluntad del titular sólo puede procederse a su extinción por la vía de la expropiación judicial. Es ésta la máxima restricción a que el legislador puede someterla por motivos de utilidad pública, este es, para procurar que cumpla la función social que el Constituyente le encomienda.

Bien se echa de ver, por otra parte, que tratándose de mercancías importadas legítimamente, con arreglo a las leyes vigentes en el momento de su nacionalización, no puede haber lugar al decomiso de las que transcurridos cuatro meses de la fecha indicada en el decreto se hallen en poder de comerciante, porque como con acierto lo dice el fallo el decomiso es figura propia del derecho penal, que no se aplica sino a consecuencia de contravenciones o delitos, y no infringe la ley quien ejerce un derecho en la forma como la Constitución lo garantiza. La pérdida de las mercancías no es en este caso, no obstante la apariencia de sanción que se le ha dado, pero que no le corresponde en realidad, sino el medio de hacer efectiva una desposesión que legítimamente no podía realizarse sino mediante expropiación judicial.

Por estos motivos, sin mengua del respeto que me merece la opinión de la Corte y del respeto que debo a sus decisiones, me aparto de su concepto respecto de la exequibilidad del artículo 4o. del decreto acusado, en cuanto dispone la pérdida para el dueño de mercancías nacionalizadas con arreglo a la legislación vigente cuando fueron importadas, con quebranto, a mi parecer, de la norma constitucional que prohibe vulnerar derechos adquiridos, y por eso salvo mi voto.

Fecha: ut supra.

Carlos Peláez Trujillo.

Adhiero, *Adán Arriaga Andrade.* Adhiero, *José Joaquín Rodríguez.*

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. RAMIRO ARAUJO GRAU ADHESION AL MISMO EN LO FUNDAMENTAL, DEL MAGISTRADO DR. JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, Y DEL MAGISTRADO DR. ARTURO C. POSADA A LO EXPUESTO EN LOS PUNTOS 2o, 3o, 4o. Y 5o.

Expongo a continuación algunas de las razones por las que he salvado el voto en la sentencia de Corte Plena que ha declarado exequible el Decreto 2484 de 1.960.

1. El art. 12 de la Ley 130 de 1.959 es del siguiente tenor: "El inciso segundo del artículo 32 de la Ley 1a. de 1.959, quedará así: 'El Gobierno Nacional queda autorizado para adoptar las medidas que sean indispensables a fin de prevenir el contrabando de importación y exportación y reglamentar el tráfico fronterizo, lo mismo que para señalar las sanciones a que quedarán sujetos los importadores, exportadores, negociantes y transportadores que tuvieren participación directa o indirecta en el tráfico de contrabando'".

Ni en el texto del artículo como puede apreciarse, ni en ningún otro precepto legal aparecen conferidas tales facultades en forma "pro tempore"; luego es por demás obvio que el Gobierno no quedó investido de las facultades de que trata el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta, sino de las aludidas por el ordinal 11 del mismo artículo, o sea, para "negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, y ejercer otras funciones dentro de la órbita constitucional". Por manera que en el ejercicio de las autorizaciones que el Gobierno recibió por obra del artículo 12 de la Ley 130 de 1.959 no podía salirse de su "órbita constitucional".

Ahora bien: es palmario que entre las facultades constitucionales del Gobierno no figuran las de legislar en la forma como lo hizo en el Decreto 2484 de 1.960, en el que se crean figuras delictivas o contravencionales y se introducen importantes modificaciones al Código de Aduanas, que sólo el Congreso normalmente podría hacer. En tal virtud son inexequibles por este aspecto los artículos 4o., 5o. y 6o., que crean figuras delictivas nuevas. Y también el 1o. que quita a los manifiestos de Aduana el valor probatorio que el Código de Aduanas les reconoce en cuanto a la correcta nacionalización de las mercancías relacionadas en él. Igualmente resultan inexequibles los artículos 6o. y 7o. que llevan al conocimiento de funcionarios especiales, cuales son los administradores de Aduana, que en ninguna medida pertenecen a la Rama Jurisdiccional, la aplicación de las sanciones de los delitos antes aludidos.

2. Aunque se considere que el Gobierno sí había quedado investido de facultades extraordinarias, el Decreto sería inexequible en cuanto se excedió en su ejercicio, como pasa a demostrarse.

El artículo 12 de la Ley 130 de 1.959, que confirió las facultades, es conceptualmente divisible en dos partes como resulta de su sola lectura. En la primera

se dan autorizaciones para prevenir el contrabando y reglamentar el tráfico fronterizo; en la segunda, para "señalar las sanciones a que quedarán sujetos los importadores, exportadores, negociantes y transportadores que tuvieren participación directa o indirecta en el tráfico de contrabando". Distinguió, pues, nitidamente el legislador entre medidas preventivas y punitivas, y respecto a estas últimas la autorización quedó estrictamente circunscrita a una cierta categoría de personas: importadores, exportadores, negociantes y transportadores que tuvieren participación siquiera indirecta en el ilícito del contrabando. No podía en consecuencia el Gobierno, en su función punitiva, hacer cosa distinta de fijar las penas a que quedarían sometidos en lo sucesivo los contrabandistas de la categoría económica allí indicada. Pero el artículo 4o. no fija sanción a contrabandista alguno, sino que crea una figura delictiva nueva, consistente en no "realizar" dentro de determinado tiempo (cuatro meses) las mercancías que tenga cualquier persona, comerciante o no, y que debieron ser relacionadas en las listas de que habla el artículo 2o. del Decreto. O sea, que se señala una sanción tan grave como el decomiso por el hecho de la posesión de mercancías respecto a las cuales no hay constancia alguna de que hayan sido introducidas de contrabando; todavía más, respecto a las cuales se tiene el convencimiento de su correcta nacionalización, ya que dichas mercancías debieron ser relacionadas en las listas acabadas de aludir, a las cuales se debieron acompañar los "correspondientes manifiestos", acreditadores de su legítima introducción al país. Es evidente, pues, la extralimitación en el ejercicio de las facultades.

También contiene extralimitación el artículo 5o., que castiga con el decomiso de las mercancías a quienes no cumplan con la obligación que impone el art. 2o. de relacionar en listas que se presentarían a los Administradores de Aduana, las mercancías que, habiendo sido nacionalizadas legítimamente, su especie hubiere quedado incluida luego en el catálogo de las de prohibida importación, y que se posayeran en 31 de Diciembre de 1.960. Aquí se sanciona, no porque aparezca probada la irregular importación de la mercancía, sino por el hecho de no haber sido relacionadas en las mencionadas listas; o sea, que se crea una figura delictiva especial, independientemente de la irregular introducción de la mercancía, para lo cual no estaba autorizado el Gobierno, como ya se vio.

No se diga que los artículos 4o. y 5o. contienen medidas preventivas del contrabando, por cuanto los delitos que en ellas se crean tiendan a desalentar la actividad de los contrabandistas. Esto es inaceptable, proque doctrinaria y conceptualmente una cosa es la labor preventiva y otra bien distinta la punitiva, y los autores del artículo 12 de la Ley 130 de 1.959, lo tenían bien sabido, como que expresamente contemplaron una y otra actividad, pero restringiendo el ámbito en que el Gobierno podía desarrollar la segunda a la fijación de sanciones a los contrabandistas.

3. Prescindiendo de las anteriores tachas, hay artículos del Decreto 2484 que violan directamente y por sí mismos textos de la Carta.

Los manifiestos de aduana, una vez puestas en ellos las constancias oficiales de haber sido legalmente tramitados, (lo que implica la afirmación de que se verificó que la mercancía declarada correspondía a la importada, de que era legítima su importación en ese momento, de que fue aforada, de que los correspondientes derechos de importación fueron cancelados y de que los artículos fueron entregados al importador o a su representante) constituyen la prueba de la correcta nacionalización de mercancías extranjeras. De manera que al dejar sin valor a partir del 31 de Diciembre de 1.960 a los manifiestos que amparen mer-

cancias que luego, a la fecha del decreto, no pudieron seguirse importando por haber sido llevada su especie a la lista de las de prohibida importación, conculcó abiertamente el derecho de propiedad, garantizado por el artículo 30 de la Carta, que los comerciantes habían adquirido sobre tales mercancías, introducidas al país en forma absolutamente legítima, pero que desde el citado 31 de Diciembre quedaron bajo una presunción de derecho de ser objetos de contrabando, y por consiguiente expuestos sus propietarios a que se las decomisen las autoridades aduaneras y a que se les siga un proceso por contrabandistas que los llevaría a sufrir la pérdida de la libertad y otras no menos graves consecuencias.

Tal conculcación no deja de producirse aunque se alegue que el artículo 1o. en comento no debe considerarse aisladamente sino en relación con el 2o. que ordena a toda persona, aunque no sea comerciante, ("todos los comerciantes o personas") a relacionar en listas que debían entregar a los administradores de aduana, las mercancías que tuvieran en su poder en 31 de Diciembre de 1.960 y que, si bien importadas legítimamente, quedaron por esa fecha incluídas en la lista de las de prohibida importación. No deja de producirse, en primer lugar, porque resulta evidentemente angustioso el término de dos meses que tendrían los poseedores de las mercancías para hacer las aludidas listas y llevarlas al Administrador de Aduana de su jurisdicción. Piénsese en que la obligación de hacer tales listas pesaba sobre toda persona, comerciante o no, y que a dichas listas debían acompañarse los respectivos manifiestos, lo que implicaba una árdua labor para quienes no las habían importado, sino que las habían adquirido de los importadores, o de quienes las habían comprado a éstos, labor para cuya exitosa realización, por otra parte, debían contar con la benévola colaboración de los aludidos antecesores jurídicos de los bienes, condicionada, a su turno, entre otras cosas, por el sistema de organización de cada negocio, que según fuera más o menos perfecta permitiría con mayor o menor facilidad la localización de los manifiestos, los cuales, por lo demás, no siempre podrían ser suministrados por el importador, como cuando, por referirse a una pluralidad de artículos, tuviera él mismo que presentarlos junto con la lista que le correspondiera entregar.

Finalmente debe pensarse en la multitud de poblaciones que no quedan cercanas a Aduanas. Todas las anteriores dificultades suben de punto con relación a los no comerciantes, a quienes también obliga la prescripción del artículo 2o., para quienes es prácticamente imposible a veces recordar siquiera donde adquirieron determinado artículo extranjero. Ahora bien: por más buena intención que se tenga al ordenar un cambio de prueba, la medida es conculcatoria del derecho de propiedad si no se garantiza a los afectados con ella la máxima facilidad para obtenerla, y por lo antes expuesto resulta palmario que esa garantía no la dio el artículo 3o. del Decreto. Por consiguiente infringe el artículo 30 de la Carta, al igual que lo hace el 5o., que fija la pena del decomiso a quienes no presenten las listas.

4. También va contra la garantía del artículo 30 de la Carta el artículo 4o. del Decreto, que sanciona con el decomiso de la mercancía a quienes, habiendo presentado las listas de que habla el 3o., no "realicen" esas mercancías dentro del término de cuatro meses, a partir del 31 de Diciembre de 1.960. Y es obvio, ya que esas mercancías habían sido introducidas al país con el lleno de todos los requisitos de ley, cuando su importación era permitida, y sin haber estado sujetas a condición alguna. Y el Estado, que había permitido una tal importación incondicional, viene ahora a imponer un gravamen al importador (y en general a toda persona que hubiera adquirido la mercancía) que consiste en la ejecución de un hecho cuya realización no depende de su propio arbitrio, como que para

vender se necesita la existencia de un comprador. Y si se entiende que la realización que ordena el artículo 4o. puede consistir en la donación o en la mera destrucción, resultaría evidentemente más flagrante el desconocimiento del derecho de propiedad, cuyo legítimo ejercicio había garantizado el Estado al importador cuando nacionalizó los bienes.

No es legítimo traer a cuento la función social de la propiedad; porque la de las cosas muebles objeto del comercio es precisamente la de estar en poder del comerciante para que se las compre quien necesite adquirirlas. Ni tampoco se hable del derecho que tiene el Estado a imponer cargas a la propiedad; porque toda carga debe dejar existente en alguna medida el derecho, pero la que pudiera verse en el artículo 4o, lo aniquila. Puede admitirse que el propietario de un fundo rural quede con el gravamen de explotarlo económicamente dentro de cierto tiempo ya que la función social de tal bien es la producción económica mediante su explotación. Pero no se alcanza a ver qué función social dejarían de llenar las telas, vestidos, vehículos, etc. que permanezcan sin ser comprados en un establecimiento comercial en que estén siendo ofrecidas al público. El sancionar con el decomiso estas mercancías es lisa y llanamente una abierta conculcación del derecho de propiedad amparado por el artículo 30 de la Constitución.

Tampoco es legítimo hablar en este caso de la prevalencia del interés social o general sobre el particular, porque el propio artículo 30 de la Carta establece los medios como esa prevalencia debe operar, y ellos, evidentemente, no se han hecho entrar en juego en el artículo 4o. del Decreto.

5. Admitido con la sentencia en su consideración 9a., que el decomiso es cosa distinta de la confiscación y que aquél se justifica con relación a los objetos con que se comete un delito o que provienen de su ejecución, resulta obviamente consagrada la confiscación como pena en el artículo 6o. del Decreto, al poner como sanción, no sólo la pérdida de los artículos traídos de San Andrés en exceso, sino también en la totalidad de las mercancías nuevas, aunque estén dentro de los límites permitidos.

Por otra parte, no es científico el criterio meramente cuantitativo que de la confiscación parece dar la sentencia en su consideración 9a., de que debe suponer un apoderamiento general o excesivo de los bienes de una persona. Qué debe entenderse por excesivo? Además si es apenas lógico suponer que la pena de confiscación contra cuya vigencia se pronunció el constituyente colombiano a partir de 1.830, era la pena que con ese nombre imperaba en la legislación española, resulta que podía no ser general, sino referirse también a cuotas-partes de los bienes del reo, como aparece de la consulta de la legislación de la época. Véanse, no más, la Ley II, Título IV del libro XII, que ponía como pena la pérdida de la tercera parte de los bienes; la I del mismo Título y libro, que sancionaba con la pérdida de la mitad; en el mismo sentido la III del Título VII del mismo Libro, que sancionaba también con la pérdida de la mitad; todas de la "Novísima Recopilación de las Leyes de España".

Fecha: ut supra

Ramiro Araujo Grau

Adhiero en lo fundamental, *José Hernández Arbeláez*

Adhiero a lo expuesto en los puntos 2o., 3o., 4o. y 5o. *Arturo C. Posada.*

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL LA NACION CONTRIBUYE CON UNA PARTIDA A LA CONSTRUCCION DE LA CIUDAD UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE CARTAGENA. PROGRAMAS Y REQUISITOS A QUE DEBEN SOMETERSE LAS LEYES SOBRE OBRAS PUBLICAS.

Es indispensable para la expedición de leyes que persigan el apoyo nacional para la construcción de obras públicas, entre ellas los establecimientos de enseñanza profesional, acompañar al proyecto respectivo todo la documentación enunciada en la Ley 71 de 1.946.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, primero de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Rendón Gaviria).

Para los efectos indicados en el artículo 90 de la Carta, la Presidencia de la República ha remitido a ésta Corporación el proyecto de Ley "Por la cual la nación contribuye con una partida a la construcción de la CIUDAD UNIVERSITARIA EN LA CIUDAD DE CARTAGENA", por cuanto el Congreso Nacional declaró infundadas las objeciones que a dicho proyecto formuló el Presidente por inconstitucionalidad.

El proyecto acusado es de este tenor:

"EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

"Artículo 1o. La Nación contribuirá con la suma de doce millones de pesos ($ 12.000.000.oo) para la construcción de la CIUDAD UNIVERSITARIA en la Ciudad de Cartagena. Esta suma será incluida, por partes iguales, en el presupuesto anual de cada una de las cuatro vigencias inmediatamente posteriores a la aprobación de la presente ley.

"Artículo 2o. Para recibir estos aportes de la Nación la Universidad de Cartagena tendrá que presentar previamente el estudio y aprobación de los planos respectivos así como los documentos que la acrediten como propietaria de los terrenos en donde va a ser construida la CIUDAD UNIVERSITARIA.

"Artículo 3o. A fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 1o. facúltase al Gobierno Nacional para efectuar los traslados, créditos y contra-créditos

necesarios en las respectivas vigencias presupuestales, y para efectuar las operaciones de crédito que fueren necesarios con el fin de atender al pago de las sumas a que se refiere esta ley.

"Artículo 4o. Esta ley regirá desde su sanción".

OBJECIONES PRESIDENCIALES

En comunicación de 29 de octubre de 1.962 (folios 48 a 50), con la firma del señor Presidente de la República y de los Ministros de Hacienda y Educación Nacional se formularon al referido proyecto las siguientes objeciones:

"Para la sanción ejecutiva ha sido enviado el proyecto de ley" por la cual la nación contribuye con una partida a la construcción de la Ciudad Universitaria de la Ciudad de Cartagena.

"La ley 71 de 1.946, 'por la cual se 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, entre otras, la construcción de establecimientos de enseñanza profesional, (artículo 1o. literal b).

"El artículo 2o. dispone que cuando se trate de la construcción de una obra, el proyecto que persiga el apoyo nacional deberá presentarse acompañado de los siguientes documentos:

"'a). De los planos de la obra levantados o autorizados por ingeniero titulado y con el visto bueno del Agente del Ministerio Público del lugar y del Gobernador respectivo.

"'b). De un presupuesto detallado del costo de la obra con la información correspondiente de las inversiones hechas en ella o de los aportes que hará la entidad correspondiente y la garantía de la efectividad de ellos, así como de los que hagan para el mismo otras entidades que la auxilien.

"'c). Certificación de las autoridades municipales o departamentales correspondientes, según la índole y fines de la obra, sobre la utilidad o necesidad de ésta y sobre la existencia de otras similares en el lugar respectivo, así como sobre la capacidad o actitud de la obra para satisfacer las necesidades que trata de remediar.

"'d) Una explicación razonada y justificada sobre la necesidad del aporte nacional para garantizar la realización de la obra'.

"El artículo 5o. de la citada ley, establece que además de los documentos exigidos en los artículos anteriores, 'todo proyecto que persiga un auxilio económico nacional deberá acompañarse de una información del Ministerio o del Jefe del Departamento Administrativo cuya dependencia ha de afectarse, en su presupuesto especial, con el auxilio solicitado, sobre la urgencia de la obra o empresa en relación con las otras necesidades nacionales que deba atender ese despacho en la región del país que trata de favorecerse'.

"La misma ley exige que el proyecto deberá presentarse acompañado de los documentos y certificaciones anteriormente relacionados y no como lo establece el artículo 2o. del proyecto que dice: 'Para percibir estos aportes de la Nación la Universidad de Cartagena tendrá que presentar previamente el estudio

y aprobación de los planes respectivos así como los documentos que la acrediten como propietaria de los terrenos en donde va a ser construida la Ciudad Universitaria'.

"El principio de la planeación se incorporó en nuestro régimen constitucional en virtud del artículo 76, numerales 4o., 19 y 20. El Congreso, en función de constituyente, puso fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado en planes y programas.

"Además de la violación de la Carta por el aspecto señalado, el Gobierno hace anotar al Legislador, como reiteradamente se lo ha manifestado en mensajes anteriores, que la grave situación fiscal que afronta la Nación hace que sea manifiestamente contraindicado dispersar los fondos públicos en cuantiosos auxilios que harían imposible el desarrollo de la política de austeridad y equilibrio presupuestal en que se halla empeñado el Ejecutivo.

"Lo anterior es suficiente para que el Gobierno objete por inconstitucionalidad e inconveniencia el proyecto sometido a su consideración, significándoselo así respetuosamente al Congreso".

CONCEPTO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador General de la Nación al emitir el concepto exigido por el artículo 214 de la Constitución Nacional, después de extensas consideraciones sobre el proyecto de ley objetado, concluye opinando en el sentido de que es inexequible y solicita de la Corte se pronuncie en ese sentido.

Entre otras razones, para sustentar su tesis, expone las siguientes:

"En efecto, si la referida Universidad fuere nacional los doce millones de pesos que por el proyecto se destinan para serle entregados a fin de que se construya la Ciudad Universitaria de Cartagena serían una suma tomada de los fondos nacionales y destinada a una obra de carácter nacional. Y el artículo 76 de la Carta Fundamental dispone que el Congreso, por medio de leyes, ejerce la atribución de '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'; así como la de 'decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas, (ordinales 4o. y 19.)

"No he encontrado en la legislación nacional las leyes que fijen los planes y programas de las obras públicas relativas a ciudades universitarias, que hayan de emprenderse o continuarse en el país; las hay para otra clase de obras (carreteras, ferrocarriles, puentes, etc), pero entiendo que no se ha fijado los planes y programas generales de construcción de ciudades universitarias.

"Pudiera pensarse talvez que esta clase de obras, por sus especiales características y por la circunstancia de que son pocas las ciudades de Colombia en que funcionan Universidades, no son susceptibles de planes y programas generales para todo el país, y que, por consiguiente, no requieren esa planificación de tipo general. Pero aún aceptándolo así, parece indispensable, a la luz de los principios acogidos por la Carta Fundamental en los ordinales 4o. y 19 del

artículo 76, que a lo menos la obra concreta a que el proyecto de destinación de fondos se refiere tenga planes y programas que demuestren no solamente la necesidad y la utilidad de la obra sino, además, que la suma prevista es suficiente para adelantarla y concluirla. Y es lo cierto que al expediente no se allegó documentación bastante para acreditar esos extremos, principalmente el financiero.

"....

"Bien sabido es que el Congreso Nacional no puede decretar la construcción de una obra que no esté prevista en planes y programas previos fijados por las leyes respectivas. Para el caso que se estudia, sólo se prevee la construcción de la ciudad universitaria para uno de los Municipios de Colombia, digno de ella por muchos títulos; pero esa orden concreta no obedece a planes y programas generales previamente adoptados, como lo quiere y lo ordena la Constitución en los ordinales 4o. y 19, ya citados, de su artículo 76, ni tampoco está individual y totalmente planificada en forma que se garantice que el mandato legislativo no ha de conducir a la dispersión de los fondos nacionales.

"Si la Universidad de Cartagena tuviera carácter departamental, la suma a que se refiere el Proyecto equivaldría a un auxilio nacional para obras departamentales; y para que fuera viable desde el punto de vista constitucional debería acomodarse a lo previsto en el ordinal 20 del mismo artículo 76, y en la Ley 71 de 1.946 que lo desarrolla.

"En efecto, el Congreso tiene la atribución de 'fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes', como lo dice el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, desarrollado por la Ley 71 de 1.946.

"La Ciudad Universitaria de Cartagena puede, ciertamente, considerarse como empresa útil o benéfica, digna de estímulo y apoyo por parte de la Nación, de conformidad con el inciso b) del artículo 1o. de la citada Ley. Sobre esta base, el proyecto que persigue el apoyo nacional para la construcción de la referida Ciudad debería haberse presentado acompañado de los documentos que enumera el artículo 2o. de la Ley 71 y de la información prevista en el artículo 5o. de la misma Ley. Tales documentos e información no obran en el expediente, y su ausencia determina el que el proyecto no llene las exigencias constitucionales de que viene hablándose.

"....

"Por lo demás, también ha sido muy explícita la H. Corte en advertir que si bien es cierto que una Ley puede ser reformada por otra posterior, las normas contenidas en la Ley 71 de 1.946 son de obligatorio acatamiento mientras esté vigente, y que la no presentación de los documentos por ella exigidos con cualquier proyecto de auxilios nacionales para empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo determina la inexequibilidad del proyecto, no propiamente por la simple violación de mandatos legales sino porque la atribución del Congreso en cuanto al fomento de esta clase de empresa sólo puede ejercerse 'con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes, y como en forma perentoria lo exige el ordinal 20 del artículo 76 de la Carta Fundamental. En ejercicio de esa atribución está, así, condicionado por norma constitucional a que el legislador guarde estricta sujeción a planes y programas previamente acordados, que para el caso son aquellos que traza y regula la Ley 71 de 1.946, dictada expresamente en desarrollo del referido ordinal. El no atenerse a los citados planes y

programas conduce no solamente al desconocimiento de la Ley 71 sino, en forma obvia, a la violación de la Ley Suprema".

CONSIDERA LA CORTE

1o. Las objeciones del señor Presidente de la República al proyecto de ley que en materia de examen por la Corte son, en efecto fundadas, sin que valga argüir que por haber dispuesto el artículo 2o., a modo de condición que para percibir los aportes "la Universidad de Cartagena tendrá que presentar previamente el estudio y aprobación de los planos respectivos", el Legislador haya superado las trabas constitucionales creadas por la Ley 71 de 1.946 "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional". Ello porque es indispensable para la expedición de leyes que persigan el apoyo nacional para la construcción de obras públicas, entre ellas los establecimientos de enseñanza profesional, acompañar al proyecto respectivo toda la documentación enunciada en la Ley 71 de 1.946.

2o. En estas circunstancias y no habiéndose cumplido con relación al proyecto objetado los requisitos necesarios, la Corte para declarar la inexequibilidad sólo tiene que reiterar su doctrina en esta materia, contenida en distintos fallos, entre ellos el proferido el 31 de enero de 1.961, en el cual expresó:

"En desarrollo del ordinal 20 del artículo 76 de la Carta, el Congreso expidió la ley 71 de 1.946 que señala los requisitos, condiciones, planes y programas a los que se deben ceñir los proyectos de ley para 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' (No. 70 de los Anales del Congreso correspondientes al 11 de octubre de 1.946).

"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 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 en virtud de la propia voluntad expresa del constituyente por lo que se condicionó al 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".

3o. De otra parte, cabe observar que el auxilio decretado en el proyecto no se sujetó, en concreto y con relación a la obra que el Congreso quiso beneficiar, a los requisitos particularmente indicados en el artículo 2o. de la Ley 71 de 1.946.

4o. La inconstitucionalidad del proyecto se extiende a todos los artículos que lo integran, dado que por la unidad de la materia y la relación que entre sí guardan, ninguno de ellos se sustrae a las objeciones de inconstitucionalidad.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala Plena- en ejercicio de la jurisdicción constitucional consagrada en el artículo 214 de la Carta, de acuerdo con el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara INEXEQUIBLE el proyecto de ley por la cual la Nación contribuye a la construcción de la Ciudad Universitaria en la Ciudad de Cartagena.

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

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Samuel Barrientos Restrepo.- Humberto Barrera Domínguez.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Ramiro Araújo Grau.- Luis Alberto Bravo.- Alejandro Córdoba Medina., (Con-Juez). José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Efrén Osejo Peña.- Luis Fernando Paredes.- Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Luis Carlos Zambrano.- Simón Montero Torres.- Carlos Peláez Trujillo.- Arturo C. Posada.- José Joaquín Rodríguez.- Primitivo Vergara Crespo.- Roberto Ordoñez Peralta., (Con-Juez). Ricardo Ramírez L., Secretario.

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR JORGE SANABRIA, EX-MAGISTRADO DE LA CORPORACION

"La Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, deplora el fallecimiento, ocurrido recientemente en Bogotá, del distinguido abogado doctor Jorge Sanabria, quien durante más de veinte años prestó eficaces servicios a la administración de justicia en los distintos cargos de la jerarquía judicial, desde Juez Municipal hasta Magistrado de esta Corte, y cuya carrera fue ejemplo de superación en el cumplimiento de deberes y el ejercicio de virtudes que enaltecen la justicia y honran a los encargados de dispensarla.

"Transcríbase en nota de estilo a la esposa del doctor Sanabria y al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué e insértese en la Gaceta Judicial".

Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 13 de agosto de 1.964.

RESOLUCION APROBADA EN SALA PLENA DE FECHA 19 DE AGOSTO DE 1.964, CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR ROBERTO DE ZUBIRIA, MAGISTRADO DE LA CORPORACION.

"LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA,

CONSIDERANDO:

Que en el día de hoy falleció en la ciudad de Bogotá el doctor ROBERTO DE ZUBIRIA, Magistrado de esta Corporación;

Que el doctor De Zubiria fué ciudadano eximio, notable jurista, meritorio profesor universitario, autor de obras científicas y eminente Magistrado de esta Suprema Corte, cargo que desempeñó con brillo, consagración y sabiduría; y

Que el doctor De Zubiria fué digno esposo y respetable padre de familia,

RESUELVE:

1o. Deplorar el temprano fallecimiento del doctor Roberto De Zubiria y rendir tributo de admiración a la memoria de tan insigne jurista y profesor;

2o. Señalar su vida y su obra a la consideración de los ciudadanos y, en especial, a los jueces de Colombia;

3o. Asistir en Corporación a sus exequias y colocar una ofrenda floral sobre su tumba;

4o. Presentar el testimonio de su dolor a la señora Margarita Aycardi viuda de De Zubiria y a sus hijos; y

5o. Levantar la sesión en señal de duelo.

Copia de esta resolución será entregada por los señores Magistrados de la Sala de Casación Laboral a la señora viuda del doctor De Zubiria y se publicará en la Gaceta Judicial".

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, EN REPRESENTACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL 20 DE AGOSTO DE 1.964, EN EL ACTO DE ENTIERRO DEL DOCTOR ROBERTO DE ZUBIRIA, EN EL CEMENTERIO CENTRAL DE BOGOTA.

La Corte Suprema de Justicia cumple el doloroso encargo de entregar a la Madre común los restos mortales de uno de sus miembros.

Una enfermedad cruel, que la ciencia médica no ha podido dominar, destruyó su vigorosa existencia; por este motivo, todo el personal de la Corte sintió con amargura sus padecimientos y lo estuvo acompañando con honda simpatía durante su desarrollo.

Impresionaba su fortaleza moral, que el mal no fué capaz de doblegar. Su entusiasmo por la vida le hizo olvidar la enfermedad; si la advirtió no estuvo en el cuerpo sino en el alma. Fué optimista hasta el último instante y por eso quiso estar siempre en actividad; pensaba que para vivir es necesario ser esclavo de la acción; que las fuerzas decaen cuando no están en movimiento, y que también el espíritu, cuando no lo anima el pensamiento se opaca y oscurece. No es de extrañar por ello que hubiera cumplido hasta el límite de la resistencia física, sus deberes de Juez.

El dolor es fuente de purificación; los cristianos no lo consideran como un castigo, sino como medio de santificación. Piensan que Jesucristo, la suma perfección, sufrió y padeció voluntariamente, expiando con su sacrificio los pecados de la Humanidad, y que quien quiera imitarlo debe buscar, en todas circunstancias de la vida, especialmente en la adversidad, el consuelo, la santidad y el perdón. La vida que se inspire en su doctrina de desprendimiento, de amor y de caridad, no perece; lo que la muerte aniquila, según la enseñanza evangélica, es la vida terrenal, no la del alma, que en la tumba inicia la parábola de la verdadera y perdurable. La entereza que mostró Roberto De Zubiría ante la dura enfermedad, permite suponer que se unió íntimamente al Redentor y que estuvo muy cerca de El hasta el último momento; tomó la cruz del martirio con devota humildad y estoica resignación, con el valor que sólo la Fé proporciona, en la esperanza de que al término de sus días se haría acreedor a la luz perpetua, a la que brilla con esplendor en las altas esferas, a la reservada para los justos y limpios de corazón. Si la Fé no fuera la virtud cardinal por excelencia, sería siempre el mayor de los consuelos.

Padeció Roberto De Zubiría persecuciones por la justicia. Una decisión tomada en ejercicio de sus funciones de juzgador, motivó contra su nombre la campaña de descrédito; el incidente le causó hondas heridas, que el paso del tiempo no logró restañar. Sin embargo, ante la injusta censura, guardó silencio, sin oponer resistencia a la agresión; sabía limpia y pura su conciencia y ello le bastaba para conservar la paz interior. De su rectitud, de su probidad como administrador

de justicia nadie puede dudar de su buena fé. Ninguna consideración capaz de influir en el ánimo de un juez perturbó su criterio ni lo desvió de la recta aplicación de la ley, apreciada según su legal saber y entender, conforme a los sanos principios. En la deplorable emergencia, tuvo el valor de ser fiel a la primera de las instituciones del Estado, a la única que le dá sentido al régimen de leyes. Como es sabido, de estado de derecho se habla con propiedad desde que la justicia fué organizada como rama independiente, instituida no sólo para definir las contiendas de derecho privado y para la protección de la vida, honra y bienes de los ciudadanos, sino para controlar la actividad del órgano ejecutivo, corregir sus posibles desvíos, y aún la acción del propio cuerpo legislativo en pugna con los mandatos de Ley Suprema. Porque de nada sirve la sanción del derecho, su reconocimiento en las leyes, sin la autoridad que ante un acto que lo agravie o lesione, cualquiera que sea su origen, vele por su restablecimiento. De civilización política, de libertad y de paz, de avances materiales o de progresos científicos, no puede hablarse sin justicia independiente y autónoma. Los pueblos que no la conocen o que soportan la que dispensa el déspota, viven bajo el yugo de la esclavitud; defenderla, para que ninguno de sus atributos esenciales se altere, es un deber ciudadano, aún mas imperativo para quien tiene el sagrado encargo de impartirla. Así lo comprendió Roberto De Zubiría y por haberlo entendido así, ante el proceso contra la justicia, que tomó su nombre como bandera de combate, se mantuvo firme, sin una sola claudicación. No es posible olvidar su conducta republicana y el servicio que con su actitud, digna y altiva, prestó a las instituciones democráticas.

La vida, que ante todo es indulgencia, generoso regalo del Creador, no le dió a Roberto De Zubiría cuanto podía esperar de ella; se ha extinguido en plena madurez, en la época de las realizaciones; su muerte, en edad temprana, dejó truncas muchas aspiraciones y cuanto habría logrado hacer en pro de los altos ideales que guiaron su espíritu.

Atributo saliente de su personalidad fué la simpatía, que brotaba espontánea de su trato, sincero y acogedor; esa cualidad le sirvió para conquistar numerosas amistades, que cultivó con depurado esmero y fina sensibilidad. El calor de la amistad, en el diálogo con él rodeaba el ambiente, llenándolo de elación espiritual.

La justicia deplora su pérdida, porque á ella consagró con devoción de apóstol el caudal de sus energías, el ardor de su juventud y la plenitud de sus facultades. Es un duelo que la aleta entrañablemente y, de manera especial, a sus compañeros de la Corte. Así debo expresárselo en su nombre a doña Margarita Aycardi de De Zubiría, que vivió a su lado la dura tragedia desde que comenzó hasta su término, sin quejas por el cansancio y la fatiga, con abnegación y encomiable entereza, serena y afectuosamente. La misma manifestación de cordial simpatía hace la Corte a los continuadores de su nombre y a quienes integran el núcleo familiar que lo tuvo como a uno de sus mejores exponentes. Ante su tumba, que guardará el recuerdo de sus amigos, la Corte Suprema de Justicia se descubre respetuosa y conmovida.

MOCION DE DUELO POR EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR ABSALON FERNANDEZ DE SOTO, EXMAGISTRADO DE LA CORTE.

"La Corte Suprema de Justicia deja constancia de su profundo pesar por la muerte del doctor Absalón Fernández de Soto, eminente ciudadano que desempeñó cargos de importancia en la Administración Pública, como los de Designado a la Presidencia, Senador y Representante, Ministro de Estado, Embajador, Gobernador y Magistrado de esta Corporación, en todos los cuales dio muestras de consagración y sabiduría, y hace llegar a sus familiares y a la Sociedad de Buga su expresión de condolencia.

"Publíquese en la Gaceta Judicial".

Proposición aprobada en Sala Plena de fecha 27 de agosto de 1.954.

EXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO 2o. DEL ARTICULO 1o. ASI COMO DEL ARTICULO 16 DE LA LEY 23 DE 1.962, "POR LA CUAL SE REGLAMENTA EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE FARMACEUTICO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES.

No violan las disposiciones acusadas ninguna de las normas constitucionales señaladas por el recurrente, o sean los arts. 30, 39, 79, 34, 11 y 26 de la Carta, sobre derechos adquiridos de libertad para elegir profesión u oficio, formación de las leyes, prohibición de la pena de confiscación y derechos delos extranjeros.

1. La Constitución ampara y garantiza los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes. Este enunciado, fundado en elementales principios de estabilidad social es, salvo casos de excepción, previstos por la ley fundamental, límite de la soberanía del Legislador. No puede éste desconocer esos derechos, sin incurrir en violación del ordenamiento constitucional. La acción pública de inconstitucionalidad tiene por objeto restaurar el derecho conculcado; mas para lograrlo es necesario alegar y demostrar que se quebrantaron por la ley las previsiones de la constitución, o sea, en el caso presente, que el Legislador desconoció la existencia de un derecho adquirido.

Reconoce igualmente la Constitución la libertad de toda persona para escoger profesión u oficio. Sin embargo, facultó al legislador para exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, atendidas razonca de moralidad, seguridad y salubridad públicas. Desde este punto de vista, cuando el Legislador exige título de idoneidad para el ejercicio de una profesión, no puede alegar quien no lo tiene, un derecho adquirido, porque éste supone un justo título con arreglo a las leyes.

2. Entiende la doctrina por confiscación la privación a título universal de los bienes de una persona a favor del Estado, y por decomiso la pérdida en favor del mismo de los objetos vinculados a la ejecución del ilícito. Porque la confiscación fue un arma de facil y provechosa aplicación en ciertos regímenes políticos y, por su notoria injusticia, ha oido suprimida de las constituciones modernas. Sin embargo, la pena de decomiso se conserva en lo que se refiere a los instrumentos que han servido para ejecución del delito o provenientes de él. En la legislación colombiana existen numerosas disposiciones de carácter penal que oidenan el decomiso, como consecuencia de un delito (art. 59, 166, 211, 212, 274, etc. del Código Penal). Si no está prohibido por la Constitución imponer la pena de decomiso, sino la de confiscación, no puede afirmarse que el legislador quebrantó el art. 34 de la Carta al sancionar con el decomiso a quienes profesen la farmacia sin la licencia exigida por la ley

Ni es inconstitucional por violatorio de los arts. 11 y 26 de la Carta el art. 16 de la ley 23, al sancionar con la pena de expulsión a los extranjeros que contraviniendo las previsiones de la ley, ejerzan la farmacia, en razón de que no hay disposición de la Constitución que limite la soberanía del Legislador para fijar normas a la conducta de los extranjeros para permanecer en el país y, por el contrario, el art. 11 expresamente faculta para que, por razones de orden público, la ley pueda subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos a los extranjeros.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA PLENA. Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

En escrito de 20 de abril de 1.963 fue demandada ante la Corte la inexequibilidad del parágrafo 2o. del artículo 1o. y el artículo 16 de la Ley 23 de 1.962, "por la cual se reglamenta el ejercicio de la profesión de farmacéutico, y se dictan otras disposiciones". (Diario Oficial No. 30901 de 15 de septiembre de 1.962).

Dicen las disposiciones acusadas:

"Parágrafo 2o. Las solicitudes de licencia o permiso para ejercer la farmacia, presentadas hasta el 8 de junio de 1.954, que se encuentren pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de la presentación de tales solicitudes, y las modificaciones que tales normas hayan sufrido hasta la vigencia de la presente ley, y los solicitantes obtendrán el derecho como licenciados para ejercer la farmacia en todo el territorio nacional, siempre que hayan cumplido con los requisitos vigentes para la expedición de licencias para ejercer la farmacia".

"Artículo 16. Quien ejerza ilegalmente la farmacia, conforme a lo previsto en esta ley, incurrirá en arresto de seis (6) meses a dos (2) años, sanción que podrá ser inconmutable según la gravedad del caso, y al decomiso de la mercancía, si la tuviere, sin perjuicio de las responsabilidades que conforme al Libro II, Título VIII, Capítulo II del Código Penal le sean deducibles. Los extranjeros, además de cumplir la pena que les fuere impuesta, serán expulsados del país".

FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

Considera el libelista que el parágrafo motivo de la acusación es inconstitucional "en cuanto establece un régimen preferencial y excluyente, en favor de determinado grupo de personas, y en detrimento de otro que ostenta idéntica situación jurídica, resultando así conculcados los derechos individuales que se protejen por el artículo 30 de la Constitución, especialmente el que se relaciona con el libre ejercicio de actividades lícitas" y también, "porque desvirtúa el concepto de la verdadera ley, como acto estatal creador de normas jurídicas generales, abstractas e impersonales y contraviene el aspecto formal de la ley, sancionado por el artículo 79 de la Carta y consistente en todo acto expedido por el órgano legislativo en la forma prescrita por la Constitución, esto es, observándose la generalidad como elemento esencial de la ley".

En el aparte denominado "LIMITACION, PRIVACION O EXTINCION DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES", el demandante hace el desarrollo histórico

de los antecedentes de la ley y expone, según su entendimiento, las razones determinantes de la oposición entre la ley acusada y el ordenamiento constitucional. Dice así:

"Para configurar jurídicamente la violación de la norma constitucional protectora de los derechos individuales, en que incidió el legislador al expedir los ordenamientos sancionados por el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 23 de 1.962, es conveniente y necesario rememorar los antecedentes que determinaron dicho quebranto constitucional:

"Por mandato expreso de las disposiciones consagradas en el Decreto 279 de 1.953, el ejercicio de las profesiones de odontología y farmacia se confirió privativamente a quienes ostentaran el respectivo título profesional universitario.

"Para restablecer el imperio de la justicia y la equidad, conculcado por el régimen de privilegio excluyente que se estableció a través del Decreto 279 de 1.953, sus disposiciones fueron sustancialmente modificadas y abrogadas mediante la expedición del Decreto 0124 de 1.954, estatuto que se fundamentó e inspiró en los siguientes considerandos:

'Que con la aplicación estricta de tal norma (Decreto 279 de 1.953) quedan sin trabajo muchas personas, en su mayoría padres de familia, que por haber ejercido la profesión de dentistas o farmacéuticos por más de diez años con buen éxito, tienen la aptitud suficiente para continuar actuado y a quienes no es justo ni humano privar del derecho de ganarse la vida, con las consecuentes repercusiones sociales;

'Que corresponde al Gobierno Nacional tomar medidas encaminadas a poner término a la situación de hecho que se ha presentado, autorizando el ejercicio de la farmacia y la odontología a quienes demuestren su aptitud profesional, en beneficio de la salud pública y para evitar que gran número de Municipios del país carezcan, por falta de odontólogos y farmacéuticos titulados, de tan elementales servicios;

'Que las medidas que se adopten tienen por objeto obtener que en lo futuro solamente profesionales con título universitario ejerzan dentro de la República las profesiones de odontología y farmacia, dejando a salvo los derechos de quienes por falta de una reglamentación adecuada han venido hasta hoy ejerciendo tales profesiones;

'Que para adoptar las normas que contiene el presente Decreto, fue consultado con el Consejo Directivo de la Universidad Nacional, entidad que después de minucioso estudio impartió concepto favorable'.

"Los precitados postulados de justicia y equidad en que se inspiró el Gobierno para expedir el Decreto 0124 de 1.954 fueron estrictamente prohijados en el ordenamiento sancionado por el artículo 3o. del citado estatuto legal, pero desafortunada e inexplicablemente quedaron desvirtuados y desplazados en los mandatos expedidos por los artículos 4o. y 11o. en donde el libre ejercicio de la odontología y la farmacia se condicionó a la expiración de un término angustioso y señalado para la comprobación de la aptitud profesional y la presentación de las solicitudes para obtener la correspondiente licencia. Para una mejor comprensión de la incompatibilidad y efecto nugatorio de las citadas disposiciones contradictorias en su espíritu, las transcribimos a continuación:

'Artículo 3o. Con carácter de 'permitidos' podrán ejercer la odontología y la farmacia las personas que comprueben haber ejercido su profesión con honorabilidad, competencia y consagración, durante un período no menor de diez años contados hacia atrás desde el 17 de febrero del presente año (1.954).

'Artículo 4o. Las personas a que se refiere el artículo anterior, deberán presentar ante el Consejo Nacional de Práctica Profesional, dentro del término improrrogable de cuatro (4) meses contados a partir de la vigencia del presente Decreto, la documentación siguiente: acta de nacimiento, cédula de ciudadanía y libreta militar, certificado de conducta, certificado de vecindad; exámen de aptitud profesional y certificado de no haber sido sancionado el solicitante por comercio ilegal de estupefacientes'.

'Artículo 11. El Consejo Nacional de Práctica Profesional resolverá únicamente las demandas que se presenten dentro del término estipulado por el artículo 4o. Vencido dicho término no se admitirán nuevas documentaciones'.

"De otra parte y por mandato del artículo 5o. del Decreto 0124 de 1.954, el ejercicio profesional anterior y la honorabilidad de quienes pretendieran acogerse a la nueva reglamentación y obtener licencia para ejercer la farmacia, deberían acreditarse mediante la recepción de tres declaraciones ante un Juez Civil del Circuito y con intervención del respectivo Agente del Ministerio Público y de los testimonios juramentados de dos farmacéuticos graduados e inscritos.

"El diligenciamiento de las pruebas exigidas por el Decreto 0124 de 1.954, para comprobar la aptitud profesional anterior y la exigencia relativa a la obtención de dos certificaciones de farmacéuticos graduados e inscritos sobre la idoneidad profesional de los aspirantes al licenciamiento para ejercer la farmacia en calidad de 'permitidos', dificultó la oportuna presentación de las solicitudes al Consejo Nacional de Práctica Profesional del Ministerio de Salud Pública, dentro del angustioso y perentorio término señalado por el artículo 4o, dificultades que confrontaron con mayor apremio los aspirantes residenciados en ciudades y poblaciones de provincia, distantes de la Capital de la República y en las cuales no existían farmacéuticos titulados e inscritos, ni Juzgados Civiles del Circuito, y por consiguiente, para ellos fué forzoso viajar a las capitales de los Departamentos en procuración de tales diligencias. Cuál no sería la lucha de un modesto boticario de parroquia y las erogaciones que tuvo que hacer para lograr que el farmacéutico titulado e inscrito le expidiera la certificación sobre su aptitud profesional, máxime si se tiene en cuenta que ello equivale a obtener una especie de autorización competitiva en cuanto al ejercicio de la mencionada profesión.

"Debido a las precitadas circunstancias, la mayoría de los aspirantes a obtener licencia como farmacéuticos 'permitidos', dentro del sistema regulado por el Decreto 0124 de 1.954, no pudo presentar las respectivas solicitudes dentro de los cuatro meses señalados por el artículo 4o, sino después del 8 de julio de 1.954, esto es, extemporáneamente, y por ello, en el Consejo Nacional de Práctica Profesional del Ministerio de Salud Pública quedaron pendientes de resolución 1.800 solicitudes de licencia o permiso para ejercer la farmacia, y las cuales estaban pendientes de decisión cuando se expidió la Ley 23 de 1.962 que es objeto de la presente demanda de inexequibilidad.

"Las 1.800 personas que comprobaron fehacientemente su aptitud profesional para ejercer la farmacia y satisfacieron todos los requisitos exigidos para su licenciamiento al tenor de las disposiciones consagradas por el Decreto 0124 de

1.954, no pueden ser sancionadas por el legislador en la forma excluyente en que se les colocó por mandato del parágrafo 2o. del artículo 1o. del citado Decreto, por el simple hecho de no haber podido presentar sus solicitudes oportunamente, máxime si se tiene en cuenta que las dificultades que ellas confrontaron y que determinaron la presentación extemporánea, lindan en claros eventos de fuerza mayor que exime de responsabilidad y de culpa y que los 10 años de práctica profesional anterior que registraban en 1.954, cuando presentaron sus solicitudes de licenciamiento como farmacéuticos 'permitidos', se elevaron en 1.962, fecha de expedición de la Ley 23, a 18 años de experiencia y de prestación de tan esenciales servicios en los más distantes y apartados lugares de la República, en donde por cerca de un cuarto de siglo y con apostólica consagración y suficiente eficiencia y comprobada honorabilidad, han mantenido sus establecimientos de droguería y farmacia al servicio de la humanidad doliente y de la salubridad pública colombiana. Tales derechos no pueden ser conculcados ni extinguidos por la voluntad unilateral del legislador que al expedir la Ley 23 de 1.962, ha debido dejarlos a salvo y respetarlos, desvirtuando la injusticia consumada mediante la adopción de las normas nugatorias establecidas por los artículos 4o. y 11o. del Decreto 0124 de 1.954.

"Al reconocerse por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia la inexequibilidad de las disposiciones contenidas en el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 23 de 1.962, y habida consideración de que esta Ley, en su artículo 21 deroga las disposiciones que le sean contrarias, el Consejo Nacional de Práctica Profesional del Ministerio de Salud Pública, debe estudiar y resolver las 1.800 solicitudes de licencia para ejercer la farmacia que se encontraban pendientes en la fecha de la expedición de la Ley 23 de 1.962, sin consideración de la extemporaneidad con que fueron presentadas, y teniendo en cuenta únicamente la comprobación de los requisitos exigidos para el otorgamiento de las licencias o permisos para ejercer la farmácia en calidad de 'permitidos', advirtiéndose que ello no implica una amnistía sino el reconocimiento de plenos derechos individuales tutelados por el artículo 30 de la Constitución Nacional.

"LAS SANCIONES DE DECOMISO Y EXPULSION.

"Por el artículo 10 de la Ley 23 de 1.962 se califican como Farmacias-Droguerías los establecimientos que se dediquen a la venta de drogas oficiales, de especialidades farmacéuticas al despacho de fórmulas magistrales y al cuidado y venta de barbitúricos y estupefacientes, con las limitaciones que la Ley impone al respecto. Y por el parágrafo de este artículo se dispone que toda Farmacia-Droguería, para su normal funcionamiento, deberá estar dirigida por un químico farmacéutico titulado o licenciado, en legal ejercicio de su profesión.

"Frente a las precitadas calificaciones y exigencias y, en el evento de que a los 1.800 boticarios que presentaron extemporáneamente sus solicitudes de licenciamiento no se les autoriza para ejercer la farmacia en calidad de 'permitidos', el país confrontaría el cierre y suspensión de las 1.800 farmacias que funcionan sin los servicios calificados de profesionales universitarios y únicamente bajo el control experimentado y eficiente de sus propietarios, quienes al no obtener sus licencias o permisos, perderían su único patrimonio que pasaría a poder del Estado en virtud de la sanción de decomiso establecida por el artículo 16 de la Ley 23 de 1.962 y se consumaría si el más aberrante caso de confiscación, expresamente reprobado por el artículo 34 de la Constitución Nacional.

"La pena de expulsión de los extranjeros, establecida por el artículo 16 de la Ley 23 de 1.962, conforme ya se demostró en el presente libelo de inconstitucionalidad, viola expresos mandatos de la Carta y, en consecuencia dicho precepto legal debe calificarse como inexequible.

"Conforme se dispone por el artículo 2o. de la Ley 96 de 1.936, respetuosa y encarecidamente solicito de esa Sala Plena que no limite su decisión a los textos enjuiciados y a las impugnaciones formuladas en la presente demanda de inexequibilidad, ni a las causas o razones alegadas, sino que agote el estudio de la inconstitucionalidad de la Ley acusada, sin restricción alguna".

En síntesis, según el acusador, el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 23 de 1.962 viola directamente los artículos 30 y 79 de la Constitución; y el artículo 16 de la misma Ley, infringe los artículos 34, 11 y 26 de la Carta.

EL CONCEPTO DEL PROCURADOR

Disiente la Procuraduría del concepto del demandante en cuanto estima que el parágrafo acusado establece un régimen preferencial y excluyente en favor de determinadas personas y con detrimento de otras que situadas en idéntica posición jurídica deberían gozar de igual protección legal y, para rechazarlo, dice lo siguiente:

"No se discute, ni pretende negarlo el demandante, que la Ley pueda exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, tal como lo dice el artículo 39 de la Constitución. En consecuencia, no podría hacerse reparo a que la Ley 23 de 1.962 exija título de idoneidad para el ejercicio de la profesión de Químico Farmacéutico, ni a que reglamente esta profesión. En el mismo sentido se han pronunciado anteriormente -reglamentando esta misma profesión- las leyes 44 de 1.935, 84 de 1.946 y 11 de 1.948, así como el Decreto Extraordinario 124 de 1.954, sin que, hasta donde se sepa, haya habido objeción sobre este particular".

Afirma el Procurador de la Nación que el parágrafo acusado se limita a ratificar y respetar lo prescrito por el artículo 4o. del Decreto 124 de 1.954 (hoy ley por virtud de lo dispuesto en la Ley 141 de 1.961). Y al efecto dice: "el artículo 3o. del Decreto 124 dispuso que con carácter de permitidos podrían ejercer la Odontología y la Farmacia las personas que comprobaran haber ejercido su profesión con honorabilidad, competencia y consagración, durante un período no menor de diez años contados hacia atrás desde el 17 de febrero de 1.954; y para que pudieran hacer uso del derecho a creditar estos requisitos, el artículo 4o. del mismo Decreto ordenó: Las personas a que se refiere el artículo anterior, deberán presentar ante el Consejo Nacional de Práctica Profesional, dentro del término improrrogable de cuatro meses contados a partir de la vigencia del presente Decreto, la documentación siguiente:.....'

"El parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 23 de 1.962 no hizo otra cosa que respetar el derecho consagrado por el artículo 3o. del Decreto 124 y atenerse estrictamente al término fijado por el artículo 4o. del referido Decreto. Y así, ordenó que las solicitudes de licencia o permiso para ejercer la Farmacia presentadas dentro del término de los cuatro meses concedido al efecto por el artículo 4o. del Decreto 124, se resolvieran de acuerdo con las disposiciones pertinentes.

"La fecha del 8 de julio de 1.954, citada en el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 23, es precisa y exactamente la que por anticipado indicó el artículo 1o.

del Decreto reglamentario 1055 de 1.954, de conformidad con el artículo 4o. del Decreto Extraordinario 124, como límite improrrogable para presentar la documentación necesaria en orden a obtener la licencia del ejercicio de la Farmacia a título de 'permitido'.

"La situación, pues, es la contraria de la que el actor indica: el parágrafo acusado respeta el derecho adquirido a que se estudie y decida la solicitud de permiso, presentada con arreglo a la norma que autorizó elevar esa solicitud; podría pensarse en la inexequibilidad del referido parágrafo, si, en vez de respetar como respeta ese derecho, hubiera dispuesto que no se resolvieran las peticiones a pesar de haber sido presentadas oportunamente dentro del plazo que señalaron el artículo 4o. del Decreto 124 y el artículo 1o. del Decreto 1055 de 1.954".

Conceptúa la Procuraduría que el artículo 16 de la citada ley 23, es constitucional, por no estar prohibida por este ordenamiento la pena de decomiso, sino la de confiscación. "El privar -dice la Procuraduría- a una persona de la totalidad de su patrimonio, en favor del Estado, es la confiscación que en Colombia, como en muchos otros países, está prohibida; pero el decomisar determinado o determinados bienes, a título de sanción por la infracción de una norma legal que prohibe la ejecución de un hecho elevado a la categoría de delito, es medida legítima, no contraria a la Carta Fundamental, que no pocas normas legales hoy vigentes autorizan".

En respaldo de este criterio se citan varias disposiciones de la legislación penal y especialmente al artículo 10 de la Ley 10a. de 1.962, que sanciona con esa pena en caso de ejercicio de la Odontología en contravención a las normas que la reglamentan.

Y, por último, encuentra acorde con la Constitución el contenido del mencionado artículo 16 de la ley acusada, al autorizar la expulsión de los extranjeros que ejerzan ilegalmente la Farmacia en el territorio nacional, porque "No se concibe que un extranjero que resuelva no someterse a la Constitución y a las leyes de Colombia y que no respete y obedezca a las autoridades tenga derecho a permanecer en el país, ni que éstas no puedan adoptar medidas para expulsar a quien así desconoce este deber elemental y perturba el orden social".

LA CORTE CONSIDERA:

a). La Constitución ampara y garantiza los derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes. Este enunciado, fundado en elementales principios de estabilidad social es, salvo casos de excepción previstos por la ley fundamental, límite de la soberanía del legislador. No puede éste desconocer esos derechos, sin incurrir en violación del ordenamiento constitucional. La acción pública de inconstitucionalidad tiene por objeto restaurar el derecho conculcado; mas para lograrlo es necesario alegar y demostrar que se quebrantaron por la ley las previsiones de la Constitución, o sea, en el caso presente, que el legislador desconoció la existencia de un derecho adquirido.

Reconoce igualmente la Constitución la libertad de toda persona para escoger profesión u oficio. Sin embargo, facultó al legislador para exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones, atendidas razones de moralidad, seguridad y salubridad pública. Desde este punto de vista, cuando el

legislador exige título de idoneidad para el ejercicio de una profesión, no puede alegar quien no lo tiene, un derecho adquirido, porque este supone un justo título con arreglo a las leyes.

El parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Ley 23 de 1.962 que se acusa de inexequible, no desconoce la existencia de un derecho adquirido, antes por el contrario lo reconoce y ampara al autorizar el ejercicio de la Farmacia "como licenciados" a quienes hayan cumplido con los requisitos indispensables para dicho ejercicio.

Antes de la vigencia de la citada ley 23 se expidieron las leyes 44 de 1.935, 84 de 1.946 y 11 de 1.948, como también el Decreto Extraordinario 124 de 1.954. El artículo 3o. de este Decreto dispuso que con el carácter de "permitidos" podrían ejercer la Odontología y la Farmacia las personas que comprobaren haber ejercido su profesión con honorabilidad, competencia y consagración, durante un período de diez años contados hacia atrás desde el 17 de febrero de 1.954. Para que pudieran acreditar esos requisitos, el artículo 4o. del mencionado Decreto ordenó: "Las personas a que se refiere el artículo anterior, deberán presentar ante el Consejo Nacional de Práctica Profesional, dentro del término improrrogable de cuatro (4) meses contados a partir de la vigencia del presente Decreto, la documentación siguiente: .....".

Así que, por medio de la norma citada del Decreto 124, se exigieron títulos de idoneidad y se fijaron las pruebas para demostrarla. El parágrafo 2o. del artículo 1o. de la ley 23, no tiene otro alcance que hacer el reenvío a esa disposición para el efecto de comprobar las formalidades indispensables, pues, las "solicitudes de licencia o permisos para ejercer la farmacia, presentadas hasta el 8 de julio de 1.954, que se encuentren pendientes, se resolverán de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha de presentación de tales solicitudes, ...".

De donde, no ha desconocido el parágrafo acusado un derecho amparado por las leyes, porque quien no tiene título de idoneidad para ejercer la Farmacia, no puede alegar derecho adquirido, y ni siquiera el citado parágrafo tuvo por objeto crear o especificar títulos, sino simplemente, referirse, respetándolos, y aceptando la prueba determinada por la ley anterior, a los que ya habían sido creados por legislación precedente, y así, en vez de desconocer un derecho, el parágrafo respeta, sujetándose al artículo 30 de la Constitución, el derecho que pudieran tener quienes se acogieron oportunamente al beneficio consagrado por el artículo 3o. del Decreto 124 de 1.954.

Se advierte, por fin, que no fueron motivo de acusación las leyes y el Decreto Extraordinario que señalaron las condiciones para poder ejercer lícitamente la profesión de farmaceuta.

Tampoco es válida la acusación en cuanto afirma que el parágrafo 2o. carece de la característica de generalidad, porque, este concepto no es de sentido absoluto, sino relativo, en cuanto sólo puede comprender a las personas colocadas dentro de los supuestos regulados por la ley.

b). En dos motivos se funda la acusación del artículo 16 de la ley 23 de 1.962. El primero, porque el imponer la pena de decomiso de la mercancía como sanción para quienes ejerzan ilegalmente la Farmacia, viola el artículo 34 de la Constitución, y, el segundo, porque al instituir, además de la anterior, la pena de expulsión a los extranjeros que se ocupen de esa profesión sin permiso, se infringen por la ley los artículos 11 y 26 de la Ley Fundamental.

Entiende la doctrina por confiscación la privación a título universal de los bienes de una persona en favor del Estado, y por decomiso, la pérdida en favor del mismo de los objetos vinculados a la ejecución del ilícito. Porque la confiscación fue una arma de fácil y provechosa aplicación en ciertos regímenes políticos y, por su notoria injusticia, ha sido suprimida de las constituciones modernas. Sin embargo, la pena de decomiso se conserva en lo que se refiere a los instrumentos que han servido para ejecución del delito o provenientes de él. En la legislación colombiana existen numerosas disposiciones de carácter penal que ordenan el decomiso, como consecuencia de un delito. (Arts. 59, 166, 211, 212, 274, etc. del C. Penal).

Si no está prohibido por la Constitución imponer la pena de decomiso, sino la de confiscación, no puede afirmarse que el legislador quebrantó el artículo 34 de la Carta al sancionar con ésta a quienes profesen la Farmacia sin la licencia exigida por la ley.

Ni es inconstitucional por violatorio de los artículos 11 y 26 de la Carta el artículo 16 de la ley 23, al sancionar con la pena de expulsión a los extranjeros que contraviniendo las previsiones de la ley, ejerzan la Farmacia, en razón de que no hay disposición de la Constitución que limite la soberanía del legislador para fijar normas a la conducta de los extranjeros para permanecer en el país y, por el contrario, el artículo 11 expresamente faculta para que, por razones de orden público, la ley pueda subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos a los extranjeros.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, con fundamento en el artículo 214 de la Constitución Nacional, DECLARA que son exequibles tanto el Parágrafo 2o. del artículo 1o. como el artículo 16 de la Ley 23 de 1.962, materia de la presente demanda.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y comuníquese a quien corresponda.

Samuel Barrientos Restrepo, Presidente.- Ramiro Araújo Grau.- Humberto Barrera Domínguez. Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Simón Montero Torres.- Luis Fernando Paredes.- Arturo C. Posada.- José Joaquín Rodríguez.- Primitivo Vergara Crespo.- Adán Arriaga Andrade.- Luis Alberto Bravo. Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de La Pava.- Efrén Osejo Peña.- Carlos Peláez Trujillo.- Gustavo Rendón Gaviria.- Julio Roncallo Acosta.- Luis Carlos Zambrano.- Guillermo Ospina Fernández, (Conjuez).- Ricardo Ramírez L., Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. FACULTADES DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES. INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS.

1. No es permitido confundir las faltas de urbanidad con las de conducta, merecedoras de sanción. 2. Extralimitación de los Concejos Municipales en el ejercicio de sus funciones. Autonomía de los Jueces.

1. No que se encuentre de recibo lo que sea inadecuado a la altura y serenidad de quienes cumplen la justa misión de administrar justicia; pero tampoco es permitido confundir las deficiencias de urbanidad con fallas de conducta conducentes a la aplicación de penas disciplinarias, por muy severo que fuese el criterio del censor.

2. Debe quedar sin calificación la actitud del Concejo Municipal de Pamplona, que desconoce la independencia de los Jueces de Colombia y atenta contra la justicia al pronunciar veredicto adverso a un Magistrado sin proceso previo y legítimo que llenara las exigencias del art. 26 de la Constitución, frente a cualquier ciudadano, aunque no esté revestido de alta dignidad.

Dentro del ordenamiento sustancial por excelencia, que se presume conocido de todas las gentes, puesto que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, se halla garantido el fuero de Magistrados y Jueces, no sujetos a sanciones disciplinarias sino cuando son impuestas por el respectivo superior conforme a la ley (art. 160). Por lo que el dictado de *persona non grata* a la ciudadanía, evocador de la arcaica interdicción del agua y el fuego, se sale ostensiblemente de la órbita impuesta a los Cabildos por el art. 197 de la Carta fundamental de la República. Tanto más cuanto que en aquella ocasión el Concejo de Pamplona asumió poderes punitivos directos contra un Magistrado de su Distrito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

La actuación proveniente del Ministerio de Justicia y repartida en la Corte como queja contra el Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona Dr. Manuel Gómez Pinzón, tuvo origen en el Concejo Municipal de aquella ciudad a propósito de la moción número 109 introducida allí por el Dr. Rubén Darío Rangel Suescún, individuo de la corporación, y aprobada el 18 de febrero de 1.964 en sesión extraordinaria, a saber:

"EL CONCEJO MUNICIPAL DE PAMPLONA, tomando en consideración:

"Que el H. Tribunal Superior de este Distrito Judicial en el transcurso prestigioso de más de cincuenta años de labores ha tenido en su seno a connotados juristas de auténtica valía reconocida en la nación y ha sido una entidad que por sus decorosos y eficientes procederes ha podido ostentar siempre una brillante trayectoria que honra a la administración de justicia en Colombia;

"Que la ciudadanía pamplonesa encabezada por este Cabildo municipal permanentemente ha montado celosa guardia para cuidar de la responsabilidad y mérito encumbrados de la mencionada institución; y

"Que el Dr. Manuel Gómez Pinzón, elegido por la H. Corte Suprema para ocupar una plaza en la Sala Civil del mismo H. Tribunal Superior durante el actual período, es un individuo cuyo comportamiento de funcionario y de particular -saturado de desafueros- para con sus compañeros de Sala que son prestigiosos profesionales, para con varios de los Jueces y empleados subalternos del ramo en el Distrito, y para con la ciudadanía de Pamplona, no sólo deja muchísimo que desear, sino que deslustra la encumbrada fama de la H. Corporación que lo tiene como huesped, obstaculiza el ritmo normal y fecundo de la administración de justicia, y ofende crudamente los respetabilísimos fueros de la ciudadanía pamplonesa:

RESUELVE:

"1o. Sancionar elevada, enfática y públicamente los desafueros constantes de la conducta asumida en Pamplona por el prenombrado miembro actual del H. Tribunal Superior de este Distrito.

"2o. Declarar al mismo Dr. Manuel Gómez Pinzón como a individuo NO GRATO para la ciudadanía pamplonesa.

"3o. Publicar la presente moción y transcribir su texto al señor Presidente de la República, al Señor Ministro de Justicia, a la H. Corte Suprema, a la Procuraduría General de la Nación, a la Sección de Vigilancia Judicial de Ministerio de Justicia, al H. Tribunal Superior de Pamplona y a los demás H. Tribunales Superiores de Distrito".

Impresionado acaso por esta decisión del Concejo Municipal, el Visitador diputado por el Ministerio recogió diversos informes sobre desavenencias del Dr. Gómez Pinzón con su colega Dr. Luis Fernando Urbina, con el Juez 1o. del Circuito Dr. Víctor Alberto Velasco, con el Fiscal del Tribunal Dr. Hernando Gómez Rodríguez; y sobre la destitución que el propio Magistrado Dr. Gómez Pinzón hiciera de su auxiliar señorita Ligia Lamus Cáceres, aparte de otras cosas que pudieran referirse al ambiente en que fue adoptada por el Cabildo la moción del Dr. Rangel Suescún.

El Visitador, como lo expresa en su informe del 19 de junio de 1.964, pudo sacar en conclusión "que lo que afecta el trato del señor Magistrado Manuel Gómez Pinzón, puede ser apenas, secuela de una psicopatía que larva en el mundo anímico de tan distinguido abogado y de cuya intensidad, serán otros funcionarios los encargados de dictaminar al respecto". Tal pieza termina así:

"a) En primer lugar, debe enviarse el expediente levantado a la H. Corte Suprema de Justicia para que se pronuncie al respecto, ya que en el informativo existen pruebas suficientes con las que se han probado algunos cargos.

"b) Es notoriamente perjudicial la presencia del señor Dr. Manuel Gómez Pinzón en el H. Tribunal de Pamplona, por lo que considero, que si fuere posible, un cambio a otro Tribunal, resultaría benéfico. Baso mi afirmación en lo siguiente:

"1o. Mantiene enemistad pronunciada con los otros Magistrados de la Sala a que pertenece, siendo, ésto relievantemente perjudicial para la recta administración de justicia;

"2o. La mayoría de los abogados que ejercen en Pamplona, lo han censurado públicamente por medio de carteles murales (f. 17); e igualmente el Concejo Municipal (f 18), esto por su conducta irregular;

"3o. Su trato con la ciudadanía, no es la propia (sic) de un Magistrado (fs. 96, 114, 116);

"4o. Se ha dado en cultivar amistad con personas que tienen antecedentes penales con los que (sic) anda públicamente (fs. 10, 19, 109).

"5o. Indubitablemente, el señor Magistrado Gómez Pinzón, ha violado el Decreto 3365 (sic) de 1.950, ord.4o., ya que ha ultrajado a un subalterno (fs. 97, 99 y 44)".

El Magistrado Dr. Gómez Pinzón, adujo en descargo un extenso escrito, acompañado de la documentación que encontrara oportuna.

Los elementos de juicio reunidos permiten colegir que en algunos sectores de opinión no fue bien mirado el nombramiento del Dr. Gómez Pinzón para la magistratura en Pamplona, por considerársele forastero, no obstante haber llenado las condiciones constitucionales de confirmación, que incluyen, según el artículo 156 de la Carta, la criundez del elegido, o vínculos de afecto por el ejercicio anterior en el respectivo Departamento de cualquiera de los cargos que el artículo 155 enumera.

El tener por extraño al nuevo Magistrado pareceria razón suficiente a explicar la existencia de algunos ánimos predispuestos en forma adversa al ejercicio de las funciones jurisdiccionales en Pamplona por el Dr. Gómez Pinzón, dentro de ambiente que no alcanza sin embargo a desteñir el renombre y prestigio muy merecido de esa benemérita ciudad, patricia, culta y hospitalaria.

Con cristal de aumento iluminado por la animosidad de ciertas personas, pudieran mirarse como faltas graves aquellas cosas que por la exaltación de quien subjetivamente se siente mal acogido, no se hallan muy de acuerdo con las buenas maneras que la vida social exige, ni tampoco con la distinción de tratamiento en que se basa la actividad de los cuerpos judiciales. No que se encuentre de recibo lo que sea inadecuado a la altura y serenidad de quienes cumplen la augusta misión de administrar justicia. Pero tampoco es permitido confundir las deficiencias de urbanidad con fallas de conducta conducentes a la aplicación de penas disciplinarias, por muy severo que fuese el criterio del censor.

No es, en los términos del Decreto 3665 de 1.950, la "mala conducta social motivada por el hábito de la embriaguez, práctica de juegos prohibidos, mora habitual e injustificada en el pago de deudas; abandono de los deberes primordiales del hogar y otros hechos análogos que por su naturaleza sean incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia". Nada de esto se le atribuye al Dr. Gómez Pinzón. Nada desdice de su rectitud como Juez.

Ni por el testimonio de quien perdió su puesto de escribiente del Magistrado puede hallarse prueba de móviles torcidos en la destitución, dependiente nada más que del fuero interno de ese mismo funcionario jurisdiccional, que tiene al efecto plena libertad de nombramiento y remoción.

Es inadmisible en derecho que sin fórmula de juicio se declare la insania mental de una persona, como si de plano se tratara de colocarla bajo interdicción judicial de ejercer la magistratura en Pamplona. Aunque se le recomendaría para desempeñarla en otro Distrito de la República, como si la trashumancia judicial fuese permitida.

Mas como en el fondo no se descubre ninguna causa insalvable, es natural esperar que desaparezca cuanto antes cualquiera desavenencia en las relaciones recíprocas de los miembros que integran la Sala a que el Dr. Gómez Pinzón pertenece.

Debe quedar sin calificación la actitud del Concejo Municipal de Pamplona, que desconoce la independencia de los Jueces de Colombia, y atenta contra la justicia al pronunciar veredicto adverso a un Magistrado sin proceso previo y legítimo que llenara las exigencias del artículo 26 de la Constitución, frente a cualquier ciudadano, aunque no esté revestido de alta dignidad.

Dentro del ordenamiento sustancial por excelencia, que se presume conocido de todas las gentes, puesto que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, se halla garantido el fuero de Magistrados y Jueces, no sujetos a sanciones disciplinarias sino cuando son impuestas por el respectivo superior conforme a la ley (art. 160). Por lo que el dictado de persona no grata a la ciudadanía, evocador de la arcaica interdicción del agua y el fuego, se sale ostensiblemente de la órbita impuesta a los cabildos por el artículo 197 de la Carta fundamental de la República. Tanto más cuanto que en aquella ocasión el Concejo de Pamplona asumió poderes punitivos directos contra un Magistrado de su Distrito.

La actuación de los Cabildos al respecto no puede nunca ir más allá de llevar quejas sólo a conocimiento del superior a quien corresponda, cuando para ello hubiere base plausible. Otra cosa rompe el equilibrio institucional de la nación.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, resuelve que no es el caso de imponer al Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona Dr. Manuel Gómez Pinzón, pena alguna disciplinaria.

Notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, y comuníquese a quien corresponde.

Samuel Barrientos Restrepo. - Ramiro Araújo Grau. - Luis Alberto Bravo. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Luis Fernando Paredes. - Arturo C. Posada. - Julio Roncallo Acosta. - Gustavo Rendón Gaviria. - Primitivo Vergara Crespo. - Humberto Barrera Domínguez. - Adán Arriaga Andrade. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Simón Montero Torres. - Carlos Peláez Trujillo. - Efrén Osejo Peña. - José Joaquín Rodríguez. - Julián Uribe Cadavid. - Luis Carlos Zambrano. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

JURISDICCION DEL TRABAJO. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ARTICULO 7o. DE LA LEY 24 DE 1.947. IMPOSIBILIDAD DE DECIDIR EN EL FONDO POR SUSTRACCION DE MATERIA.

La jurisdicción del trabajo no puede hoy conocer de las reclamaciones o conflictos que se susciten entre la administración pública y sus empleados, por razón de sueldos, primas, bonificaciones, etc.... a menos que entre ella y éstos exista un verdadero contrato de trabajo (art. 4o., Decreto 2127 de 1.945).

Para el conocimiento de los conflictos que puedan presentarse en el desarrollo o ejecución de la relación de servicios en estos casos de excepción, en los que se considera que existe contrato de trabajo entre la administración pública y los trabajadores oficiales, entra en función la jurisdicción del trabajo, conforme a lo dispuesto en el art. 2o. del Decreto 2158 de 1.948, teniendo en cuenta la competencia de los jueces del trabajo que se fija en los arts. 6 a 11 del capítulo II del Estatuto Procesal, según se trate de acciones contra entidades de derecho público, administrativas o sociales, de juicios contra la Nación, los departamentos, los municipios, los establecimientos públicos y los institutos de derecho social, respectivamente.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA PLENA. Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Carlos Zambrano).

El abogado Carlos H. Pareja, en ejercicio de la acción consagrada por el artículo 214 de la Constitución Nacional, propuso demanda a fin de que se declare inexequible el artículo 7o. de la Ley 24 de 1.947.

La disposición acusada es del siguiente tenor:

"Artículo 7o. El inciso segundo del artículo 58 de la Ley 6a. de 1.945, quedará así: También conocerá la justicia del Trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, sueldos, bonificaciones, accidentes de trabajo enfermedades profesionales, cesantías y demás derechos y prestaciones sociales que tengan su origen en leyes, decretos o resoluciones de carácter nacional; ordenanzas, decretos y resoluciones de carácter departamental; acuerdos municipales o reglamentos particulares de entidades e institutos oficiales o semioficiales, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezca. Para estos efectos, se entenderá haberse agotado el procedimiento la tardanza de un mes o más en resolver la solicitud".

La sustancia de la acusación se sustentó en las siguientes consideraciones:

La precitada disposición saca de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo asuntos de que ésta conocía en virtud de lo dispuesto en los artículos 157 y siguientes y 163 del Código de la materia (Ley 167 de 1.941), con violación del artículo 141 de la Carta, que da al Consejo de Estado las funciones del Tribunal Supremo de lo contencioso-administrativo. Los negocios que surgen de la relación de servicio público existente entre la Administración y sus funcionarios o trabajadores, es de competencia privativa de dicha entidad y de sus Tribunales subalternos, según la referida norma constitucional, mas no de la jurisdicción del trabajo que fué establecida para conocer específicamente de las controversias que emanan del contrato de trabajo o de la convención colectiva (Ley 6a. de 1.945).

Además, la disposición acusada viola el ordinal 3o. del citado precepto 141, que dá al Consejo de Estado el carácter de Tribunal Supremo en esta materia, al disponer que la jurisdicción del trabajo "conocerá de aquellos asuntos contencioso-administrativos después de que se haya agotado el procedimiento ordinario establecido en las leyes, ordenanzas y acuerdos, etc. Y como quiera que el Código de lo Contencioso Administrativo consagra el procedimiento para las pensiones, jubilaciones, etc. etc., en tal forma que el Consejo de Estado decide de esas reclamaciones en última instancia, la nueva ley vendrá a colocar los fallos del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo en actitud de ser revisados, modificados o anulados por jueces inferiores, por cualquier juez o tribunal del trabajo, quitándole así al Consejo de Estado el carácter de Tribunal Supremo".

A la Procuraduría General de la Nación se le corrió el traslado de la demanda, y emitió concepto en sentido de que el artículo acusado es inconstitucional en cuanto él comprenda la revisión de actos, providencias, u operaciones administrativas, es decir, de las dictadas o efectuadas por autoridades, corporaciones administrativas o dependencias de dicho orden.

LA CORTE CONSIDERA:

Como antecedente legislativo de la norma acusada debe citarse el artículo 58 de la Ley 6a. de 1945 que, al regular en el Capítulo II lo concerniente a la jurisdicción especial del trabajo, dispuso:

"Artículo 58. La jurisdicción especial del trabajo se instituye para decidir de las controversias que suscite, directa o indirectamente, la ejecución del contrato de trabajo, entre patronos y asalariados, entre asalariados solamente, entre las asociaciones profesionales de patronos y asalariados, o entre los asalariados y sus asociaciones profesionales, ya con motivo de la interpretación o ejecución de las cláusulas de contrato de trabajo o de la convención colectiva, ya con ocasión de la interpretación o aplicación de la legislación del trabajo.

"También conocerá la justicia del trabajo de las controversias que se susciten por razón de las primas, bonificaciones y demás prestaciones que tengan su origen en ordenanzas, decretos y resoluciones departamentales, acuerdos municipales o reglamentos particulares, siempre que se haya agotado el procedimiento de reclamación que en tales disposiciones se establezcan".

El inciso 2o. de la precitada disposición legal fué reemplazado, expresamente, por el artículo 7o. de la Ley 24 de 1.947 que, como aparece de su texto ya

transcrito, amplió el ámbito de conocimiento de la justicia del trabajo a las controversias sobre prestaciones sociales de los trabajadores del servicio oficial que tengan origen en las leyes.

Mas actualmente ocurre que con la expedición del Decreto número 2158 de 1.948 (Código Procesal del Trabajo), el artículo 7o. de la mencionada Ley 24 de 1.947, materia de la acusación, fué tácitamente derogado en virtud de lo dispuesto en el artículo 2o. del referido estatuto legal, que fija los asuntos de que conoce la jurisdicción del trabajo, y también por cuanto la competencia atribuida a esta jurisdicción especial quedó regulada conforme a lo preceptuado en los artículos 6o., 7o., 8o., 9o., 10 y 11 de dicho Código.

En efecto, dispone el artículo 2o. del Código Procesal en mención, que la jurisdicción del trabajo está instituída para decidir los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente del contrato de trabajo. También conocerá de la ejecución de las obligaciones emanadas de la relación de trabajo; de los asuntos sobre fuero sindical; de los permisos a menores para ejercitar acciones; de la calificación de huelgas; de la cancelación de personerías, disolución y liquidación de asociaciones profesionales; de las controversias, ejecuciones y recursos que le atribuye la legislación sobre seguro social y de la homologación de laudos arbitrales.

De la confrontación y examen de las normas antes citadas del Decreto 2158 de 1.948, se desprende que la jurisdicción del trabajo no puede hoy conocer de las reclamaciones o conflictos que se susciten entre la administración pública y sus empleados, por razón de sueldos, primas, bonificaciones, cesantías y demás derechos y prestaciones sociales, puesto que, por regla general, las relaciones entre los servidores públicos y la administración no son contratos de trabajo, ya que se rigen por leyes especiales, según lo preceptuado en la primera parte del artículo 4o. del Decreto 2127 de 1.945, el cual es del siguiente tenor: "No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, las relaciones entre los empleados públicos y la administración Nacional, Departamental o Municipal, no constituyen contratos de trabajo, y se rigen por leyes especiales a menos que se trate de la construcción o sostenimiento de obras públicas o de empresas industriales, comerciales, agrícolas o ganaderas que se exploten con fines de lucro o de instituciones idénticas a las de los particulares o susceptibles de ser fundadas y manejadas por éstos en la misma forma".

Los claros términos de la última parte del artículo 4o. del Decreto número 2127 de 1.945, consagran una excepción al principio general primeramente enunciado, pues señalan los casos en que la relación de servicio entre trabajadores oficiales y la Administración Pública se somete al mismo tratamiento que regula la de los trabajadores particulares con respecto a sus patronos.

Por lo tanto, para el conocimiento de los conflictos que puedan presentarse en el desarrollo o ejecución de la relación de servicios en estos casos de excepción, en los que se considera que existe contrato de trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores oficiales, entra en función la jurisdicción del trabajo, conforme a lo dispuesto en el artículo 2o. del Decreto 2158 de 1.948, teniendo en cuenta la competencia de los Jueces del Trabajo que se fija en los artículos 6 a 11 del Capítulo II del Estatuto Procesal, según se trate de acciones contra entidades de derecho público, administrativas o sociales, de juicios contra la Nación, los Departamentos, los Municipios, los establecimientos públicos y los Institutos de Derecho Social, respectivamente.

En apoyo de la tésis sostenida en este fallo, procede transcribir lo que sobre este particular expresó la Comisión redactora del decreto número 2158 de 1.948 (Código Procesal del Trabajo) en su escrito de "presentación". Dijo ella:

"Hay otras innovaciones, como la de titular cada artículo, según el sistema adoptado por el Código de Procedimiento Civil italiano, para facilitar la consulta y la interpretación. Se atribuye a la justicia del Trabajo exclusivamente el conocimiento de los litigios originados en el contrato de trabajo, de modo que se le suprime la facultad de decidir de los que se susciten entre la Administración Pública y sus servidores, para respetar una situación de hecho inmodificable, que obliga por ahora a conservar el fuero especial que aquélla tiene; de modo que sólo conocerá la jurisdicción del Trabajo de los litigios entre esa Administración y sus trabajadores, cuando entre ella y éstos exista un verdadero contrato de trabajo".

Como de las consideraciones anteriores se desprende que el artículo 7o. de la Ley 24 de 1.947 fue tácitamente derogado por disposiciones ya citadas del Decreto 2158 de 1.948, la Corte no puede, por sustracción de materia, decidir sobre demanda de inconstitucionalidad de un precepto cuya vigencia ya cesó, según doctrina constante de esta Corporación.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Decreto 2158 de 1.948 "sobre procedimiento en los juicios de trabajo", fué adoptado como estatuto legal permanente por el Decreto número 04133 de 16 de diciembre de 1.948, dictado por el Presidente de la República en uso de las facultades extraordinarias de que fué investido por el artículo 27 de la Ley 90 de 1.948, que en su artículo 1o. dispuso: "Adóptanse, a fin de que continúen rigiendo como normas legales, las disposiciones contenidas en los siguientes Decretos Extraordinarios, dictados por el Gobierno en uso de las atribuciones conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional: ..... Decreto 2158 de 1.948, 'Sobre procedimiento en los juicios del trabajo'."

De otra parte, el artículo 27 de la Ley 90 de 1.948, preceptúa: "Invístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 15 de febrero de 1.949, para adoptar como normas legales permanentes, con base en el ordinal 12 del artículo 76 de la Constitución Nacional, las disposiciones de que tratan los siguientes Decretos Extraordinarios, teniendo en consideración las modificaciones adoptadas en las sesiones plenarias de una u otra Cámara al discutirse los respectivos proyectos de ley. ..... Decreto 2158, sobre procedimiento en los juicios del trabajo".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia -Sala Plena- en ejercicio de la jurisdicción constitucional que le confiere el artículo 214 de la Carta, declara que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda referida.

Publíquese, cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Samuel Barrientos Restrepo. - Ramiro Araújo Grau. - Humberto Barrera Domínguez. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Simón Montero Torres. - Luis Fernando Paredes. - Arturo C. Posada. - José Joaquín Rodríguez. - Julián Uribe Cadavid. - Luis Carlos Zambrano. - Adán Arriago Andrade. - Luis Alberto Bravo. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Efrén Osejo Peña Carlos Peláez Trujillo. - Gustavo Rendón Gaviria. - Julio Roncallo Acosta. - Primitivo Vergara Crespo. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

Extractos de Jurisprudencia en materia civil, a cargo del Doctor CARLOS MANUEL GUTIERREZ E., Relator Judicial Auxiliar de la Corte.

ESTADO CIVIL

Admisión de pruebas supletorias. Entre los medios específicos de probar el estado civil no figura el de la confesión judicial. Condiciones de admisibilidad de la declaración de testigos como prueba supletoria del estado civil. Certificados de defunción expedidos por el Registro Civil de la Secretaría de Higiene de Bogotá, como prueba supletoria. Cuándo la falta de prueba de la calidad de heredero entraña la del presupuesto procesal de capacidad para ser parte. Causal 1a. de casación. Error de hecho y de derecho.

1. La causal primera de casación surge siempre del quebranto de la ley sustancial. La violación puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada. La infracción de la ley se produce por vía indirecta cuando no se la aplica o cuando se la aplica en forma indebida como resultado o consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de las pruebas, es decir, cuando el quebranto tiene origen en un error de derecho o en un error manifiesto de hecho al apreciar los elementos de prueba.

2. El error de derecho en la apreciación de las pruebas consiste, según lo tiene dicho y repetido la Corte, en desconocerle a una prueba el mérito demostrativo que la ley le asigna o en atribuírle un valor que la ley no le reconoce. Este yerro entraña por sí solo el quebranto de una norma de carácter probatorio, y de aquí que cuando se acusa una sentencia por violación de ley sustancial debida a un error de esta clase, sea de rigor señalar en concreto la prueba mal apreciada, el precepto de orden probatorio que le fija a la misma prueba un mérito distinto del que se le ha atribuído o negado y la disposición sustancial infringida, con expresión del concepto en que lo ha sido, esto es, si por falta de aplicación o por aplicación indebida.

En cuanto al error de hecho, como causal de casación, puede verse lo dicho por la Corte en sentencia de 23 de marzo de 1.954 (LXXVII, 2138-2139, 119). Cuando se impugna un fallo de violar una ley sustantiva por causa de un error de esta otra clase, es indispensable puntualizar también en concreto la prueba que el sentenciador omitió apreciar o que tuvo por existente, la norma sustancial quebrantada y el concepto en que se la ha infringido, es decir, si por falta de aplicación o por aplicación indebida.

3. Por la trascendencia que el estado civil tiene en las relaciones de familia y en la sociedad en general y por la necesidad de imprimirles seguridad y estabilidad a los hechos y situaciones que lo constituyen, la ley ha

sometido ese estado a un régimen de registro y prueba de carácter especial y diferente del sistema probatorio a que están sujetas las relaciones de índole patrimonial. De consiguiente, en materia de estado civil son de preferente aplicación las reglas que consagran los medios específicos de probarlo. Entre estos medios no figura el de la confesión judicial que establece el art. 1769 del C. Civil, porque, siendo ésta la manifestación de ser cierto el hecho que perjudica al confesante, no puede sostenerse ni admitirse que el reconocimiento de un determinado estado civil redunde en detrimento de quien lo hace, y poque, siendo ese estado de interés público, no sería lógico, ni prudente que su demostración quedara subordinada al arbitrio de quien quisiera confesarlo o negarlo.

4. La ley distingue las pruebas del estado civil en principales y supletorias, señala cuáles son las unas y las otras y la manera como puede hacerse uso de las supletorias. Tradicionalmente ha entendido la Corte que a estas pruebas supletorias no puede acudirse *ad libitum*, sino que para admitir su empleo se requiere acreditar también la falta de la respectiva partida principal mediante certificación del funcionario a quien correspondía extenderla (XLII, 1897, 135; LXXXVII, 2194, 402).

5. Como lo admitió la Corte en casación de 3 de junio de 1.935 (XLII, 1898, 190), al certificado del Oficial de Registro Civil de la Secretaría de Higiene de Bogotá podría reconocérsele el carácter de prueba supletoria para demostrar la defunción de una persona, pero dicha prueba no podría ser tenida en cuenta para el fin expresado sino aparece comprobada la falta de la partida principal de esa defunción que debió extenderse por el Notario respectivo.

6. La falta de la prueba principal de un estado civil puede suplirse con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos de ese estado, pero para ello se requiere comprobar la inexistencia de esa prueba principal.

7. La Corte tiene ya asentada la doctrina de que la calidad de heredero en juicio de filiación natural hace relación al presupuesto procesal de capacidad para ser parte y no a la legitimación en causa y que en consecuencia la falta de prueba sobre esa calidad de heredero entraña la del mencionado presupuesto procesal, que a su vez impide al juzgador decidir el fondo del negocio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, siete de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Ante el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá el señor Juan Sierra Quiñones, obrando por medio de apoderado, dijo demandar a la sucesión del extinto Carlos Quiñones Neira, representada por los señores Rafael, Jorge y Constanza Quiñones Neira, en su calidad de herederos del difunto nombrado, para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que el demandante Sierra es hijo natural del mismo Carlos Quiñones Neira, que tiene mejor derecho que los demandados a recoger la herencia de éste, que le pertenecen todos los bienes

dejados por el de cujus y que los propios demandados están obligados a restituirle esos bienes con sus frutos naturales y civiles y a pagarle perjuicios materiales y morales y las costas del juicio.

Los hechos principales de la demanda pueden resumirse así: que el 23 de octubre de 1.953 falleció en Bogotá el señor Carlos Quiñones Neira; que este señor no dejó descendientes ni ascendientes legítimos; que en su juicio mortuorio, abierto y radicado en el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá, fueron declarados herederos los señores Rafael, Jorge y Constanza Quiñones Neira y que en el mismo negocio se practicaron el inventario, el avalúo y la partición de los bienes relictos; que el demandante Sierra nació el 13 de octubre de 1.926 en una finca llamada "Montevideo", de propiedad del mentado Carlos Quiñones Neira, y ubicada en la fracción llamada "Córdoba", jurisdicción de Chiquinquirá; que el propio Sierra fue bautizado en esa ciudad y que, a petición de su padre natural, le sirvieron de padrinos el Dr. Rafael Quiñones Neira y su esposa; que en la finca mencionada el señor Carlos Quiñones Neira hizo vida marital estable con Martina Sierra, madre del demandante; que tanto el señor Quiñones Neira como sus parientes consideraron siempre a Sierra Quiñones como hijo natural del primero y que además don Carlos lo presentó en esa calidad a sus familiares y relacionados y lo puso a estudiar en un colegio de Chiquinquirá; que las relaciones de don Carlos con Martina Sierra le causaron resentimiento al padre de ésta, pero que más tarde dicho señor se calmó al ver el buen comportamiento del dicho don Carlos, quien atendió a las necesidades y a la subsistencia de sus hijos naturales y "los asistió paternalmente durante toda su vida".

Los demandados contestaron el libelo admitiendo unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones del actor.

El primer grado del juicio concluyó con sentencia de 18 de marzo de 1.959, en la cual se declaró "probada la ilegitimidad de la personería de la parte demandada" y que en consecuencia no era del caso hacer ningún pronunciamiento sobre las súplicas formuladas en la demanda, y se condenó en costas al demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Ambas partes apelaron del fallo de primera instancia y, luego de surtido el segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió la sentencia de 20 de octubre de 1.960, por la cual se confirmó la decisión apelada y se denegó la condena en costas.

Después de recordar los pedimentos y hechos de la demanda y de hacer la reseña del juicio, la sentencia del Tribunal se refiere a las razones en que se funda el fallo de primer grado y transcribe los pasos de éste en que se expresa que, por no haberse traído al proceso las pruebas pertinentes sobre la defunción del señor Carlos Quiñones Neira y sobre la calidad de herederos de éste que se atribuye a los demandados, no puede tenerse por establecida la legitimación en causa de la misma parte demandada y no es en consecuencia posible entrar a decidir el fondo del negocio. Anota que la situación de hecho observada por el Juez no varió en segunda instancia y que, como es bien sabido, el estado civil de las personas sólo puede ser acreditado con las pruebas principales o supletorias que en forma taxativa señala la Ley 92 de 1.938, y dice también que, "por disposición jurisprudencial, la calidad de sucesor a título universal podrá establecerse además con la providencia judicial de reconocimiento de heredero".

La sentencia alude al certificado que sobre la defunción del señor Carlos Quiñones Neira expidió el Oficial de Registro Civil de la Secretaría Municipal de Higiene de Bogotá, que obra en autos, y dice que este documento perdió su mérito probatorio con la derogación de la Ley 31 de 1.907, o que sólo lo tiene como prueba supletoria, a falta de la principal debidamente comprobada. En seguida agrega: "La deficiencia probatoria de que se trata no la suple el hecho de que los demandados Quiñones Neira concurrieran al proceso afrontando el debate en calidad de tales, porque, reputando como confesión la aceptación por parte de éstos de los hechos de la demanda relacionados con la defunción de don Carlos Quiñones Neira, con su celibato al tiempo de la defunción y con la apertura de ésta (sic)- y el reconocimiento de herederos decretado en su favor en el correspondiente proceso, dicha confesión, como lo tiene repetido la jurisprudencia, 'no es medio idóneo de prueba en las cuestiones de estado civil, porque en esta materia el orden público está de por medio, sin que sea posible modificar por la simple voluntad individual la posición que a una persona le corresponde en sus relaciones de familia'".

Se analiza también en la sentencia el argumento de la parte demandada sobre que, no existiendo las pruebas pertinentes de la defunción del señor Quiñones Neira y de la calidad de herederos atribuída a los mismos demandados, se ha debido absolver a éstos, y se rememoran a este propósito las jurisprudencias citadas por dicha parte y referentes a que la legitimación en causa no es un presupuesto procesal, sino un elemento estructural de la acción. Con referencia a este punto expresa el fallo ser cierto que en un principio se sostuvo que la prueba de la condición de heredero en el demandado era en estos casos indispensable para la prosperidad de la acción, pero que esa doctrina fue recogida y sustituída por la que asentó la Corte en casación de julio 21 de 1.959 (XCI-2214, 43) sobre que todo lo relativo a la calidad de heredero corresponde a uno de los presupuestos procesales y no a una de las condiciones de la acción y que de consiguiente la ausencia de prueba de ese carácter de heredero impide resolver el fondo del negocio e impone en cambio una sentencia inhibitoria con consecuencias de cosa juzgada simplemente formal. Por último dice la sentencia:

"De manera, pues, que la pretensión de la parte demandada para que ante la ausencia de prueba de la calidad de heredero en quienes fueron demandados, se decrete la absolución de los cargos de la demanda, no puede prosperar .....

"Tampoco puede prosperar el recurso interpuesto por la parte actora, pues siendo así -como quedó visto- que la situación de hecho observada por el a quo es exacta por cuanto no se acreditó en autos la legitimación ad procesum de la parte demandada, que esta situación no sufrió modificación alguna en segunda instancia y que ella impone un fallo inhibitorio, lo decidido en tal forma por el fallo apelado, resulta plenamente ajustado a derecho".

LA IMPUGNACION

La parte demandante recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales que señala el art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia de segundo grado los dos siguientes cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.

Se hace consistir en la violación de los arts. 1o., 4o, 6o. 8o. y 20 de la Ley 45 de 1.936, 1321 y siguientes del C. Civil, a causa de error de derecho en la apreciación de las pruebas.

En desarrollo de esta censura el recurso transcribe los pasos de la sentencia en que se exponen las consecuencias de la falta de las pruebas idóneas sobre la muerte del señor Carlos Quiñones Neira y de la calidad de herederos de los demandados y a continuación señala las pruebas que considera erróneamente apreciadas. Tales pruebas son:

a). El certificado del Oficial de Registro Civil de la Secretaría Municipal de Higiene de Bogotá sobre que el citado señor Carlos Quiñones Neira murió en esta ciudad el 23 de octubre de 1.955.

b). Los testimonios de Gaspar Mateus, Guillermo Cancelado, Pedro Pablo Pérez, Ramón Sierra Dorado y Martina Sierra, que aluden todos a la muerte del mismo Quiñones Neira.

c). La manifestación hecha por los tres demandados al contestar la demanda sobre que son ciertas la muerte del señor Quiñones Neira y su calidad de herederos de éste.

d). Las declaraciones de Guillermo Morales Pena, Dr. Pedro Martín Quiñones, Carlos Nieto Díaz, Alfredo Prieto Páez, Julio Alfonso Prieto y Esteban Zambrano Peña, en las cuales se hace también alusión a la muerte del señor Quiñones Neira.

e). El poder conferido a su apoderado por el demandante Juan Sierra Quiñones y la demanda incoada en nombre de éste, documentos en los cuales se afirma la defunción del señor Quiñones Neira.

El recurso asevera que todas estas pruebas están de acuerdo en que el nombrado Quiñones Neira murió y sostiene luego que, fuera de la Ley 92 de 1.938 y del Decreto reglamentario No. 1003 de 1.939, hay otras disposiciones que autorizan llevar la estadística de defunciones por la Secretaría de Higiene de los Municipios, que para ese efecto los Alcaldes están obligados a exigir y exigen el respectivo certificado médico y que en cambio las partidas de defunción que asientan los Notarios sólo se fundan en informes de los particulares, según los arts. 356 del C. Civil y 5o. de la referida Ley 92. "De manera -dice el impugnante- que el Notario da una partida con fuerza muy mermada y ateniéndose solamente a la información de cualquier habitante del territorio; en cambio el Alcalde, que gobierna el cementerio, exige el certificado expedido por un médico facultativo".

Continúa el recurrente expresando que el sistema seguido por la Secretaría de Higiene de Bogotá para llevar la estadística de defunciones es más seguro que el empleado por los Notarios para asentar las partidas referentes al mismo hecho, que además en esta ocurrencia los demandados confesaron la muerte de don Carlos Quiñones Neira y que esa confesión constituye el relevo de toda otra prueba, de manera que al no aceptarla incurrió la sentencia en violación de la ley por error de derecho.

Segundo cargo.

Versa sobre el quebranto de los mismos arts. 1o., 4o., 6o., 8o. y 20 de la Ley 45 de 1,936, 1321 y siguientes del C. Civil, a causa de error consistente en haber omitido apreciar las pruebas demostrativas de la calidad de hijo natural que tiene el demandante Juan Sierra Quiñones respecto del señor Carlos Quiñones Neira.

En relación con este cargo el recurrente copia los apartes que considera pertinentes de las declaraciones de José del C. Solano, Ismael Páez Martínez, Pedro Parra Pérez, Gaspar Mateus, Martina Sierra, Ramón Sierra Dorado y Guillermo Cancelado, y después de hacer algunos comentarios extraños al recurso afirma finalmente: "Por medio del desconocimiento total de las pruebas que he examinado, la sentencia ha desconocido exactamente las mismas disposiciones legales que yo enumeré en la parte correspondiente a la primera causal, es decir, las disposiciones sobre hijos naturales y las que se contraen al derecho de petición de herencia".

LA CORTE CONSIDERA:

I). La causal primera de casación surge siempre del quebranto de la ley sustancial. La violación puede producirse de dos modos: por vía directa o por vía indirecta. Se infringe la ley por vía directa cuando, sin consideración a las pruebas, se deja de aplicar dicha ley, o se la aplica indebidamente, o se la interpreta de manera equivocada. La infracción de la ley se produce por vía indirecta cuando no se la aplica o cuando se la aplica en forma indebida como resultado o consecuencia de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de las pruebas, es decir, cuando el quebranto tiene origen en un error de derecho o en un error manifiesto de hecho al apreciar los elementos de prueba.

El error de derecho en la apreciación de las pruebas consiste, según lo tiene dicho y repetido la Corte, en desconocerle a una prueba el mérito demostrativo que la ley le asigna o en atribuirle un valor que la ley no le reconoce. Este yerro entraña por sí solo el quebranto de una norma de carácter probatorio, y de aquí que cuando se acusa una sentencia por violación de la ley sustancial debida a un error de esta clase, sea de rigor señalar en concreto la prueba mal apreciada, el precepto de orden probatorio que le fija a la misma prueba un mérito distinto del que se le ha atribuído o negado y la disposición sustancial infringida, con expresión del concepto en que lo ha sido, esto es, si por falta de aplicación o por aplicación indebida.

Sobre el error de hecho ha expresado la Corte: "El error de hecho manifiesto en la apreciación de la prueba, a que se refiere el inciso segundo del ordinal 1o. del artículo 520 del C. J., consiste en que el juzgador haya tenido como probado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia de un medio de prueba que obra en autos y que demuestra evidentemente que tal hecho no existió; o bien, en que lo haya tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta la existencia, en el proceso, de un medio de prueba que demuestre, evidentemente, que ese hecho existió. Y la recíproca es verdadera: hay también error de hecho cuando el fallador tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe y obra en el proceso; o cuando lo tiene como no probado, en virtud de un medio de prueba que no

consta u obra en los autos. En todos estos casos, el error del juzgador no versa sobre la existencia del extremo que se trata de probar, sino sobre la existencia del medio con el cual se trata de probarlo" (LXXVII-2138, 119). Cuando se impugna un fallo de violar una ley sustantiva por causa de un error de esta otra clase, es indispensable puntualizar también en concreto la prueba que el sentenciador omitió apreciar o que tuvo por existente, la norma sustancial quebrantada y el concepto en que se la ha infringido, es decir, si por falta de aplicación o por aplicación indebida.

En este caso el impugnante, en su primer cargo, acusa la sentencia de violar varios preceptos sustantivos a causa de un error de derecho en la valoración probatoria y señala las pruebas que considera mal apreciadas, pero no indica cuál es la norma de carácter probatorio que pudo haberse infringido por no reconocer mérito a esas pruebas para demostrar la defunción del señor Carlos Quiñones Neira y la calidad de herederos de éste que se atribuye a los demandados. En el segundo cargo se impugna la sentencia de quebrantar las mismas disposiciones sustanciales por motivo de un error en la apreciación de otras pruebas, pero no se expresa de qué clase de yerro se trata, aunque por la formulación de la censura se echa de ver que se tuvo en mientes un error de hecho consistente en haber omitido considerar los medios de prueba que, en sentir del recurrente, acreditan la calidad de hijo natural del demandante Juan Sierra respecto del nombrado Carlos Quiñones Neira.

Ib). Sin embargo de esta notoria deficiencia en la formulación de los cargos, no huelga hacer en relación con ellos unas breves observaciones acerca de la cuestión de la prueba del estado civil.

El art. 347 del C. Civil dispone que las actas del estado civil extendidas por quienes están encargados de su registro, "serán las pruebas del respectivo estado".

La Ley 92 de 1.938 regula lo concerniente al modo de asentar las actas mencionadas y determina los funcionarios a quienes compete el registro del estado civil. Los arts. 4o. a 7o. de dicha Ley señalan los requisitos que han de cumplirse para extender las actas de defunción.

El art. 18 de la misma Ley 92 prescribe que, "a partir de la vigencia de la presente Ley, sólo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente Ley".

Y el art. 19 ibidem estatuye: "La falta de los respectivos documentos del estado civil podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas o partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos Curas Párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas osutizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil".

Por la trascendencia que el estado civil tiene en las relaciones de familia y en la sociedad en general y por la necesidad de imprimirles seguridad y es-

tabilidad a los hechos y situaciones que lo constituyen, la ley ha sometido ese estado a un régimen de registro y prueba de carácter especial y diferente del sistema probatorio a que están sujetas las relaciones de índole patrimonial. De consiguiente, en materia de estado civil son de preferente aplicación las reglas que consagran los medios específicos de probarlo. Entre estos medios no figura el de la confesión judicial que establece el art. 1769 del C. Civil, porque, siendo ésta la manifestación de ser cierto el hecho que perjudica al confesante, no puede sostenerse ni admitirse que el reconocimiento de un determinado estado civil redunde en detrimento de quien lo hace, y porque, siendo ese estado de interés público, no sería lógico ni prudente que su demostración quedara subordinada al arbitrio de quien quisiera confesarlo o negarlo.

La ley distingue las pruebas del estado civil en principales y supletorias, señala cuáles son las unas y las otras y la manera como puede hacerse uso de las supletorias. Tradicionalmente ha entendido la Corte que a estas pruebas supletorias no puede acudirse ad libitum, sino que para admitir su empleo se requiere acreditar también la falta de la respectiva partida principal mediante certificación del funcionario a quien correspondía extenderla (XLII - 1897, 135; LXXXVII - 2194, 402).

En esta ocurrencia se ha pretendido tener por demostradas la defunción del señor Carlos Quiñones Neira y la calidad de herederos de los demandados con la manifestación que éstos hicieron al contestar la demanda de ser ciertos tales hechos. Esta supuesta confesión no está autorizada ni puede ser admitida como prueba principal ni supletoria de la muerte del señor Quiñones ni de la condición de herederos de los demandados y en consecuencia ningún error de derecho cometió la sentencia al desestimarla como tal prueba.

Al certificado del Oficial de Registro Civil de la Secretaría de Higiene de Bogotá podría reconocérsele el carácter de prueba supletoria para demostrar la defunción del mismo señor Quiñones Neira, como en caso similar lo admitió la Corte en casación de junio tres de 1.935 (XLII - 1898, 190), pero aquí sucede también que dicha prueba no puede ser tenida en cuenta para el fin expresado por no aparecer comprobada la falta de la partida principal de esa defunción que debió extenderse por el Notario respectivo.

Lo propio acontece respecto de la prueba testimonial que en este caso se señala como erróneamente apreciada. La falta de la prueba principal de un estado civil puede suplirse con declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos de ese estado, pero para ello se requiere comprobar la inexistencia de esa prueba principal. No habiéndose establecido aquí esa inexistencia, los testimonios que cita el recurso no podían ser acogidos como prueba supletoria de la defunción del señor Quiñones Neira y menos cuando ninguno de los declarantes dice haber presenciado el fallecimiento de este señor.

Tampoco se demostró en debida forma la calidad de herederos de los demandados, pues ya está dicho que la confesión de éstos no es prueba idónea para acreditar esa calidad. Y a este respecto cabe recordar finalmente, como lo hace el fallo impugnado, que la Corte tiene ya asentada la doctrina de que la calidad de heredero en casos como el presente hace relación al presupuesto procesal de capacidad para ser parte y no a la legitimación en causa y que en consecuencia la falta de prueba sobre esa calidad de heredero entraña la del mencionado presupuesto procesal, que a su vez impide al juzgador decidir el

fondo del negocio. La sentencia acusada acogió y aplicó esta doctrina por la ya expresada razón de no aparecer debidamente comprobada la calidad de herederos de los demandados, y al inhibirse de resolver el fondo de la litis se abstuvo, como era lógico, de considerar las pruebas que, en concepto del recurso, demuestran el estado de hijo natural del demandante Sierra respecto del señor Carlos Quiñones Neira. Esta omisión en apreciar tales pruebas no constituye en este caso error de hecho por ser una consecuencia obligada del fallo inhibitorio.

Estas consideraciones demuestran que el recurso no puede 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 veinte de octubre de mil novecientos sesenta, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en este juicio ordinario del señor Juan Sierra Quiñones contra los señores Rafael, Jorge y Constanza Quiñones Neira.

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

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Enrique Lopez de Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL

presupuestos de procedibilidad. Motivos de revisión y prueba de los mismos. Causal primera de revisión.

1. El recurso de revisión tiene un carácter extraordinario en grado eminente, porque es un remedio que se endereza a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, lo que explica que la ley la sujete al cumplimiento de ciertos requisitos excepcionales, que por su mismo carácter constituyen presupuestos de procedibilidad del recurso. Esos presupuestos, imperados por los textos del C. J., que de inmediato se citan, son los siguientes:

a) Que se trate de la revisión de una sentencia ejecutoriada, con fuerza de cosa juzgada material, proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior (542);

b) que el recurso se funde en alguna de las cuatro precisas causales establecidas por el artículo 542;

c) que se interponga dentro de los dos años siguientes a la publicación de la sentencia (543);

d) que, con la demanda, el recurrente presente las pruebas en que funde su solicitud (544); y

e) que acompañe, además, la suma de doscientos pesos (art. ibid), en garantía de la seriedad de su acción.

2. Como lo enseña la doctrina de la Corte, el recurso de revisión, en lo que mira a sus motivos y a la prueba de los mismos, está "condicionado, no solo para su viabilidad sino para su *admisibilidad*, a la demostración de alguno de las cuatro causales establecidas por el artículo 542 ibidem. . . . . *Puede decirse que el juzgador entra en estos casos, calificando prima facie, sin que esa calificación lo ligue para el fallo, las pruebas que al respecto aduce el actor.* El legislador fue estricto al dictar el artículo 544, y se inspiró en los principios jurídicos que configuran el recurso de revisión, y exigió por eso que se acompañaran las pruebas del caso, tanto para evitar que el juicio de revisión prácticamente se convirtiera en un simple juicio ordinario, como para fijar ciertas limitaciones a la acción, puesto que en todo recurso extraordinario, como el de revisión, como el de casación, la libertad de acción ante la justicia de los particulares, *está condicionada a determinadas exigencias y a circunstancias preexistentes*" (auto de 9 junio de 1.943, LV, 1998-99, Pág. 533).

3. El ordinal 1o. del artículo 542 del C. Judicial, que trata de la detención, supone la existencia material de las pruebas que la sufrieron.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

JOSE ANTONIO UMAÑA CAMACHO, por medio de apoderado al efecto, ha interpuesto el recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 2 de julio de 1.958, en el juicio especial que contra el recurrente adelantó ENRIQUE L. CAMACHO, para que se le requiriese a otorgar en favor del demandante escritura de venta del inmueble denominado "El Carrizal", ubicado en el Municipio de Funza y que, de no cumplir el requerido tal acto, lo ejecutase a su nombre el juez.

La iniciación del trámite ante la Corte quedó pendiente de que se remitiera a ésta el proceso, lo que sólo vino a efectuarse últimamente.

No obstante lo cual, antes de disponer que de la demanda de revisión se dé traslado a la contraparte del recurrente, será indispensable estudiar si reune los presupuestos de ley indispensables para su admisión procesal, pues de faltar uno cualquiera de éstos tendrá que ser desechada de plano.

El caso sub judice es como sigue:

El primero de abril de 1.956, José Antonio Umaña Camacho y Enrique L. Camacho celebraron un contrato de promesa de compraventa, por el cual el primero se obligó a vender al segundo y éste a comprar a aquél la finca rústica denominada "El Carrizal", ubicada en el Municipio de Funza, de este Departamento, y determinada como se expresa en el documento privado en que tal convenio se contiene. Entre las estipulaciones de ese convenio figuran las siguientes: "SEGUNDA. El precio de la venta prometida es la cantidad de trescientos veinte mil pesos ($320.000.00 M/C) en dinero, que el prometiente comprador pagará así: diez mil pesos ($10.000.00) que el prometiente vendedor declara recibidos hoy en calidad de arras simples para garantizar el cumplimiento de esta promesa, y los cuales, en caso de que sea cabalmente cumplida serán abonados como parte de precio; y el resto, o sean trescientos diez mil pesos ($310.000.00 M/C), dentro del término de un año contado desde la fecha de este documento. Sobre esta última suma el prometiente comprador pagará, a título de intereses, la suma mensual de novecientos sesenta pesos ($ 960.00 M/C.). Es entendido que el prometiente comprador puede pagar total o parcialmente antes del término con las modificaciones consecuenciales sobre el monto de los intereses y el plazo para la solemnización de la venta prometida. TERCERA. El plazo para la solemnización de la venta prometida con el otorgamiento de la correspondiente escritura es el mismo que para el pago total del precio, esto es, que debe hacerse el día primero de abril de 1.957, en la Notaría Quinta de esta ciudad si en esa fecha se ha completado el pago del precio, o antes, de común acuerdo, si se anticipare tal pago total".

Fundándose en este contrato de promesa de compraventa, Enrique L. Camacho demandó a José Antonio Umaña Camacho, en ejercicio de la acción que gobiernan los artículos 971 y siguientes del C. J. y el artículo 1o. de la ley 66 de 1.945, para que se le requiriese a otorgar en favor de aquél la escritura de venta del predio "El Carrizal" y para que, si el requerido no cumpliere con esta obligación dentro del término que se le señalare, haga en su nombre el juez tal otorgamiento.

El peticionario alegó: Haber abonado ochenta mil pesos ($8,0000.oo) a buena cuenta del precio de la compraventa; no haber cumplido el demandado por su parte con la obligación de entregar al primero los títulos y certificado del Registrador demostrativas de su dominio, imposibilitándolo para la confección de la minuta de la escritura respectiva; y estar el actor listo a consignar en el juzgado la suma de doscientos cuarenta mil pesos ($240.000.oo), saldo del precio, para que le sea entregada al demandado cuando se otorgue la escritura de la compraventa.

En su contestación, el demandado aceptó algunos hechos y negó otros, manifestando: que solamente recibió del actor, a cuenta del precio, setenta mil pesos ($ 70.000,oo), porque los diez mil pesos ($10.000,oo) que le fueron entregados por el demandante el 1o. de abril de 1.956 tenían la calidad de arras que solamente se imputarían al precio en el evento de que el futuro comprador cumpliera cabalmente su obligación; que éste, de los intereses estipulados, sólo satisfizo los correspondientes a los meses de abril a agosto de 1.956 y que no cumplió la obligación de pagar previamente la totalidad del precio, habilitando a Umaña para optar por la resolución del contrato; que Umaña no estaba comprometido a entregar los títulos y que el mismo se allanó a cumplir el contrato en el lugar y tiempo debidos. Se opuso, pues, a que se ordenase el requerimiento sobre que versa la demanda.

El Juez del conocimiento dictó fallo absolutorio del demandado.

Por apelación del actor, subió el juicio al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, que se pronunció en sentencia de 2 de julio de 1.958, por la cual revocó la del inferior y en su lugar ordenó requerir a Umaña Camacho, para que dentro de los diez días siguientes a la fecha de notificación del auto de obedecimiento que dicte el inferior, otorgue en la Notaría 5a. de Bogotá, en favor del demandante Camacho, la escritura de compraventa del inmueble "El Carrizal", con la prevención de que si el requerido no cumpliere esa obligación dentro del término señalado, procederá en su nombre el Juez del conocimiento a otorgar tal escritura y con la advertencia de que el actor deberá pagar al demandado, en dinero, en el acto mismo del otorgamiento, la totalidad del saldo a su favor, según lo estipulado en el contrato de promesa.

Esta sentencia se publicó con fecha 3 de Julio de 1.958, como lo acredita la nota suscrita al pié de la misma por el Secretario del Tribunal.

Así las cosas, el apoderado especial de José Antonio Umaña Camacho, en escrito presentado con fecha 23 de febrero de 1.959, y en uso del recurso extraordinario consagrado en el capítulo VII del título 14, libro 2o. del C. J., solicita que por esta Corte se revise e invalide la referida providencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio de que se trata y, en su lugar, se absuelva al demandado. Dice fundar esta solicitud en la primera de las causales establecidas en el artículo 542, previa una relación de hechos relativos al juicio de que se hizo historia, relación de la cual se transcriben los siguientes ordinales, a saber:

"SEXTO. Después de pronunciada la aludida providencia de dos (2) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958) por el Honorable Tribunal, el demandado ha recobrado una pieza decisiva para el proceso, retenida por obra de la parte favorecida, consistente en la confesión de ésta contenida en la demanda ordinaria que presentó ante el Juzgado Octavo (8o.) Civil del Circuito de Bogotá contra el señor José Antonio Umaña Camacho, mediante la cual pretende reivindicar el mencionado inmueble 'El Carrizal'. Con esta confesión desvirtúa el propio actor los hechos en que funda su demanda especial de requerimiento y reconoce

que sus pretensiones -como titular del derecho de dominio- son contrarias a las invocadas en dicho libelo -cumplimiento de un contrato personal.- SEPTIMO. La aludida prueba fue detenida por obra de la parte favorecida, quien no hizo gestión alguna tendiente a obtener la notificación en la demanda contentiva de la confesión, a fin de evitar que ésta influyera decisivamente en su contra en la acción de requerimiento".

El recurrente acompañó a su libelo sendas copias de la sentencia cuya revisión se solicita, con los testimonios de su publicación y notificación, y de la demanda de reivindicación presentada por Enrique L. Camacho ante el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá, precedida del poder al efecto otorgado por éste a su abogado, y también el título de consignación de la cantidad de $200.oo en el Banco de la República, a la orden de "Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia".

SE CONSIDERA:

El recurso de revisión tiene un carácter extraordinario en grado eminente, porque es un remedio que se endereza a quebrantar el sello y la eficacia de la cosa juzgada, lo que explica que la ley lo sujete al cumplimiento de ciertos requisitos excepcionales, que por su mismo carácter constituyen presupuestos de procedibilidad del recurso. Esos presupuestos, impérados por los textos del C. J., que de inmediato se citan, son los siguientes:

a). Que se trate de la revisión de una sentencia ejecutoriada, con fuerza de cosa juzgada material, proferida por la Corte Suprema o por un Tribunal Superior (542);

b). que el recurso se funde en alguna de las cuatro precisas causales establecidas por el artículo 542;

c). que se interponga dentro de los dos años siguientes a la publicación de la sentencia (543);

d). que, con la demanda, el recurrente presente las pruebas en que funde su solicitud (544); y

e). que acompañe, además, la suma de doscientos pesos (art. ibid.), en garantía de la seriedad de su acción.

Como lo enseña la doctrina de la Corte, este recurso, en lo que mira a sus motivos y a la prueba de los mismos, está "condicionado, no solo para su viabilidad sino para su admisibilidad, a la demostración de alguna de las cuatro causales establecidas por el artículo 542 ibidem..... Puede decirse que el juzgador entra en estos casos, calificando prima facie, sin que esa calificación lo ligue para el fallo, las pruebas que al respecto aduce el actor. El legislador fue estricto al dictar el artículo 544, y se inspiró en los principios jurídicos que configuran el recurso de revisión, y exigió por eso que se acompañaran las pruebas del caso, tanto para evitar que el juicio de revisión prácticamente se convirtiera en un simple juicio ordinario, como para fijar ciertas limitaciones a la ación, puesto que en todo recurso extraordinario, como el de revisión, como el de casación, la libertad de acción ante la justicia de los particulares, está condicionado a determinados exigencias y a circunstancias preexistentes" (auto 9 junio 1.943, LV, 1998/99, Pág. 533).

Lo primero que se advierte en la especie que se ventila es que la demanda de revisión adolece de la falla fundamental de no ser pertinente el hecho propuesto como razón de la causal invocada, que el recurrente hace consistir, como se vió atrás, en la ocurrencia de haber éste, después de pronunciada por el Tribunal, en el juicio de requerimiento, la sentencia de 2 de julio de 1.958, recobrado "una pieza decisiva para el proceso, retenida por obra de la parte favorecida, consistente en la confesión de ésta contenida en la demanda ordinaria que presentó ante el Juzgado Octavo (8o.) Civil del Circuito de Bogotá contra el señor José Antonio Umaña Camacho, mediante la cual pretende reivindicar el mencionado inmueble 'El Carrizal'", confesión con la cual, según lo estima el recurrente, reconoce el propio actor que sus pretensiones, como titular del derecho de dominio, son contrarias a las invocadas en la demanda sobre requerimiento.

Pero, fuera de no aparecer que la demanda de reivindicación hubiera sido presentada con anterioridad al vencimiento del término de prueba en el juicio de requerimiento, para que en éste hubiera podido ser aducida como elemento probatorio y producirse la detención de que trata el ordinal 1o. del artículo 542, texto que supone la existencia material de las pruebas que la sufrieron, resulta que en esa demanda de reivindicación no aparece manifestación alguna de Enrique L. Camacho sobre que José Antonio Umaña Camacho le hubiese otorgado escritura pública de venta de la finca "El Carrizal", pues en tal libelo el reivindicante sólo cita como título de su pretensión la compra que -dice- hizo al demandado mediante el contrato que llama "solemne debidamente celebrado y registrado en Bogotá el 1o. de abril de 1.956", lo que importa referencia al contrato de promesa, que fue el que se ajustó entre las partes en la fecha últimamente citada. Lo cual habría carecido de todo mérito probatorio para desvirtuar la acción de requerimiento generada de la misma promesa, si ya no fuese que, por sobre estas consideraciones, se encuentra la de que la venta de un inmueble no es susceptible de ser probada por confesión (art. 1760 y 1857 C. civ.; 605 C. J.).

Por otra parte, requisito sine qua non para la configuración de la causal primera del artículo 542 C. J., es el de que la pieza decisiva, recobrada después de pronunciada la sentencia de cuya revisión se trate, haya sido detenida por fuerza mayor o por obra de la parte favorecida. Entonces, si no mediaran los motivos que anteceden para negarle la admisión a este recurso, se tendría uno último que impondría el mismo resultado, a saber: que, aunque por el recurrente se alegó el que la detención de la pretendida confesión contenida en la demanda a que se refiere, se efectuó por obra de la parte favorecida, no se trajo prueba de que esa demanda de reivindicación, introducida por Camacho en el Juzgado 8o. Civil de este Circuito, hubiese sido detenida allí por obra de su autor.

RESOLUCION

A mérito de las razones expuestas NO SE DA CURSO a la demanda de revisión, de José Antonio Umaña Camacho contra la sentencia proferida el dos (2) de julio de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio especial que siguió Enrique L. Camacho frente al primero y a que se ha hecho referencia.

Devuèlvase al recurrente la suma por éste consignada, y al Juzgado Primero (1o.) Civil del Circuito de Bogotá el expediente del dicho juicio especial. Archívese la presente actuación.

Notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava - Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

CASACION

Naturaleza de los cargos. Carácter del ord. 8o. del art. 1394 del Código Civil.

1. Afirmaciones generales y abstractas en referencia a textos legales que se suponen conocidos por el sentenciador no constituyen cargo en casación.

2. El ordinal 8o., artículo 1394 del Código Civil, es norma instrumental que no funda censura en casación.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, nueve de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Rehecho el trabajo de partición en el juicio sucesorio de Rubén Bedoya, por la prosperidad de algunos reparos a la cuenta primitiva, el Juez del conocimiento, 5o. Civil del Circuito de Medellín, en sentencia del 3 de junio de 1.963 le impartió aprobación por quedar completos los requerimientos de ley.

Inconforme el apoderado de María Josefa Peña recurrió ante el Tribunal Superior, quien por encontrar "la partición ajustada a la ley y en consonancia con las correcciones ordenadas en las respectivas providencias", con fecha 2 de agosto del dicho año de 1.963 emitió pronunciamiento confirmatorio, ahora objeto del recurso de casación interpuesto por el mismo representante.

En su respectivo libelo dice:

"Formulo mis cargos contra tal sentencia en los términos más concretos y breves:

"1o. Violación directa de la ley sustantiva por aplicación indebida. A los autos se adujo el acta testamentaria otorgada por el señor Rubén Bedoya. Ese testamento era norma perentoria para el partidor de acuerdo con los artículos 1274, 1275 del Código Civil. Al desatender la letra de esa memoria, sin haberse ventilado previamente una acción de reforma o impugnación del testamento, hubo violación flagrante de tales disposiciones en cuanto que el desconocimiento del testamento no puede lograrse en forma sumaria ni incidental.

"Esta violación directa por error de hecho y de derecho consiste en que el testamento del señor Bedoya consagró una situación de derecho no modificable sino por virtud de la querella inofficiosi testamenti (art. 1274). Dijo la H. Corte en casación de 24 de septiembre de 1.940 (L 107): '.....la acción de reforma o de nulidad de un testamento no puede obtenerse por el trámite especial y de carácter

limitado de un incidente de objeciones a una partición, pues mientras el testamento no haya sido anulado por sentencia judicial en juicio pleno, tiene que reconocerse y producir sus efectos.....' En igual sentido, mutatis mutandis se pronunció en fallos de casación del 31 de mayo de 1.913, XXIII, 34; 11 de septiembre de 1.919, XXVII, 29; 17 de marzo de 1.920, XXVIII; etc.

"Se privó a la señora María Josefa Peña de su derecho a controvertir la verdad de la declaración testamentaria según la cual el testador era su deudor por la suma de cinco mil pesos. El legado fue desconocido y ese desconocimiento implicó una violación de hecho y de derecho de los artículos 1162 y 1191 del Código Civil. Estas disposiciones hacen referencia a la obligatoriedad y ejecutoriedad desconocidas por el partidor.

"Viola igualmente de hecho y de derecho las disposiciones sobre obligatoriedad o exigibilidad de las declaraciones de voluntad (arts. 1502 y 1527 del Código Civil) en cuanto se pretermitió la confesión del testador sobre la existencia de una obligación de $5.000.oo en favor de mi poderdante.

"2o. Violación directa de hecho y de derecho de las disposiciones civiles sobre igualdad y semejanza en lo posible de las adjudicaciones. Según la partición aprobada por el Tribunal, a la señora Peña solo se le adjudicó dinero, en cambio al otro heredero se le adjudicó un inmueble. No hay semejanza en tales adjudicaciones. Con esto se viola la norma del ordinal 8o. del artículo 1394 en el que se prescribe que en el loteo se procurará no solo la equivalencia sino también la semejanza de todas las hijuelas. Bien se ve que la regla no es absoluta. Pero hay hecho protuberante como la devaluación de la moneda consagrada en ley de la República que hace palmar la desigualdad y falta de semejanza. La violación está en que a una sola persona se le adjudicó en especie y a otra, solo dinero en efectivo".

LA CORTE CONSIDERA:

No se plantea cargo ninguno por medio de afirmaciones generales y abstractas en referencia a textos de la ley que en el recurso extraordinario se suponen bien conocidos, vistos con acierto y aplicados rectamente por el sentenciador:

a) Como que la última voluntad del causante rige la liquidación hereditaria sin menoscabo de las normas de rango preferente inspiradas en las buenas costumbres y el orden público, que no siempre exigen la acción de nulidad o de reforma del testamento, sino que basta deducir el efecto que la misma ley dispone;

b) Como que la deuda confesada en el testamento, y de que por otra parte no hubiere un principio de prueba por escrito, se tiene por legado gratuito, con todas sus consecuencias;

c) Y como sucede en orden a procurar en la formación de las hijuelas no sólo la equivalencia sino la semejanza de todas ellas, por cuanto el debate al respecto se clausura definitivamente en la instancia, desde luego que la norma respectiva (8o., 1394 C. C.) no es sustancial sino meramente instrumental, sin asidero en casación.

De todo ello se desprende que el libelo permanece a considerable distancia de la técnica impuesta por la naturaleza del recurso.

RESOLUCION:

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 2 de agosto de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el presente juicio de sucesión de Rubén Bedoya.

No agarecen costas causadas en casación.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco .-Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA

La falta de un presupuesto procesal inhibe al juzgador para dictar fallo de mérito.

Entre los presupuestos procesales se encuentra el de "demanda en forma", en virtud del cual el libelo demandatorio o petición con la cual se inicia un juicio debe reunir los requisitos formales exigidos por nuestro derecho procesal, principalmente por los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. de Procedimiento Civil. De suerte que cuando falta éste, u otro de los presupuestos procesales, no es posible jurídicamente decidir en el fondo del negocio, y el juzgador debe declararse inhibido para dictar fallo de mérito.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, nueve de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Ordinario de Misael Perilla Leguizamón contra Abel López Gómez y José María Piñeros.

- I -

ANTECEDENTES

El seis (6) de julio de mil novecientos sesenta (1.960), ante el señor Juez del Circuito Civil de Guateque, el doctor Misael Perilla Leguizamón demandó, en juicio ordinario de mayor cuantía a Adán López Gómez y José María Piñeros, para que se declarara lo siguiente:

a) Que es absolutamente nula la escritura número cuatrocientos ochenta y seis (486) de siete (7) de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1.942), de la notaría segunda de Guateque, por la cual Ernestina o Celestina Gómez revocó unilateralmente la donación que había hecho a María Dolores López, por medio de la escritura No. 539 de 3 de noviembre de 1.940, de la misma notaría.

b) Que es absolutamente nula la escritura número mil cuatrocientos treinta y seis (1.436), de doce (12) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), de la notaría primera de Bogotá, por la cual María Dolores López de Martínez cede a José María Piñeros, los derechos y acciones que le puedan corresponder en la sucesión de Ernestina o Celestina Gómez, circunscribiendo la acción de nulidad a los derechos y acciones hereditarios en una casa ubicada en Guateque, la cual se determina en la demanda.

c) La nulidad absoluta de los autos de quince (15) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho (1.958) y diez y seis de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959), dictados por el juez del circuito de Guateque en el juicio doble de sucesión de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez. Esta declaración se pide como consecuencial a la anterior.

d) Consecuencialmente, que se decrete la nulidad de la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez; y, como consecuencia de ésta, que se decrete la reforma de dicha partición, a fin de que se adjudique al demandante las tres cuartas partes de la casa relacionada en el pedimento segundo.

e) Que se ordene la cancelación del registro de la escritura 486 antes relacionada.

f) Que se condene a Adán López a pagar al demandante los frutos producidos por el inmueble, desde el 3 de octubre de 1.952, hasta cuando le entregue la posesión pacífica de la cuota que le corresponde en el inmueble.

g) Subsidiariamente, y para el caso de que no se hiciere la declaración de nulidad de la escritura 1436 de 12 de mayo de 1.952, de la Notaría segunda de Guateque, que se declare que esta escritura es inoponible a la 2921 de 14 de junio de 1.957, de la Notaría segunda de Bogotá, por la cual María Dolores López de Martínez cede al demandante una cuota de dominio en la casa de que se ha hecho mención y los derechos de herencia que, en relación con la misma casa, le correspondan en las sucesiones de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez.

Pide, finalmente, se inscriba la demanda y se condene en costas a los demandados.

Como hechos fundamentales de la demanda propone los siguientes, que se resumen así:

1) Ernestina o Celestina Gómez de López hizo donación gratuita e irrevocable a su hija María Dolores sobre la tercera parte de una casa situada en el distrito de Guateque y sobre la mitad de los derechos en este mismo inmueble comprados a los herederos de Bernardino Gómez, donación que se hizo constar en la escritura No. 539 de 3 de noviembre de 1.940, de la notaría de Guateque, registrada el 8 de mayo de 1.946, en el Libro correspondiente.

2) La donante había adquirido el objeto donado por herencia de su hermano Clodoveo Gómez, en concurrencia con José y Bernardino Gómez.

3) La donante revocó unilateralmente la donación, lo que hizo mediante la escritura No. 486 de 7 de septiembre de 1.952 de la notaría segunda de Guateque, registrada el 28 de febrero de 1.955, en el L. 1o.

4) Por escritura No. 1436 de 1o. de mayo de 1.952 de la notaría primera de Bogotá, registrada en Chocontá el 17 de octubre de 1.958, María Dolores López de Martínez vendió a José María Piñeros la totalidad de los derechos y acciones que a cualquier título le correspondiera o pudiera corresponder en la sucesión de su finada madre Ernestina o Celestina Gómez.

5) Por escritura No. 2921 de 14 de junio de 1.957 de la notaría segunda de Bogotá, registrada en Bogotá el 8 de julio, y en Guateque el 18 del mismo

mes, en el año de 1.957, la misma María Dolores López de Martínez vendió al doctor Misael Perilla Leguizamón, "el derecho de dominio que la tradente tiene en la casa de la calle quinta con carrera quinta de la ciudad de Guateque y que hubo por donación que a ella hizo su legítima madre Ernestina o Celestina Gómez, y los derechos y acciones que a cualquier título le corresponden o puedan corresponder a Dolores López en el referido inmueble por herencia de sus legítimos padres Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez".

6) La escritura 2921, relacionada en el hecho anterior, fué registrada debidamente y con anterioridad a la escritura No. 1436 relacionada en el hecho 4o. de la demanda,

7) La escritura No. 1436, venta a José María Piñeros, no sólo fué registrada con posterioridad a la escritura 2921, venta a Misael Perilla Leguizamón, "sino que se halla indebidamente registrada ya que fué extendida a título universal en el circuito de Bogotá y allí ha debido registrarse, pero se hizo en Chocontá. Igualmente se debió registrar en el circuito en donde se hallan los bienes, en el presente caso en la ciudad de Guateque, lo que no se hizo".

8) Abierto el juicio de sucesión de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, en el Juzgado Civil del Circuito de Guateque, José María Piñeros, con base en la escritura No. 1436, antes mencionada, pidió que se le tuviera como subrogatorio o cesionario de los derechos que en la mortuoria le correspondieran o le pudieran corresponder a María Dolores López de Martínez, y el Juzgado así lo reconoció por medio de providencia de fecha 15 de Diciembre de 1.958, auto que mantuvo al negar la reposición solicitada, y que fué resuelta mediante providencia de fecha diez y seis (16) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959).

9) "Aunque la escritura 2921, venta de Dolores López de Martínez a Misael Perilla Leguizamón fue llevada al juicio de sucesión de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez para que se reconociera a favor del adquirente tanto la venta del cuerpo cierto que la tradente López adquirió por donación de su legítima madre, como los derechos y acciones que le correspondieran por herencia de sus padres López-Gómez, el Juzgado no aceptó el pedimento; el primero, porque de autos aparecía la escritura de revocatoria de la donación y el segundo, porque el señor José María Piñeros tenía mejor derecho que el solicitante Perilla Leguizamón".

10) La partición de la herencia fue decretada, y practicada y aprobada por sentencia que lleva fecha 14 de septiembre de 1.959. Esa partición, debidamente registrada, fue protocolizada en la notaría primera de Guateque.

Los demandados dieron respuesta a la demanda negando algunos de los hechos fundamentales y aceptando otros; propuso López la excepción de "carencia de causa en la parte actora para demandar", y se oponen a que se hagan las declaraciones solicitadas.

En sentencia de primera instancia, de fecha cinco (5) de julio de mil novecientos sesenta y dos (1.962), el Juzgado Civil del Circuito de Guateque, decidió la controversia así:

"A) Se niega la declaratoria de nulidad respecto a la escritura número cuatrocientos ochenta y seis (486) de fecha siete (7) de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1.942) pedida en la petición primera de la demanda.

"B) Se niega la petición sobre cancelación del registro de la escritura 486 antes referida, que contiene la petición sexta de la demanda.

"C) Se niega la petición sobre condena a pagar los frutos producidos por el inmueble relacionado en el punto segundo de la demanda, que contiene la petición octava de la demanda, contra el señor Adán López G.

"D) Se declara que es nula la escritura número un mil cuatrocientos treinta y seis (1.436) de doce (12) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1.952) de la notaría primera de Bogotá, contentiva del contrato de venta que hace Dolores López de Martínez a José María Piñeros, nulidad que se contrae a la universalidad de los derechos y acciones contenidos en la casa ubicada en la ciudad de Guateque en el cruce de la calle quinta (5a.) con la carrera quinta (5a.) y distinguida por la carrera con los números cinco cero cuatro (5-04), cinco cero ocho (5-08), cinco doce (5-12), cinco diez y ocho (5-18) y cinco veinte (5-20) de la nomenclatura urbana actual, antes calle cuarta (4a.) número cinco noventa y dos (5-92) de la misma ciudad y comprendida dentro de los siguientes linderos: "Por el norte, con casa y solar de Manuel Franco; por el sur, con calle quinta; por el oriente, con casa y solar de Rosa Useche y por el occidente, con carrera quinta (5a.), nulidad que se declara es una nulidad absoluta.

"E) Se declara que son nulos de nulidad absoluta los autos de fechas quince (15) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho y diez y seis (16) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959) proferidos por el Juzgado Civil del Circuito de Guateque en el juicio acumulado de la sucesión de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, mediante los cuales, en el primero se tiene como subrogatario al señor José María Piñeros (sic) que en el inmueble relacionado en el punto anterior le corresponda o pueda corresponder a la señora María Dolores López de Martínez y en el segundo se confirma la misma providencia.

"F) Como consecuencia de ser nulos los autos antes referidos, se declara también la nulidad de la partición y de la sentencia aprobatoria de ella en la sucesión conjunta de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez.

"G) Se ordena la reforma de la partición de los bienes relictos en las sucesiones de los señores Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, con derecho a hacer valer su título de adquirente de los derechos y acciones, el doctor Misael Perilla Leguizamón, de acuerdo, en lo pertinente, en el título escriturario número dos mil novecientos veintiuno (2.921) de catorce (14) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1.957) de la notaría segunda del Circuito de Bogotá, por parte de la causante señora Ernestina o Celestina Gómez, sin tener en cuenta lo referente al causante Demetrio López.

"H) Se ordena la cancelación del registro de la partición y sentencia aprobatoria de ella, de los bienes sucesorales de los señores Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, juicio tramitado en el Juzgado Civil del Circuito de Guateque.

"I) Se niega la petición hecha por el actor en el punto quinto de la demanda, sobre el ordenamiento de la reforma de la partición, en el sentido de que se le adjudique al doctor Misael Perilla Leguizamón las tres cuartas partes del inmueble relacionado en el pedimento segundo de la demanda como adquirente de la donación hecha por Ernestina o Celestina Gómez o María Dolores López.

"J) Se ordena la cancelación de esta demanda anotada en el Libro de demandas civiles el 17 de julio de 1.960, bajo el Nº. 14 en la página 17 en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Guateque.

"K) Cancelada la partición y sentencia aprobatoria de la misma como se ordenó en la parte resolutiva de esta sentencia, determinada con la letra "H", regístrese esta sentencia en los libros pertinentes de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de Guateque.

"L) No hay condenaciones en costas de primera instancia".

Ambas partes apelaron, y el Tribunal del Distrito Judicial de Tunja, en providencia de fecha doce (12) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1.963) revocó la sentencia de primera instancia y en su lugar, declaró probadas las excepciones de petición de modo indebido e inepta demanda, con costas a cargo del demandante en ambas instancias.

La parte actora interpuso el recurso de casación que ahora corresponde estudiar a la Corte.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA

Ya se ha dicho que el Tribunal revocó la sentencia proferida por el Juez del Circuito, y en su lugar, declaró probadas las excepciones de petición de modo indebido e inepta demanda.

Como fundamento de su providencia, el Tribunal aduce los siguientes argumentos:

Que en relación con la demanda se observa primeramente que no se indicaron las causales de nulidad de los instrumentos públicos, ni de los autos, ni del trabajo de partición.

"No se dice, por ejemplo, por qué se considera nula la escritura pública número cuatrocientos ochenta y seis (486), y no se podría tomar como causal el hecho de que se hubiera registrado cuando ya estaba registrada la escritura número quinientos treinta y nueve (539), pues ello solo querría decir que los derechos, en caso de ser los mismos, a que se refieren las escrituras, ya habían salido del patrimonio de Celestina Gómez, pero no que la escritura fuera nula".

Que en relación con la escritura número mil cuatrocientos treinta y seis (1.436) tampoco podría valer como causal de nulidad, el registro en lugar distinto del indicado por la ley, pues, la sanción en tal caso no es la nulidad sino la de que no pueda tenerse "como prueba del contrato, de acuerdo con el artículo 2673 del C. C.".

En cuanto a la declaración sobre nulidad de la partición, dice el Tribunal que cabe hacer las mismas observaciones antes mencionadas; que, de acuerdo con el artículo 1405 del C. C. las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas que los contratos; y agrega: "No se indica en la demanda que hubiera falta de capacidad de los que intervinieron en el juicio de sucesión o en el otorgamiento de las escrituras; tampoco se dice que el objeto de los actos y contratos haya sido ilícito; nada se explica en relación con la ilicitud de la causa que los motivó".

Y concluye, en relación con las peticiones principales sobre las cuales decide:

"Ahora bien: de acuerdo con el artículo 205 del C. J., la demanda debe contener lo que se demanda, expresando con claridad y precisión los hechos u omisiones. En este caso, si bien se ha expresado lo que se pide, no se indicaron las causales de nulidad de los actos y contratos. La demanda es, pues, inepta por falta de requisitos indispensables para poder precisar el objeto mismo de la litis.

"Si se tomaron como causales de nulidad la falta de registro, en forma legal de las escrituras, ya se dijo cómo ésta no es causal de nulidad.

"Tampoco se atacan las escrituras por falta de formalidades esenciales de las mismas, quedando en realidad sin precisar los motivos de la tacha".

Al referirse a la petición subsidiaria el Tribunal anota que "No se advierte en este caso, que los demandados pretendan hacer extensivos los efectos de la escritura mil cuatrocientos treinta y seis (1.436) al demandante". Porque si bien es cierto que se reconoció a José María Piñeros como subrogatario de los derechos y acciones de María Dolores López, en la sucesión de Celestina Gómez, "En el auto de diez y seis (16) de febrero se consideró que esta declaración, no podía perjudicar al doctor Misael Perilla" porque los objetos vendidos a éste eran distintos a los vendidos a aquél.

Dice el Tribunal que "la petición habla de inoponibilidad de una escritura pública a otra"; y que "Sería más propio hablar de prevalencia de un título sobre otro. Pero esta petición no podría tampoco ser declarada, sin la presencia de las personas que intervinieron en los respectivos contratos".

"Además -dice la sentencia- una tal acción de prevalencia, sin que estuviera de por medio la pretensión de un derecho sobre determinado bien, solo podría presentarse bajo la forma de acción constitutiva, pero no aparecen indicados en la demanda los hechos que le sirvieron de fundamento".

Concluye la sentencia diciendo:

"Respecto a las declaraciones de nulidad de las peticiones c) y d) de la demanda, se observa que no son admisibles; la primera por tratarse de nulidad que solo son viables dentro del mismo juicio en que se produjeron, y la segunda, porque para proceder a ella, habría que declarar las anteriores, que como se vió, no es posible hacer dentro de este juicio".

- III -

LA ACUSACION

Con base en el inciso segundo, causal primera, del artículo 520 del C. J., el demandante formula a la sentencia de segunda instancia dos cargos por error de hecho, cargos que expone y fundamenta así:

Primer cargo

Por haber incurrido el Tribunal Superior de Tunja "en infracción indirecta de preceptos sustantivos, como consecuencia de haber omitido en forma absoluta la estimación de las probanzas que obran en el juicio".

Después de destacar un párrafo de la sentencia, en el cual se refiere el Tribunal a los autos de 15 de diciembre de 1.958 y 16 de febrero de 1.959, proferidos por el Juez de Guateque en el sucesorio de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, afirma el impugnante:

"El Tribunal al revocar la sentencia de primera instancia con las razones que han quedado expuestas, entre otras, deja de consiguiente vigente el auto de diez y seis (16) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959) por haber omitido el estudio de dos pruebas fundamentales que obran en autos, actitud que lo llevó a incurrir en error manifiesto de hecho como paso a demostrarlo:

"De una parte el acta de partición que obra del folio 11 al 16 del cuaderno No. 1o., y de otra, las escrituras 1436 y 2921 que obran a los folios 6, 7, 8, 9 y 10 respectivamente del cuaderno No. 1o., sobre prioridad y eficacia del registro de esta última sobre la primera.

"El dejar de apreciar la prueba fundamental que aporta la copia auténtica del trabajo de partición en la sucesión conjunta de Demetrio López y Ernestina Gómez, llevó al H. Tribunal a rectificar la tesis sostenida por el Juzgado de Guateque en el auto de fecha 16 de febrero de 1.959, en el sentido de que los objetos materia de la transacción en las escrituras 1436 y 2921 son distintos, cuando hay perfecta identidad entre ellos, ya que el único bien relicto en la dicha sucesión conjunta López - Gómez es la casa del cruce de la carrera quinta (5a.) con la calle quinta (5a.) en la ciudad de Guateque, pues sobre esta se hizo la liquidación, distribución y adjudicación en la referida mortuoria; sobre este inmueble se le reconoció la calidad de subrogatario a José María Piñeros, y sobre éste se negó la misma calidad con carácter excluyente al suscrito. Al no tener en cuenta la prueba que acabo de citar el H. Tribunal, llegó a la conclusión equivocada de mantener en firme este auto cuya nulidad se demandó".

En relación con las escrituras 1436 y 2921, manifiesta que por no estudiarlas y tenerlas en cuenta el Tribunal, "se privó a la sentencia acusada del análisis que ha debido merecer sobre la prioridad y eficacia del registro de la escritura 2921 respecto de la 1436, y esta negligencia u omisión lo determinó fatalmente a no encontrar el motivo de nulidad que se ha demandado".

"En efecto, -agrega el recurrente- el auto de 16 de febrero tantas veces citado, tiene como fundamento deleznable una escritura que no presta valor probatorio alguno por dos razones: es la una el que figurando como materia de venta derechos y acciones en una sucesión, este título se ha debido registrar en el Circuito donde se otorgó, lo que no se hizo; y es lo otro, el que además de estar indebidamente registrada, lo está con posterioridad a la 2921, versando ambos títulos sobre unos mismos bienes, aunque como queda dicho, este registro carece de valor".

De lo dicho deduce el demandante que "Este error de hecho llevó al Tribunal por el camino tortuoso de la violación indirecta o violación medio de normas sustantivas que amparan un derecho, porque al no apreciar las pruebas que obran de autos dejó de aplicar los artículos 1758, 1759 del C. C., 630, 632, 593 y 601 del C. J. omisión que determinó la violación indirecta de principios sustantivos consagrados en los artículos 1740 y 1741 del C. C. y art. 2o. de la Ley 50 de 1.936, arts. 2655 y 2673 del C. C.".

Segundo cargo

Se acusa la sentencia también por error de hecho "como consecuencia de haber dejado de estudiar, estimar y valorar las pruebas que obran en el expediente, omisión que llevó al Tribunal a declarar la ineptitud de la demanda".

Después de transcribir algunos apartes de la sentencia, en los cuales aparecen varios de los argumentos dados por el sentenciador para sustentar su resolución sobre inepta demanda, dice el actor:

"El Tribunal al decretar la excepción de inepta demanda dejó vigente en este aspecto la sentencia de primera instancia, a virtud de la omisión del estudio en este aparte de los instrumentos públicos consignados en las escrituras 538 y 486 de 3 de noviembre de 1.940 y 7 de septiembre de 1.942, ambas de la notaría segunda de Guateque. Estos títulos obran de autos en los folios 3, 4, y 5 del C. No. 1o., omisión que determinó al Tribunal a incurrir en error manifiesto de hecho".

Estudia la cláusula tercera de la escritura 539 en la cual afirma la donante que desde la misma fecha de la escritura hace entrega formal, real y material de los derechos y acciones a la donataria con las acciones consiguientes, y se obliga al saneamiento. De esa cláusula deduce el recurrente que "debe entenderse que desde que la tradente hace entrega material del objeto donado, la adquirente se da por recibida del mismo bien"; y que por ese hecho "se entiende expresamente aceptada la donación de su parte y de consiguiente configurado el fenómeno de su irrevocabilidad".

Avanzando en su exposición dice el demandante que "consumado el fenómeno de la aceptación de la donación por parte de la donataria, no podía la donante revocarla unilateralmente, pues de hacerlo habría un objeto ilícito". Y que eso fue lo que no entendió el Tribunal al leer el hecho tercero de la demanda, que transcribe. Y que por no haber leído la escritura 539, fué por lo que dijo que en la demanda no se dice, por ejemplo, por qué se considera nula la escritura número 486.

Afirma que "el error de hecho que ha quedado analizado indujo al Tribunal a la violación indirecta de artículos que regían normas sustantivas, porque al dejar de apreciar los títulos públicos que se han enunciado, se abstuvo de aplicar los artículos 1758 y 1759 del C. C., 333, 630, 632, 601 del Código Judicial, lo que ha incidido en la violación de las normas sustantivas consagradas en los artículos 205 del C. J., 1740 y 1741 del C. C., art. 2o. de la Ley 50 de 1.936, art. 2653 y 1469 del C. C.".

SE CONSIDERA:

Entre los presupuestos procesales se encuentra el de "demanda en forma", en virtud del cual el libelo demandatorio o petición con la cual se inicia un juicio debe reunir los requisitos formales exigidos por nuestro derecho procesal, principalmente por los artículos 205, 209, 217, 222 y 737 del C. de Procedimiento Civil. De suerte que cuando falta éste, u otro de los presupuestos procesales, no es posible jurídicamente decidir en el fondo del negocio, y el juzgador debe declararse inhibido para dictar fallo de mérito.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja consideró que en el presente proceso, no se habían reunido los requisitos señalados en el artículo 205 del C. de P. C. en la confección de la demanda inicial del juicio, y que, por tanto, había lugar a declarar la existencia de la excepción de petición de modo indebido y de inepta demanda, negándose, en consecuencia, a decidir sobre el fondo mismo de las varias peticiones o súplicas formuladas por el demandante.

El fundamento principal del sentenciador consiste en que "En este caso, si bien se ha expresado lo que se pide, no se indicaron las causales de nulidad de los actos y contratos. La demanda, es, pues, inepta por falta de requisitos indispensables para poder precisar el objeto mismo de la litis". Y al final del fallo se dice que por no haber sido llamada al juicio María Dolores López de Martínez, vendedora y cedente al demandante de los objetos a que se refiere la escritura No. 2921, "Surge aquí un nuevo motivo de ineptitud de la demanda, que consiste en que no han comparecido al juicio las personas de todos los contratantes, en los contratos que se pretenden anular".

Verdad es que en la narración de los hechos de la demanda no aparecen debidamente discriminados los motivos de nulidad que, según el demandante, afectan los varios actos y contratos y actuaciones judiciales cuya nulidad se demanda, pero si se lee con cuidado el libelo, se verá que de él si aparecen los motivos de nulidad en referencia, alegados por el actor para recabar de la justicia una decisión de fondo.

En efecto: en los hechos fundamentales de la demanda el actor precisa claramente cuales son los instrumentos públicos que contienen los actos y contratos cuya nulidad pretende ya por vía principal y directa, ya por vía de consecuencia; y en los hechos tercero y séptimo, que se refieren a las escrituras números cuatrocientos ochenta y seis (486) de siete (7) de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1.942), de la notaría segunda de Guateque, y mil cuatrocientos treinta y seis (1.436) de doce (12) de mayo de mil novecientos cincuenta y dos (1.952), de la notaría primera de Bogotá, aparece que los motivos de nulidad -según el demandante- consisten, en cuanto a la primera escritura, en que la donación fue revocada "unilateralmente" por la donante, y, en cuanto a la segunda, en que fué indebidamente registrada pues que tratándose de cesión de derechos hereditarios "a título universal", debió registrarse en el Circuito de Bogotá, lugar de su otorgamiento, lo que no se hizo, ya que el registro tuvo lugar en el circuito de registro de Chocontá".

Y en cuanto a las actuaciones judiciales verificadas en el juicio sucesorio de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, su nulidad la deduce el actor del hecho de que tuvieron por fundamento la escritura No. 1436, antes citada, que el dicho actor considera nula.

De lo anterior podría deducirse que el Tribunal se equivocó en la apreciación de la demanda inicial del juicio, al considerar que en el libelo no se encontraban expresados los motivos que, en sentir del recurrente, hacen nulos los actos y contratos que se pretende invalidar. Pero como ese extremo no fué el único que tuvo en cuenta el sentenciador para declarar la excepción de petición de un modo indebido e inepta demanda, es claro que el reparo por sí solo no alcanza a constituir motivo de casación de la sentencia impugnada.

En efecto: además de las deficiencias que, en sentir del Tribunal, hacían inepta la demanda por falta de requisitos de los señalados en el artículo 205 del

C. J., el sentenciador anotó, como antes se dijo, que no podía entrar a fallarse el fondo del litigio por cuanto María Dolores López, otorgante de la escritura No. 1436 de 12 de mayo 1.952, de la notaría primera de Bogotá, cuya nulidad se solicita, no fué llamada al juicio, conjuntamente con los demandados Adán López y José María Piñeros; y que dicha señora tampoco fué llamada al juicio, en su calidad de interesada en las resultas de la nulidad que se solicita en relación con la escritura No. 486 de fecha 7 de septiembre de 1.942, de la notaría segunda de Guateque, por medio de la cual la señora Ernestina o Celestina Gómez revocó la donación, y cuya escritura también se ataca de nulidad.

Por otra parte, como se pide la declaración de nulidad de la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión doble de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, sucesión en la cual se hizo una adjudicación de bienes a María Dolores López, cedente del demandante y del señor Piñeros, es claro que dicha señora ha debido ser llamada al juicio, aun cuando en el juicio de sucesión se hubieren dictado los autos de 15 de diciembre de 1.958, por el cual se declaró subrogatario de los derechos herenciales de María Dolores, a José María Piñeros, y que el juzgado se haya negado a reponer tal providencia en auto de 16 de febrero de 1.959, providencias cuya nulidad también solicita el recurrente.

La anterior circunstancia, que no menciona el fallador en la sentencia impugnada, concurre a dejar establecido que sin la concurrencia de María Dolores al juicio no podía integrarse la parte demandada, y que, por ende, no podía dictarse sentencia de fondo. Debe agregarse que tratándose de la nulidad de la escritura de revocación de la donación, y estando muerta la donante otorgante de tal escritura, Adán López debió ser demandado no solamente en su calidad de adjudicatario en la sucesión, sino en su calidad de heredero, en concurrencia con María Dolores, y como continuadores ambos de la persona de la de cujus.

Todo lo dicho viene a demostrar que, además de los motivos indicados por el sentenciador, algunos de los cuales carecen de valor, como se ha dicho, hay otros que concurren a dejar establecido que no se han reunido todos los presupuestos procesales necesarios para la viabilidad del proceso y para que pudiera dictarse sentencia de fondo, por lo cual no procede, como se ha expresado antes, la casación de la sentencia.

En lo atinente al primer reparo de la demanda, en el cual se acusa la sentencia por error manifiesto de hecho, al no haber tenido en cuenta el juzgador, como lo afirma el impugnante, el acta de partición de los bienes sucesorales de Demetrio López y Ernestina o Celestina Gómez, ni las escrituras 1436 de 12 de mayo de 1.952, de la notaría primera de Bogotá, y 2921 de 14 de junio de 1.957, de la notaría segunda de Bogotá, "sobre prioridad y eficacia del registro de esta última sobre la primera", cabe observar que el reparo se endereza al hecho de que, por no haberse tenido en cuenta -según dice- los instrumentos públicos mencionados, no se hizo la declaración subsidiaria pedida en el ordinal séptimo de las súplicas de la demanda, dejando vigente -afirma el recurrente- los autos de 15 de diciembre de 1.958 y 16 de febrero de 1.959.

Habiendo llegado el Tribunal sentenciador a la conclusión de que no podía decidirse sobre el fondo mismo de este litigio, por los motivos expresados antes, es claro que tampoco podía entrar a fallar sobre la petición subsidiaria propuesta pues la inhibición que se predica en la sentencia para las súplicas principales había de sostenerse igualmente para las subsidiarias y para las consecuenciales.

Si no pudo decidirse en el fondo sobre la nulidad solicitada, por falta de presupuestos procesales que hicieran viable la acción, tampoco puede pronunciarse sentencia de fondo sobre súplicas subsidiarias y consecuenciales; en cuanto a las primeras, porque su consideración implica o supone el rechazo de la súplica principal; lo que obligaría a una decisión sobre el fondo; y en cuanto a las consecuenciales, porque su reconocimiento o rechazo supone el que la petición principal haya sido acogida, es decir, que se haya fallado el fondo del litigio.

De conformidad con lo expuesto, el Tribunal sentenciador, no obstante haber tenido en cuenta, como aparece de la misma sentencia, las escrituras 1436 y 2921 antes mencionadas, lo mismo que los autos judiciales y el acta de partición, no entró a definir en cuanto a lo subsidiario, como no lo había hecho en cuanto a lo principal, porque como lo afirma la sentencia "La petición habla de inoponibilidad de una escritura pública a otra escritura pública, lo que en realidad no encaja dentro del concepto ya explicado. Sería más propio hablar de prevalencia de un título sobre otro. Pero esta petición no podría tampoco ser declarada, sin la presencia de las personas que intervinieron en los respectivos contratos".

El aparte de la sentencia a que se refiere el actor en su demanda de casación no da base alguna para sacar las conclusiones que se predican por el recurrente. En tal paso de la sentencia solamente se hace una referencia al contenido de los autos judiciales cuya nulidad se solicita, simplemente para decir que "No se advierte en este caso, que los demandados pretenden hacer extensivos los efectos de la escritura mil cuatrocientos treinta y seis (1.436) al demandante"; y que el hecho de haberse tenido como subrogatario a José María Piñeros, con base en dicha escritura, "no podía perjudicar al doctor Misael Perilla, quien había presentado la escritura número dos mil novecientos veintiuno (2.921) del catorce (14) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1.957) de la notaría segunda de Bogotá,....., porque se trataba de objetos distintos".

Apareciendo comprobada la ausencia del presupuesto procesal de "demanda en forma", todo lo relativo a este litigio había de quedar en el estado anterior a la demanda que le dió origen. El Tribunal al obrar como lo hizo no "deja de consiguiente vigente el auto de fecha diez y seis (16) de febrero de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959)", simplemente se abstiene de pronunciarse sobre él por impedírselo la excepción de que se ha hecho mérito.

Igual cosa puede decirse acerca del contenido de las escrituras mil cuatrocientos treinta y seis (1.436) y dos mil novecientos veintiuno (2.921), y de su prioridad y eficacia, ya que de hacerlo estaría el Tribunal entrando en consideraciones que tocan directamente al fondo del litigio, cuando -por los motivos expuestos en la sentencia- se encontró inhibido para decidir sobre la esencia misma de la controversia.

El Tribunal, por consiguiente, no tenía por qué ocuparse de los instrumentos públicos señalados por el recurrente, y por ello no incurrió en el error evidente de hecho que le atribuye; ni violó las normas de derecho tanto de orden procesal como de orden sustancial que se anotan en la demanda de casación.

No prospera el reparo.

RESOLUCION:

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha doce (12) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en el juicio ordinario seguido por Misael Parilla Leguizamón contra Adán López Gómez y otro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRUEBA TESTIMONIAL

Formalidades que deben observarse en la recepción. Límite de la autonomía del sentenciador en la estimación de la prueba testimonial.

1. En materia de prueba testimonial la ley tiene establecido el sistema de la oralidad, en virtud del cual el testigo debe comparecer en persona y rendir verbalmente su declaración ante el Juez requerido para recibírsela. Como en cuestiones civiles el testimonio ha de rendirse sobre el interrogatorio que formula el interesado en obtener la declaración, la ley exige que las preguntas sean claras y concisas, sin detalles que puedan extraviar al deponente, y que cada una de ellas se refiera a un solo hecho, y autoriza al funcionario para interrogar al declarante sobre el mismo hecho a fin de aclarar y precisar su exposición y en busca de que ella resulte responsiva, exacta y completa. También la ley faculta a la contraparte para repreguntar al testigo sobre los puntos que son objeto de su testimonio. De manera que el declarante no sólo debe absolver las preguntas del interesado, sino también las del Juez y de la contraparte, y además es dicho funcionario quien, al hacer esas preguntas, debe tener cuidado en formularlas de modo que cada una de ellas corresponda a un solo hecho, descomponiendo las complejas, ilustrando al deponente sobre el alcance de ellas y leyéndole cada una de sus respuestas ya escritas. Todo ello se encamina a asegurar la veracidad del testimonio y a fijar el grado de credibilidad del testigo y la fuerza demostrativa de la declaración misma. Tales formalidades están en realidad previstas por la ley, son de índole instrumental y su inobservancia puede contribuir a restar mérito al testimonio, pero cuando por otro aspecto el fondo de éste resulta completo, exacto y responsivo, especialmente en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, no sería razonable desestimar su fuerza probatoria por no aparecer que se hubieran llenado a cabalidad todas las formalidades mencionadas.

2. El sentenciador goza de la facultad de apreciar el valor demostrativo de las declaraciones de testigos de acuerdo con los principios de la sana crítica y teniendo en cuenta las condiciones y grado de credibilidad del declarante, de modo que su juicio debe ser respetado en casación cuando no se observe ningún motivo plausible para estimar quebrantada la tarifa legal de pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Buga la señora Alejandrina García demandó a los señores Eustorgio y Ulpiano García, en su calidad de herederos del difunto José María Salazar, para que, en sentencia, dictada por la vía ordinaria, se declarase que la demandante García es hija natural del nombrado señor Salazar, que tiene igual derecho que los demandados a recoger la herencia de éste y a intervenir en su causa mortuoria y que los mismos demandados están obligados a restituirle la tercera parte de los bienes relictos y deben pagarle las costas del juicio.

Los hechos de la demanda pueden resumirse así:

1). El 15 de julio de 1.959 falleció en Buga el señor José María Salazar, quien era soltero y no otorgó testamento.

2). La causa mortuoria del señor Salazar cursa en el Juzgado Segundo del Circuito de Buga y en ella fueron declarados herederos los señores Eustorgio y Ulpiano García, en su condición de hijos naturales del causante.

3). Por la escritura No. 352, extendida en la Notaría Primera de Buga el 21 de marzo de 1.942, el señor José María Salazar reconoció a Eustorgio y Ulpiano García como hijos naturales suyos, habidos en la señora Epifanía García y nacidos el 17 de noviembre de 1.910 el primero y el nueve de febrero de 1.915 el segundo.

4). El señor Salazar vivió la mayor parte de su vida en la región de "Chambimbal", comprensión Municipal de San Pedro y Buga, y por los años comprendidos entre 1.909 y 1.916 dicho señor mantuvo, de manera notoria, relaciones sexuales estables en esa vereda con la señora Epifanía García.

5). Como fruto de esas relaciones nacieron Eustorgio y Ulpiano García en las fechas antes indicadas y también la demandante Alejandrina García, quien nació el 13 de marzo de 1.913, esto es, en época intermedia entre los nacimientos de los demandados.

6). El señor José María Salazar dispensó a Alejandrina García cuidados especiales hasta el día de su muerte y la trató como hija suya, provayendo a su crianza, educación y establecimiento de manera regular y continua, y presentándola en esa condición de hija natural a sus amigos y relacionados, por lo cual éstos y en general el vecindario de "Chambimbal" y Buga reputaron a la misma García como hija del nombrado Salazar, tenida en Epifanía García.

7). Por su parte Alejandrina García estimó siempre al señor Salazar como su padre natural, le prodigó atenciones y cuidados como tal y en su casa lo tuvo hasta el día de su fallecimiento.

8). En forma ostensible, permanente y pública el señor Salazar confirió por más de diez años a Alejandrina García la posesión notoria del estado civil de hija natural suya.

9). Los demandados son los actuales ocupantes de los bienes relictos.

Los demandados contestaron el libelo admitiendo unos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la actora.

El juez del conocimiento puso término a la primera instancia del negocio con el fallo de 13 de diciembre de 1.960, en el cual se resolvió:

"Primero. Declárase que la señora Alejandrina García, conocida de autos, es hija natural del señor José María Salazar, también de las condiciones civiles que constan en el juicio, para todos los efectos señalados por la ley.

"Segundo. Declárase, igualmente, que la señora Alejandrina García tiene igual derecho que sus hermanos Eusorgio y Ulpiano García para recoger como heredera los bienes que integran el patrimonio del señor José María Salazar.

"Tercero. En consecuencia, declárase también que la señora Alejandrina García tiene derecho a intervenir en la causa mortuoria del señor José María Salazar, si a la fecha de este fallo no estuviere liquidada dicha sucesión.

"Cuarto. Declárase asimismo que los demandados Ulpiano y Eustorgio García están obligados a restituir o entregar a la demandante, el día siguiente de ejecutoriada la sentencia, la tercera parte de los bienes que al tiempo de la muerte pertenecían al causante, señor José María Salazar, detallados en el hecho décimo segundo de la demanda, transcrita en el cuerpo de este fallo, y todos los demás elementos raíces, muebles, semovientes y valores que constituyan el patrimonio del de cujus, junto con los aumentos y frutos naturales y civiles causados desde su fallecimiento hasta el día de la restitución.

"Quinto. Ofíciese a los señores Notario Primero de este Circuito y Cura Párroco de Santa Bárbara de esta ciudad para los efectos del artículo 33 del Decreto 1003 de 1.939.

"Sexto. Cancélese la inscripción de la demanda.

"Séptimo. Condénase en costas a la parte demandada".

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Los mismos demandados se alzaron contra el fallo de primer grado y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga decidió el recurso por sentencia de 29 de mayo de 1.961, en virtud de la cual se confirmó la providencia apelada y se condenó también en costas a dicha parte demandada.

Luego de hacer la reseña del juicio, la sentencia del Tribunal se refiere a la acción de reclamación de estado que en él se ejercita y dice que tal acción se funda en las causales que consagran los ordinales cuarto y quinto del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936. Anota que para demostrar la causal de relaciones sexuales, estables y notorias, entre José María Salazar y Epifanía García, la demandante alegó los testimonios de Carmen García, María Luisa Ospina, Eduardo Salazar, Idalia Rojas, Natividad Quevedo, Manuel Francisco Moncayo, Juan Bautista Alegrías y Justo Cerón, y transcribe la síntesis que de esas declaraciones hizo el fallo de primer grado. Recuerda que el hecho de las relaciones sexuales, estables y notorias, entraña un concepto mucho más amplio que el de concubinato y expresa:

"Está bien probado, pues, que entre los años de 1.909 a 1.916 José María Salazar mantuvo relaciones sexuales, estables y notorias, con Epifania García. Mas esa notoriedad de que hablan los testigos para que se pueda aplicar la presunción del artículo 92 del C. C., no nace de que ellos hubieran presenciado tales relaciones, pues la prueba sería inmoral e ilícita, sino de la inferencia lógica que sacan por los hechos correlativos a ese trato permanente.

"Los referidos elementos de prueba son suficientes para que se reconozca y promulgue la filiación de Alejandrina García como hija natural de José María Salazar. Pero como la actora alegó también la causal contenida en el ordinal 5o. del artículo 4o. de la Ley 45 de 1.936, a ella también se refirió detenidamente el Juez del conocimiento para concluir con toda razón que dentro del acervo testimonial aportado por la demandante y que lo constituyen las declaraciones de Manuel Arango Campo, Buenaventura Daza, Sara Salazar, Ana Feliz Villafañe, Manuel García Ramírez, Nabor Holguín, Josías Vásquez Lozano, fuera de los ya nombrados en la demostración de la otra causal, declararon en forma completa, responsiva y exacta sobre el trato y la fama que ante ellos, como parientes unos, amigos otros y vecinos todos, gozó Alejandrina García durante un lapso de más de diez años como hija natural de José María Salazar en la vereda de 'Chambimbal' y en Buga. La posesión notoria del estado de hija natural que todos los testigos citados declaran que Alejandrina García tuvo por más de diez años respecto de José María Salazar, no depende en este caso de la opinión personal, de la expresión conceptual de los deponentes, sino que cada uno de ellos respalda su dicho en haber presenciado por diversas circunstancias (parentesco, amistad y vecindad) que José María Salazar proveyó a la subsistencia, educación y establecimiento de Alejandrina durante más de diez años, unos y mientras vivió Salazar, otros. Por eso la reputaban como hija natural del citado Salazar". La sentencia concluye este examen de las pruebas diciendo que en este caso de posesión del estado civil de hija natural de Alejandrina García se cumplen las exigencias que la Corte expuso en casación de 27 de febrero de 1.958 (LXXXVII - 2192, 103).

Acerca de la acción de petición de herencia que ejercita la demandante observa el fallo que está bien dirigida contra los demandados por aparecer comprobado que a éstos se los declaró herederos del extinto Salazar y que como tales ocupan los bienes de la sucesión.

LA IMPUGNACION

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales que consagra el art. 520 del C. Judicial, formula contra la sentencia los dos siguientes cargos que la Corte procede a examinar, advirtiendo previamente que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer cargo.

Se hace consistir en el quebranto indirecto de los ordinales 4o. y 5o. del art. 4o. de la Ley 45 de 1.936 y de los arts. 1321, 1322 y 1323 del C. Civil, a consecuencia de un error de derecho en la apreciación de las pruebas. Como violación medio se señala la de los arts. 687, 688 y 697 del C. Judicial.

En orden a sustentar este motivo el recurso empieza por transcribir los pasos de la sentencia en que se enuncian y analizan las pruebas encaminadas a

demostrar las causales de relaciones sexuales, estables y notorias, y de posesión del estado civil que alegaron como fundamento de la acción en ejercicio, y en que se expresa que tal acervo probatorio acredita de manera plena las citadas dos causales. En seguida dice:

"Para estimar el valor legal de las declaraciones de testigos y, en general de toda prueba, es necesario que se hayan producido dentro de las normas impuestas por nuestro sistema probatorio. Si la aducción de la prueba se hace prescindiendo de esas normas, no existe prueba legalmente producida y, por tanto, no se le puede conferir validez legal.

"Los testimonios rendidos para acreditar las relaciones sexuales estables entre José María Salazar y Epifanía García y la posesión notoria de la calidad de hija natural de Alejandrina García respecto del señor Salazar, se produjeron sin observar las normas de los artículos 687 y 688 del C. J. Por lo cual no podría atribuírseles el valor de plena prueba que otorga el artículo 697 del mismo Código".

El recurrente copia el citado art. 687 del C. Judicial y comenta que este precepto busca evitar los interrogatorios "habilidosos", precaver al testigo de sugestiones para que afirme como cierto lo que se le pregunta y resguardar su libertad para decir lo que realmente sabe. Transcribe también dos de las preguntas que se formularon a los declarantes que depusieron sobre las relaciones sexuales y expresa:

"La primera pregunta transcrita no se limita a un solo hecho, sino a varios: conocimiento personal de Salazar y la García; relaciones sexuales de éstos; extensión de tales relaciones desde 1.910 hasta 1.915; permanencia y notoriedad de esas relaciones con comunidad de habitación en la región de Chambimbal, Municipio de Buga. A más de la pluralidad de hechos, proliferan los detalles.

"La segunda pregunta transcrita no se circunscribe a interrogar sobre el nacimiento de Eustorgio, Alejandrina y Ulpiano García entre los años de 1.910 y 1.915, como producto de dichas relaciones, sino que sugiere a los testigos la extracción de una consecuencia: 'quienes, por consiguiente, son hijos naturales de José María Salazar y Epifanía García'. Sabido es que el testigo debe relatar hechos, no formar juicios ni menos sacar conclusiones".

Dice el recurso que, como es obvio, los testigos se dejaron conducir por las preguntas y cita y copia como ejemplo varios pasajes de las respuestas dadas por Natividad Quevedo y Manuel Francisco Moncayo.

Con relación al interrogatorio sobre hechos concernientes a la posesión notoria del estado de hija natural de Alejandrina García, el impugnante transcribe también dos de las preguntas y afirma que "es visible la variedad de hechos en estas preguntas y la minuciosidad de detalles" y que "los testigos responden textualmente lo que les sugiere el interrogatorio". En prueba de ello reproduce las respuestas dadas a estas otras dos preguntas por los declarantes Buenaventura Daza y Manuel Francisco Moncayo.

También recuerda el texto del art. 688 del C. Judicial y sostiene por último:

"Este artículo no se cumplió en la recepción de los testimonios. En ninguno de ellos consta que, extendida cada respuesta, se le hubiera leído al testigo. Por

tanto se dejó de cumplir una formalidad sustancial en la producción de la prueba, lo que impide concederle validez legal. Y puesto que el sentenciador concedió a los testimonios recogidos en el cuaderno segundo del expediente mérito de plena prueba para demostrar las relaciones sexuales estables entre José María Salazar y Epifania García, así como para acreditar la posesión notoria del estado de hija natural de Alejandrina García respecto del mencionado José María Salazar, síguese que cometió error de derecho al apreciar la prueba, lo que lo llevó a declarar la filiación natural demandada y a satisfacer la petición de herencia, infringiendo de manera indirecta el artículo 4o. de la Ley 45 de 1.936, ordinales 4o. y 5o, y los artículos 1321, 1322 y 1323 del Código Civil que gobiernan lo relativo a la acción de petición de herencia".

LA CORTE CONSIDERA:

La censura se apoya, en síntesis, en que a los testimonios allegados para demostrar las dos causales de filiación natural que fueron alegadas, no se les puede reconocer el mérito de plena prueba porque en su recepción no se cumplieron los requisitos que señalan los arts. 687 y 688 del C. Judicial, toda vez que las preguntas formuladas a los testigos son complejas por referirse a varios hechos y a detalles minuciosos, que contienen sugestiones, que en ellas se solicitan conceptos y no la relación de meros hechos, que los declarantes contestaron textualmente lo que les insinuó el interrogatorio, que expusieron opiniones y que a ninguno de ellos se le leyó cada una de sus respuestas. Según el impugnante, todas estas son formalidades sustanciales cuyas inobservancias impide atribuir a las declaraciones el valor de plena prueba. Como en este caso no se llenaron y, como no obstante ello, se les reconoció a los referidos testimonios plena fuerza demostrativa, la sentencia incurrió por tal causa en error de derecho en la apreciación de esas pruebas.

En materia de prueba testimonial la ley tiene establecido el sistema de la oralidad, en virtud del cual el testigo debe comparecer en persona y rendir verbalmente su declaración ante el juez requerido para recibírsela. Como en cuestiones civiles el testimonio ha de rendirse sobre el interrogatorio que formula el interesado en obtener la declaración, la ley exige que las preguntas sean claras y concisas, sin detalles que puedan extraviar al deponente, y que cada una de ellas se refiera a un solo hecho, y autoriza al funcionario para interrogar al declarante sobre el mismo hecho a fin de aclarar y precisar su exposición y en busca de que ella resulte responsiva, exacta y completa. También la ley faculta a la contraparte para repreguntar al testigo sobre los puntos que son objeto de su testimonio. De manera que el declarante no sólo debe absolver las preguntas del interesado, sino también las del juez y de la contraparte, y además es dicho funcionario quien, al hacer esas preguntas, debe tener cuidado en formularlas de modo que cada una de ellas corresponda a un solo hecho, descomponiendo las complejas, ilustrando al deponente sobre el alcance de ellas y leyéndole cada una de sus respuestas ya escritas. Todo ello se encamina a asegurar la veracidad del testimonio y a fijar el grado de credibilidad del testigo y la fuerza demostrativa de la declaración misma. Tales formalidades están en realidad previstas por la ley, son de índole instrumental y su inobservancia puede contribuir a restar mérito al testimonio, pero cuando por otro aspecto el fondo de éste resulta completo, exacto y responsivo, especialmente en cuanto a las circunstancias de modo, tiempo y lugar, no sería razonable desestimar su fuerza probatoria por no aparecer que se hubieran

llenado a cabalidad todas las formalidades mencionadas. Sobre este particular el sentenciador goza de la facultad de apreciar ese valor demostrativo de acuerdo con los principios de la sana crítica y teniendo en cuenta las condiciones y grado de credibilidad del declarante, de modo que su juicio debe ser respetado en casación cuandoino se observa ningún motivo plausible para estimar quebrantada la tarifa legal de pruebas.

La sentencia, como se ha visto; cita los nombres de quienes declararon sobre los hechos constitutivos de las dos causales de filiación alegadas; prohija el cuidadaso análisis que de todo el acervo probatorio hizo el fallo de primer grado; anota que los testigos depusieron en forma completa, responsiva y exacta, los unos como parientes del difunto José María Salazar, los otrus como amigos suyos y todos como vecinos, y concluye que, por haber presenciado esos declarantes los hechos que narran y no ser sus testimonios la expresión de simples conceptos, dicha prueba testifical acredita de manera plena las expresadas dos causales de relaciones sexuales y de posesión notoria del estado de hija natural de Alejandrina García respecto del nombrado señor Salazar. Aunque la sentencia no alude en forma expresa a los requisitos que apunta el recurrente, hay que aceptar que de modo implícito los tuvo en cuenta al apreciar los testimonios y que no halló que pudiera resentirse el mérito de éstos, porque no aparece que a los declarantes se les hubiera leído cada una de sus respuestas o porque algunas de éstas se ciñeran a veces al texto del interrogatorio. El fallo les atribuyó pleno valor demostrativo a los testimonios por la manera espontánea como los declarantes expusieron los hechos, por el conocimiento directo que de ellos tuvieron y por la credibilidad que ofrecen los mismos testigos. Al proceder así no incurrió en ningun yerro de valoración probatoria. El cargo carece por tanto de fundamento.

Segundo cargo.

Versa sobre la violación indirecta de los arts. 20 de la ley 45 de 1.936, 1321, 1322 y 1323 del C. Civil, 603, 604 y 605 del C. Judicial, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sobre este motivo observa el recurso que en el ordinal cuarto de la sentencia impugnada se condena a los demandados a restituir a la demandante la tercera parte de los bienes que constituyen el patrimonio herencial, y expresa en seguida:

"Al ordenar la restitución de la tercera parte de los bienes, como se le había solicitado en la demanda, se da por sentado que son tres los herederos de don José María Salazar, a saber, los demandados Eustorgio y Ulpiano García y la demandante Alejandrina García. Pero no se tuvo en cuenta que el memorial-poder con que se inicia este juicio (folio 1o. del cuaderno principal) es otorgado... ..... por Alejandrina García y Lucila González de Alegrías 'para que en nuestro nombre y representación promueva y lleve a su final juicio ordinario de filiación natural con petición de herencia, encaminado a obtener nuestro reconocimiento como hijas naturales del señor José María Salazar y los beneficios patrimoniales que dicha calidad conlleva'.

"El memorial-poder fue presentado personalmente por las dos signatarias ante el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Buga y, por consiguiente, es un documento del juicio, ya que en él se basa, que ha debido tenerse en cuenta en este aspecto también por el sentenciador. Contiene una manifestación de Alejandrina García sobre un hecho jurídico que le perjudica, esto es, confiesa que hay

otra hija natural de José María Salazar, lo que implica que no puede reclamar la tercera parte de los bienes del causante y de sus frutos, pues ellos, según esa declaración, corresponden proporcionalmente a quienes ostentan la calidad de hijos naturales del mismo.

"Se trata de una prueba procedente de la misma actora que no apreció el sentenciador en este aspecto, lo que lo hizo incurrir en error de hecho manifiesto, equivocación u omisión que lo condujo a reconocer la tercera parte del patrimonio del causante en favor de Alejandrina García, con lo cual violó por vía indirecta el artículo 20 de la Ley 45 de 1936 y los artículos 1321, 1322 y 1323 del Código Civil, infringiendo de paso los artículos 603, 604 y 606 del Código Judicial".

LA CORTE CONSIDERA:

En realidad las señoras Alejandrina García y Lucila González designaron un solo apoderado para que en su nombre demandara la declaración judicial de ambas como hijas naturales del señor José María Salazar. Dicho mandatario promovió la presente litis, pero no lo hizo sino en nombre de la señora García, es decir, que se abstuvo de demandar en representación de la señora González. Es también cierto que en el libelo propuesto en nombre de la García se solicitó la condena de los demandados a restituir la tercera parte de los bienes constitutivos del patrimonio herencial del señor Salazar.

Esta súplica sobre restitución de la mencionada tercera parte de bienes se apoya en el ejercicio de la acción de petición de herencia que la demandante promovió, y la condena correspondiente decretada en el fallo no puede entenderse y no se entiende sino en relación con los demandados. La sentencia no produce efecto sino entre las partes litigantes, de modo que los terceros no pueden quedar afectados por ella. Frente a los dos demandados y en concurrencia con ellos, la demandante García tiene derecho a recoger la tercera parte del patrimonio dejado por el causante, y de aquí que se hubiera decretado la condena expresada. Pero si en cualquier momento se presentan otros herederos del señor Salazar con igual o mejor derecho, la señora García tendrá que someterse a ver disminuido el monto de su legítima rigorosa o efectiva, porque la condena mencionada no podría afectar a esos otros herederos.

La sentencia no tuvo en cuenta en verdad ni tenía para qué considerar el poder a que alude el recurso ni la manifestación hecha por la demandante García de existir otra hija natural del difunto señor Salazar, porque la señora Lucila González no promovió juicio alguno ni figura como parte en esta litis. Pero no por causa de esa omisión incurrió el fallo en el error de hecho que se le atribuye, toda vez que aquel poder y la manifestación referida carecen de trascendencia jurídica en este litigio y ninguna incidencia tienen en la decisión del mismo. El cargo es por lo tanto inane.

De acuerdo con las consideraciones que preceden el recurso no puede 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 veintinueve de mayo de mil novecientos sesenta y uno dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga en este juicio sobre filiacion natural de la señora Alejandrina Garcia contra los señores Eustorgio y Ulpiano Garcia.

Las costas son de cargo de la parte recurrente.

Cópiese, publiquese, notifiquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco. - Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES HECHO POR LA MADRE

No puede impugnarse sino por quien esté legitimado para ello. Diferencia del nombre de la madre que hace el reconocimiento del hijo con el de la que figura como tal en el acta de bautismo del mismo. Su identidad.

1. La manifestación de reconocimiento de hijos naturales suyos hecha por la madre en la forma prevista en último término por el artículo 2o. de la Ley 45 de 1.936, tiene validez suficiente para tenerlos como tales, y no puede desconocerse ni impugnarse sino por quien esté legitimado para ello, demostrando que la reconocedora no es la madre de los hijos que dice suyos de acuerdo con lo dispuesto en el Título 18 del C. Civil, "De la maternidad disputada".

2. No importa la identidad del nombre de la signataria del memorial-poder en el que hace el reconocimiento de un hijo natural como suyo, con el de la que figura como madre en el acta de bautismo del varón, ni nada significa que aparezca cualquier nombre como distintivo del padre, como si esto no fuera lo que se discute, y como si se pudiera tener como padre natural a quien señala la partida de esa filiación, sin que éste la haya firmado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Francisco Javier Gómez Buelvas, falleció el 13 de mayo de 1.957 en Sincelejo y en su testamento instituyó como heredero universal a su hermano Dionisio.

María de las Nieves Almanza, madre natural de Luz Marina y Laureano Antonio, constituyó apoderado judicial "para que inicie y lleve hasta su final un juicio de filiación natural contra el señor Dionisio Gómez Buelvas, como heredero único testamentario del sucesorio de Francisco Javier Gómez Buelvas, con el fin de que ese juzgado le reconozca la calidad de hijo natural (sic) del difunto Francisco Javier Gómez Buelvas, a mis hijos menores Luz Marina y Laureano Antonio Gómez Almanza, nacidos el primero el día 1o de julio de 1.938 y el segundo el día 27 de septiembre de 1.940".

El juicio se inició por demanda de 3 de septiembre de 1.957 frente a Dionisio Gómez Buelvas en solicitud de la declaración de paternidad a que el poder se refiere, de reconocimiento de herederos en favor de los demandantes y, en

subsidio, "que la deuda confesada en el testamento se tenga por legado gratuito y se someta a las mismas responsabilidades y deducciones que los otros legados de esta clase".

La cláusula cuarta del testamento a que se refiere la petición transcrita está redactada así: "Los bienes que en la actualidad poseo han sido siempre hábil y honorablemente administrados por mi hermano Dionisio Gómez Buelvas, a quien declaro en todas sus cuentas a paz y salvo conmigo, sin que yo, por mi parte, le haya podido retribuir económicamente el esfuerzo realizado, pues en virtud de éste estimo que en derecho le correspondería, y así expresamente lo reconozco, al menos la mitad de ellos, que él tendría en todo caso, pleno derecho a reclamarme".

Los hechos del libelo relatan que Francisco Javier Gómez Buelvas tuvo relaciones sexuales estables y notorias con la actora María de las Nieves Almanza, en el municipio de Palmito, desde el año de 1.937 hasta el de 1.942, inclusive, "habiendo nacido durante estas relaciones sexuales, los menores Luz Marina y Laureano Antonio Gómez Almanza....."; que la peticionaria "no tuvo relaciones carnales con otro hombre antes de tenerlas con el señor Francisco Javier Gómez Buelvas, como tampoco las tuvo con varón distinto al señor Francisco Javier Gómez Buelvas, durante todo el tiempo que llizo vida marital con éste"; que Gómez Buelvas "trató públicamente a sus hijos Luz Marina y Laureano Antonio Gómez Almanza, como tales, proveyendo a su subsistencia y establecimiento congruo y decorosa (sic), como también a su educación, presentándolos como hijos suyos, a sus familiares y amigos como es de notoriedad pública".

Fueron rechazados por el demandado los hechos segundo, tercero, cuarto y sexto; aceptado parcialmente el primero, en su totalidad el quinto y también el séptimo, "advirtiéndole a la demandante que la confesión simple y llana por parte del deudor vertida en un instrumento solemne, como es el testamento otorgado por el señor Francisco Javier Gómez Buelvas, es prueba más que suficiente de la deuda reconocida en tal instrumento".

Nada dijo la parte demandada al replicar el libelo sobre la identidad de la demandante, ni negó su calidad de madre. Fue posteriormente, en el alegato de conclusión de la primera instancia, cuando se dijo:

"No está plenamente demostrado en autos que María de las Nieves Almanza sea madre natural de Luz Marina y Laureano Antonio Gómez Almanza, como ella los apellida, ya que las copias de las partidas de nacimiento de aquéllos extendidas por el señor Cura Párroco de Toluviejo, son simple y llanamente pruebas supletorias, que deben ser desatendidas y no tomadas en consideración por el juzgador por expresa prohibición legal.

"Por otra parte, se observa que en la partida de bautismo de Luz Marina aparece que ella es hija natural de Gabriel Gómez y María de las Nieves Almanza.....".

Al referirse a esos documentos el Juez de primera instancia anotó que "aunque adolecen de errores, sirven para acreditar la fecha del nacimiento y el estado civil de Luz Marina y Laureano Gómez Almanza".

La sentencia de primera instancia hizo las declaraciones invocadas en el libelo. La de segundo grado, pronunciada a virtud de apelación de la parte demandada,

revocó aquélla y declaró "probadas las excepciones de ilegitimidad de la personería sustantiva tanto de la actora como del demandado", y se fundó en que en "la partida de origen eclesiástico que obra al folio 9 del cuaderno principal, se dice que Laureano Antonio es 'hijo natural de María Gómez de las N. Almanza con Javier Gómez'. La actora, en el caso de autos, quien habla a nombre de su menor hijo Laureano Antonio, se llama María de las Nieves Almanza. De manere que es una persona distinta de la que aparece en la partida de bautizo que se encuentra al folio 9 ya citado.

"..... .....

"La Sala considera, pues, que está suficientemente probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la actora con respecto al menor Laureano Antonio Gómez Almanza.

"Pero también encuentra la Sala que existe otra excepción: la de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado. En efecto se ha demandado al señor Dionisio Gómez Buelvas pero como sucesor y continuador legítimo de su difunto hermano Francisco Javier Gómez Buelvas, para los efectos indicados en la demanda. Pero de la partida de bautizo de Luz Marina, que aparece al folio 8 del cuaderno principal, se deduce que la mencionada Luz Marina tiene por padre natural a Gabriel Gómez y por madre a María de las Nieves Almanza. De manera que si bien María de las Nieves Almanza tiene la personería sustantiva como demandante, por ser la madre de la expresada menor, no la tiene el demandado (bien sea Javier Francisco Gómez Buelvas o su hermano Dionisio, como sucesor de éste), porque en dicha partida de bautizo no se mencionó para nada a Francisco Javier Gómez Buelvas..... .....".

El recurso de casación fue interpuesto por la actora en el juicio y la parte demandada hizo oposición a los cargos.

LA DEMANDA DE CASACION

A pesar de la imprecisión de los términos de la demanda, tres de las censuras contra la sentencia de mérito tienen valor suficiente para infirmarla. Se estudian en conjunto por su conexión como porque se refieren a los dos aspectos fundamentales de la sentencia impugnada. Son los cargos tercero, cuarto y quinto.

El tercero acusa la sentencia por inaplicación del artículo 1o. de la Ley 45 de 1.936, en cuanto dispone: "También tendrá esa calidad (de hijo natural) respecto de la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento".

Para el recurrente por no existir prueba de que la madre sea casada, debe tenérsela como soltera y, estando acreditado en el expediente "sin contradicción de la parte demandada que dió a Luz un niño a quien se conoce con el nombre de Laureano Antonio, debe reputarse para todos los efectos legales como madre de ese menor, sin necesidad de pruebas específicas al efecto. Tal es el alcance de la norma violada, la cual el H. Tribunal no aplicó, motivo por el cual es casable la sentencia.

"De no ser esta la interpretación correcta y el alcance de la frase final del artículo 1o. de la Ley 45 de 1.936, no se vé cual pueda ser el fin y el objeto de esa disposición legal si se interpreta en el sentido de que la prueba de la maternidad natural debe sujetarse a las mismas normas probatorias que rigen para los

otros estados civiles, estaría por demás en el texto de la ley, y en manera alguna es aceptable dentro de una sana hermenéutica que las disposiciones legales no tengan ningún efecto".

El cuarto reparo es también por inaplicación de los artículos 10 y 12 de la mencionada ley de 1.936, "...por cuanto en el supuesto de que María de las Nieves Almanza no sea la madre natural de Laureano Antonio Gómez Almanza..., en el caso de autos, tratándose de un juicio sobre filiación natural, no obstante no ser su madre, y, por consiguiente, no ejercer sobre ella patria potestad, tenía la suficiente capacidad legal para representarlo, por cuanto dice el artículo 10 de la ley 45 de 1.936 que 'a falta de representante legal, tiene derecho a demandar la declaratoria de filiación para un menor, la persona o entidad que ha cuidado de su crianza'".

Y en fin, el quinto cargo, señala violación por indebida aplicación del artículo 2o. de la mencionada ley "la cual trajo consigo la infracción directa, por falta de aplicación, del artículo 4o., numerales 4o. y 5o. de la ley 45 de 1.936, indebida aplicación e infracción directa de las normas citadas, respectivamente, que provino del error de derecho en que incurrió el H. Tribunal al darle a la prueba consistente en la partida de bautismo que obra al folio 8 del cuaderno número uno (1), correspondiente a Luz Marina Gómez Almanza, una fuerza probatoria que no le asigna la ley, al dar por probado, como lo dió, que Luz Marina era hija natural de Gabriel Gómez y no de Javier Gómez.

"..... .....

"Erró gravemente de derecho el Tribunal al darle a una partida de bautismo en la cual no figura la firma del presunto padre natural el carácter de medio idóneo para reconocer, siendo así que el artículo 2o. de la ley 45 de 1.936 dice: 'El reconocimiento de hijos naturales es irrevocable y puede hacerse: en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce. ....

"..... .....

"Erró gravemente de derecho el H. Tribunal al decir que el demandado no tiene la personería sustantiva (mejor sería decir la legitimatio ad causam pasiva) 'porque en dicha partida de bautizo no se menciona para nada a Francisco Javier Gómez Buelvas'".

LA CORTE CONSIDERA:

1o. Pretende la demandante por medio de la acción intentada y lo manifestó así al otorgar poder ante el Juez de primera instancia, reconocimiento judicial de que sus hijos Laureano Antonio y Luz Marina, en cuyo nombre actúa, lo son también de Francisco Javier Gómez Buelvas, concebidos sin estar casados entre sí los padres, y, como resultado de relaciones sexuales estables y notorias que duraron desde el año de 1.937 hasta el de 1.942, inclusive.

2o. El hijo nacido en las condiciones anotadas, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal con arreglo a lo dispuesto por el ordenamiento de la Ley 45 de 1.936 (Art. 1o.).

3o. Entre los medios de reconocimiento figura el de la "manifestación expresa y directa hecha ante un juez, aunque el reconocimiento no haya sido el

objeto único y principal del acto que lo contiene" (Art. 2o. Ley 45 ibidem). De donde, la manifestación de María de las Nieves Almanza, hecha en el poder referido tiene validez suficiente para tener a Laureano Antonio y Luz Marina como hijos suyos, y no podría desconocerse ni impugnarse sino por quien esté legitimado para ello, demostrando que la reconocedora no es la madre de los hijos que dice suyos de acuerdo con lo dispuesto en el Título 18 del C. Civil. "De la maternidad disputada", y esta oposición no se hizo, a pesar de la afirmación de la demandante contenida en el poder y de las declaraciones de testigos que dicen haber presenciado el hecho del nacimiento de quienes María de las Nieves Almanza reconoce como hijos suyos.

4o. Porque en las copias de las partidas de bautismo expedidas por el Párroco de Toluviejo, no firmadas por ninguno de los progenitores, se dice que "Laureano Anto." es "hijo nat. de María Gómez de las N. Almanza con Javier Gómez" y Luz Marina es "hija nat. de Gabriel Gómez y María de las Nieves Almanza", el Tribunal declaró la "ilegitimidad de la personería sustantiva tanto de la actora como del demandado", antitécnicamente por cierto, porque eso se llamaría falta de legitimación en causa, quebrantando el artículo 1o. de la Ley 45 citada, que reconoce la calidad de hijo natural al nacido de madre soltera o viuda por el solo hecho del nacimiento, cuestión acreditada en el expediente por medio de declarantes que dicen haber presenciado el parto y que, además, obviamente identifican a la mujer que dio el poder como la madre de Laureano Antonio y Luz Marina.

5o. Y hubo también violación del artículo 2o. de la Ley 45 de 36, como lo anota el recurrente, porque el poder tantas veces citado, configura una manifestación expresa y directa hecha ante un juez, como lo quiere esa norma para hacer el reconocimiento de hijos naturales, regla que el Tribunal desconoció al no tener como madre a quien en forma legal dice serlo, sino a otra; en el caso de María Gómez de las N. Almanza, por la diferencia de nombres en la partida de Laureano Antonio, y, en la de Luz Marina, por figurar el nombre de Gabriel Gómez como padre. No importa la identidad del nombre de la poderdante con el de la que figura como madre en el acta de bautismo del varón, ni nada significa que aparezca cualquier nombre como distintivo del padre, como si esto no fuera lo que se discute, y como si se pudiera tener como padre natural a quien señala la partida de esa filiación, sin que éste la haya firmado.

6o. Aceptó el Tribunal la eficacia probatoria de algunas de las declaraciones aducidas para demostrar los extremos afirmados en la demanda. "Efectivamente -dice el pronunciamiento de mérito-, las declaraciones rendidas por Ercilia Romero (folio 18), Ignacio Montes M., (folio 19), Rosa Arrieta v. de Arroyo (folio 20 v.), Andrea Montes de Morales (folio 22), América Donado M. (folio 24) y María de los Santos Feria (folio 25), (todas del cuaderno de pruebas de la demandante), son responsivas, exactas y completas y reunen los requisitos señalados por el artículo 688 y demás del Capítulo 7o., Título 17, Libro 2o. del Código Judicial".

En verdad, las declaraciones indicadas demuestran: a) las relaciones estables y notorias habidas entre Francisco Javier Gómez Buelvas y María de las Nieves Almanza, en la población de Palmito, de 1.937 a 1.942 inclusive; b) el nacimiento de Laureano Antonio y Luz Marina en el lapso de esas relaciones; y c) la lealtad guardada por María de las Nieves a Gómez Buelvas durante el tiempo de esas relaciones, aspectos sobre los cuales no hay prueba en contrario.

Lo anterior determina la casación de la sentencia del Tribunal y la confirmación de la del Juzgado.

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 Cartagena de fecha trece (13) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en este juicio ordinario de María de las Nieves Almanza contra Dionisio Gómez Buelvas, sobre filiación natural y en su lugar CONFIRMA en todas sus partes la del Juzgado Primero Civil del Circuito de Sincelejo, de fecha treinta y uno (31) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1.961).

Sin costas en el recurso de casación y las de segunda instancia a cargo de la parte demandada.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.-Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATOS

Requisitos ad substantiem y ad probationem. Principio de prueba por escrito. Verosimilitud y certeza.

Cuando el artículo 91 de la Ley 153 de 1.887 ordena que "deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos", no suprime la autonomía de la voluntad, ni reviste de formalismo el régimen de contratación. Apenas acontece que la seguridad jurídica se acoge ante todo a la prueba literal como testimonio de la celebración del negocio jurídico, aunque sea suficiente el acuerdo de voluntades para perfeccionarlo si se trata de cualquiera de los contratos consensuales y sin consideración de la cuantía.

La necesidad de documento no es aquí requisito sustancial del acto jurídico, sino sólo el medio de prueba que en principio excluye el mérito de las declaraciones de testigos en materia de contratos u obligaciones cuyo objeto exceda el límite de valor señalado por la ley.

En la hipótesis de que "haya un *principio de prueba por escrito*, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso" (93 *ibidem*), cabe complementar la probanza por testigos u otros medios para esclarecer la verdad debatida en juicio.

Como quiera que lo previsto en un principio de prueba escrita, se subentiende que no pasa de ser una inferencia de fortaleza suficiente para aportar verosimilitud, mas no certeza, porque entonces no sería ya principio de prueba sino prueba plena. Lo cual muestra que la censura ante la Corte se dificulta al máximo, desde luego que lo verosímil corresponde a la impresión subjetiva recibida por el sentenciador en su fuero interno, sin revisión posible si no es en el supuesto raro y extremo de arbitrariedad manifiesta. De otro modo prevalece el criterio del Tribunal, aunque el recurrente insista en pretender verosimilitud para lo que considera principio de prueba escrita. Ello sería de recibo en grado de apelación, mas no en el recurso extraordinario.

Aunque por la aptitud de ser inclusive simplemente verbal el mandato pudiera verse en el artículo 2149 del Código Civil una hipótesis exceptuada para el contrato en sí mismo, no sucedería del propio modo en cuanto atañe a la entrega de $7.000.oo a quienes fueron sus mandatarios según las afirmaciones del actor.

Y de todas maneras nada fundaría al respecto la quiebra del fallo acusado, desde el momento mismo en que reconoce el recurrente que no hubo testigos de la celebración del negocio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, diecisiete de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Las afirmaciones de hecho en la demanda inicial del presente pleito pueden compendiarse así:

Por cuanto el actor Rogelio Muñoz deseara adquirir en el área de la población de Yolombó una casa y un solar perteneciente a Tulio Gutiérrez, y no existieran entre los dos buenas relaciones que les permitiesen negociar personalmente, Rogelio encargó a Ramón Monsalve, Marcos Marín y Argemira Monsalve de Marín que le compraran a Gutiérrez los dos inmuebles, para después transferirlos al demandante, y, al efecto les hizo entrega de siete mil pesos: dos mil como precio del solar, y cinco mil para pagar inicialmente sobre el precio de ocho mil pesos en la compra de la habitación. Que al efecto los mandatarios viajaron a Medellín el 7 de febrero de 1.961 para regresar el mismo día con el informe de que "todo había transcurrido bien, en la forma convenida, pero que las escrituras no se podían hacer hasta subsanar unos problemas relacionados con unos derechos de menores y la terminación de una sucesión"; y que en último término pasó el tiempo sin que los mandatarios cumplieran el encargo, y antes bien niegan la existencia del mandato.

De donde el libelo se expresa en estas palabras:

"Por los hechos expuestos y por el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía, demando a los señores Tulio Gutiérrez, Ramón Monsalve, Marcos Marín y Argemira Monsalve de Marín, para que en sentencia firme que cause ejecutoria, haga usted las siguientes declaraciones:

"a) Que entre mi persona, como mandante y los señores Ramón Monsalve, Marcos Marín y Argemira Monsalve de M. se celebró un contrato de mandato en virtud del cual le comprarían a Tulio Gutiérrez una casa y un solar que son los delimitados en los hechos de esta demanda, y en la siguiente forma: la casa por la suma de $8.000.oo; $5.000.oo de contado, y el resto en tres letras de $1.000.oo mensuales cada una. El solar por la suma de $ 2.000.oo de contado. Que entregué en efectivo la suma de $ 7.000.oo para dar cumplimiento. Que se celebraron sendas promesas de venta; la de la casa para que se hiciera a Argemira y la del solar para que se le hiciera la escritura a Ramón Monsalve.

"b) Que los mandatarios no cumplieron el contrato, porque la orden fue dada para que compraran y no para que hicieran promesa de comprar; y también porque han negado el contrato de mandato y han manifestado en todas las formas que no harán las escrituras a mi nombre, porque yo no tengo testigos de haberles dado o entregado el dinero.

"c) Que como consecuencia de lo anterior, se declare resuelto el contrato de mandato y que entonces los mandatarios están en la obligación de devolver el dinero que se les entregó, más los intereses.

"d). Que los contratos de promesa de venta celebrados entre Tulio Gutiérrez y mis mandatarios son nulos, de nulidad absoluta, por falta de consentimiento, por ausencia de causa y por insinceridad de las estipulaciones.

"e). Que los demandados, todos ellos mayores de edad y vecinos de Yolombó, están en la obligación de pagar las costas de este juicio, si entran temerariamente a sostenerlo".

Ramón Monsalve, Marcos Marín y Argemira Monsalve de Marín afrontaron la litis. No así Tulio Gutiérrez, quien por escrito presentado personalmente, manifestó: " ..... no me interesa a quien tenga que hacer las escrituras del demandante y los demás demandados, y por lo tanto me atengo a la sentencia del señor Juez".

El 30 de agosto de 1.962 concluyó la primera instancia con fallo de absolución plena por el Juez del Circuito de Yolombó, providencia que en fecha 28 de junio de 1.963 obtuvo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín pronunciamiento confirmatorio, con imposición de costas al actor apelante.

Compete ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación propuesto por la misma parte perdidosa.

LA SENTENCIA ACUSADA

De la motivación se copian los siguientes apartes:

"El accionante sostiene haber celebrado con los demandados, señores Monsalve, Marín y Monsalve de Marín, el mandato sin representación, previsto en el artículo 2177 del Código Civil, para que éstos, obrando en sus propios nombres y sin mencionar el del demandante, compraran al señor Tulio Gutiérrez, en la ciudad de Medellín, dos inmuebles situados en la población de Yolombó, y que para la ejecución del encargo entregó a los dos primeros la cantidad de $ 7.000.oo.

"Para acreditar estos dos hechos acudió, sin éxito, a la prueba de confesión y a la testimonial.

"En efecto, en las posiciones absueltas extrajuicio y durante el terraino probatorio por estos tres demandados, negaron la celebración del mandato y la entrega del dinero; aceptan haber pactado por su cuenta, para ellos y no como mandatarios secretos del actor, unas promesas de compraventa sobre los aludidos bienes con el señor Tulio Gutiérrez. De esta suerte, de esas posiciones nada de provecho resulta para la tesis del actor.

"En el supuesto, inaceptable, de que con testigos y contrariando lo dispuesto por el artículo 91 de la Ley 153 de 1.887, se pudiera demostrar una operación convencional de un valor mayor de $500.oo y la entrega de una cantidad de dinero muy superior a ésta, en el caso de que ninguno de los declarantes examinados en el proceso presenció el cumplimiento de tales hechos, sus testimonios son de meras referencias, por lo que han oído decir al demandante, y por lo dispuesto en el artículo 698 del Código Judicial esta clase de testimonios carece de eficacia probatoria.

"En el expediente obran dos cartas dirigidas al demandante señor Muñoz y firmadas, la una por Ramón Monsalve y la otra por Tulio Gutiérrez, pero estos documentos por más que se les violente para interpretarlos en favor de la

tesis del actor, no dicen nada en relación con los hechos del mandato y de la entrega de los $7.000.oo, de manera que no pueden estimarse como un principio de prueba por escrito, que unidos a los demás elementos de convicción, los haga verosímiles. Art. 93 de la Ley 157 de 1.887.

"Los indicios, consistentes en que el señor Muñoz había manifestado deseos de comprar los supradichos inmuebles, de que él es persona honorable y de recursos económicos y de que sus incriminados como desleales mandatarios carecen de ellos, son demasiado débiles para inferir los hechos básicos de la acción.

"No habiéndose acreditado éstos, no hay por qué ni para qué entrar en el estudio de las excepciones propuestas".

LA ACUSACION

Está concretada por el recurrente, así:

"Se acusa, pues, la sentencia pronunciada por el H. Tribunal de Medellín en este asunto el día 28 de junio de 1.963, de ser violatoria de los artículos 91 de la Ley 153 de 1.887, 594, 633 y 603, 604, 605 y 608 del Código de Procedimiento Civil, y 2149 C. C., violación indirecta a la cual se llegó por error de hecho y de derecho en la apreciación y valoración de las pruebas.

"A) Error de hecho.

"En evidente error de hecho incurrió el H. Tribunal de Medellín al no ver, al no apreciar, al no valorar, el indicio necesario constituído por el hecho de que en el pliego de posiciones absuelto por los demandados-mandatarios en 27 y 28 de junio de 1.961 aparezca transcrito por el señor Rogelio Muñoz el texto exacto, incluyendo sus errores, de la promesa de venta celebrada por Monsalve y Marín con Tulio Gutiérrez.

"B) Error de derecho.

"Este error consiste en haber dado un valor legal diferente al que tienen las declaraciones sobre fama pública de los demandados, sobre la fama pública del demandante; a los documentos suscritos por el señor Tulio Gutiérrez, documentos que por provenir de los demandados tienen valor de confesión: al documento suscrito por Ramón Monsalve, el cual por provenir de otro demandado también tiene valor de confesión. Toda esta infravaloración condujo al H. Tribunal de Medellín a desconocer el artículo 594 del Código de Procedimiento Civil".

Considera la censura que por errada interpretación del artículo 91 de la Ley 193 de 1.887 sin relacionarlo con el 2149 del Código Civil, el Tribunal exigió "prueba escrita de un contrato verbal claramente autorizado por la ley como es el mandato", por lo que "hizo caso omiso de todas las pruebas directas e indirectas, estas últimas formadas por indicios graves, precisos y concordantes que forman el acervo probatorio en este juicio, dando así lugar a que no se tuvieran en cuenta pruebas, o que se interpretaran erróneamente, y que condujeron al Tribunal a una violación indirecta de la ley sustantiva. A esto agrega ayudó indudablemente el hecho de que no hubiera testigos presenciales de la celebración del contrato de mandato, y el Tribunal sólo tomó en cuenta las obstinadas y

contradictorias manifestaciones de los mandatarios de mi poderdante, dando lugar, repito, a la violación del artículo 594 (C. J.), por valoración errónea de las pruebas".

Cita el artículo 66 del Código Civil en materia de presunciones, admite de nuevo que "no hubo testigos de la celebración del contrato", pero alega: que por el relato de quienes declararon en el proceso "se colige el interés de Rogelio Muñoz, mandante, para comprar la casa y el lote objeto del contrato verbal;" que ese interés está probado en el proceso; que tiene el valor de confesión la carta de Ramón Monsalve para Rogelio Muñoz con la pregunta de "en qué forma se resolvió el negocio", por obrar en el juicio sin haber sido tachada; que Tulio Gutiérrez "ha confesado en su contestación a la demanda no tener inconveniente en hacer la escritura a quien resulte favorecido en el litigio"; que la carta del mismo Gutiérrez "refiriéndose a 'Don Ramón' tiene el valor de confesión, también"; que el actor Muñoz ha pagado reparaciones de la casa; que los demandados no han tenido interés en cumplir la promesa de compraventa; que no tienen recursos económicos, mientras Muñoz es hombre de honorabilidad y cumplimiento; y que las afirmaciones de los demandados para explicar su actitud no tienen respaldo en los autos.

SE CONSIDERA:

1. Cuando el artículo 91 de la Ley 153 de 1.887 ordena que "deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de quinientos pesos", no suprime la autonomía de la voluntad, ni revista de formalismo el régimen de contratación. Apenas acontece que la seguridad jurídica se acoge ante todo a la prueba literal como testimonio de la celebración del negocio jurídico, aunque sea suficiente el acuerdo de voluntades para perfeccionarlo si se trata de cualquiera de los contratos consensuales y sin consideración de la cuantía.

La necesidad de documento no es aquí requisito sustancial del acto jurídico, sino sólo el medio de prueba que en principio excluye el mérito de las declaraciones de testigos en materia de contratos u obligaciones cuyo objeto exceda el límite de valor señalado por la Ley.

2. En la hipótesis de que "haya un principio de prueba por escrito, es decir, un acto escrito del demandado o de su representante, que haga verosímil el hecho litigioso" (93 ibidem), cabe complementar la probanza por testigos u otros medios para esclarecer la verdad debatida en juicio.

Como quiera que lo previsto es un principio de prueba escrita, se subentiende que no pasa de ser una inferencia de fortaleza suficiente para aportar verosimilitud, mas no certeza, porque entonces no sería ya principio de prueba sino prueba plena. Lo cual muestra que la censura ante la Corte se dificulta al máximo, desde luego que lo verosímil corresponde a la impresión subjetiva recibida por el sentenciador en su fuero interno, sin revisión posible si no es en el supuesto raro y extremo de arbitrariedad manifiesta. De otro modo prevalece el criterio del Tribunal, aunque el recurrente insista en pretender verosimilitud para lo que considera principio de prueba escrita. Ello sería de recibo en grado de apelación, mas no en el recurso extraordinario.

3. Aunque por la aptitud de ser inclusive simplemente verbal el mandato pudiera verse en el artículo 2149 del Código Civil una hipótesis exceptuada para

el contrato en sí mismo, no sucedería del propio modo en cuanto atañe a la entrega de $7.000.oo a quienes fueran sus mandatarios según las afirmaciones del actor.

Y de todas maneras nada fundaría al respecto la quiebra del fallo acusado desde el momento mismo en que reconoce el recurrente que no hubo testigos de la celebración del negocio.

4. Cuanto a la prueba por indicios, es notable la autonomía del sentenciador para estimarla. Por eso, en sentencia de casación del 20 de marzo de 1.959 expuso la Corte:

"Salvo cuando es manifiesta la correspondencia necesaria entre el hecho índice y el indicado en cumplimiento de leyes elementales de la naturaleza, el mérito del indicio no es absoluto sino apenas probable y se pondera no objetiva sino subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, quien por inferencias graves, precisas y conexas entre sí, puede llegar a la convicción íntima de que el hecho litigioso se encuentra probado plenamente.

"Por modo que si dentro del recinto de la certeza moral y la convicción íntima no cabe establecer en el recurso extraordinario ningún género de jerarquía, y puesto que presuntivamente el fallo de instancia se entiende ajustado a la tarifa en la valoración de las probanzas, ha de seguirse en casación que los poderes discrecionales del sentenciador al apreciar la prueba por indicios están llamados a prevalecer, a menos que se demuestre error de derecho o yerro evidente de hecho en el juicio del sentenciador, lo que es de todo punto excepcional.

"No ocurre a menudo que escape á los ojos del juzgador el medio que evidencie en el proceso como determinado hecho se cumplió o no tuvo existencia, para que según eso se dé o no por probado el índice, con palmario error de hecho. O bien, que el nexo entre el índice y el indicado no armonice con los dictados del sentido común o esté en oposición con leyes elementales de la naturaleza; para que por el aspecto subjetivo pudiera predicarse error evidente de hecho.

"Tampoco es común que por medios extraños al régimen legal de probanzas se tengan por acreditados los hechos indicativos o que se desconozca su prueba producida conforme a la tarifa. Ni sucede con frecuencia que sean recibidos los indicios por el juzgador cuando la ley rechaza esa prueba. Por todo lo cual es también de excepción en esta materia el error de derecho.

"Así ha dicho la Corte:

"'Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas las conjeturas dependen exclusivamente de un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza'. (Casación 12 de junio, de 1.958. LXXXVIII. 2198, 176, 2).

"De donde emerge el principio general ácerca de que la discusión sobre el mérito probatorio de los indicios termina en la instancia, y se destaca la razón por la cual ante la Corte prevalece casi siempre el convencimiento del sentenciador fundado en indicios.

"Aunque el análisis del recurrente se encuentre inspirado en principios de sana crítica, es lo normal que ensaye soluciones más ajustadas a la pretensión de una de las partes que al equilibrio jurídico como soporte presunto del fallo acusado, mientras no haga quiebra en casación". (XC. 2207, 2208, 2209, 105).

5. La censura presenta como indicio necesario de la causa petendi que el actor Rogelio Muñoz transcribiera en pliego de posiciones el texto mismo de la promesa de compraventa entre Marcos Marín y Tulio Gutiérrez. Pero bien puede observarse que la única relación de necesidad proveniente de tal circunstancia consistiría en que el redactor del interrogatorio tuvo manera de copiar el texto en cuestión, pero no la existencia del contrato de mandato y la entrega de dinero en que se funda la demanda inicial del pleito.

Los demás hechos que como indicadores el recurrente menciona, no pasaron inadvertidos por el sentenciador. Antes bien le parecieron "demasiado débiles para inferir los hechos básicos de la acción". Y no asoma allí la arbitrariedad, a pesar de que en el campo conjetural se ofrezcan dudas.

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 28 junio de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el presente litigio de Rogelio Muñoz contra Tulio Gutiérrez y otros.

No aparecen costas causadas en casación.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

El trato y la fama. Casación. En este recurso no puede romperse la sentencia porque el recurrente tenga un criterio distinto del del sentenciador.

1. Los hechos que constituyen el trato y la fama, deben ser ejecutados personalmente por el presunto padre y no por los parientes y deudos, pues de tales hechos es de donde debe deducirse el ánimo de tener al hijo por tal, y de presentarlo en ese carácter a las personas indicadas en la ley.

2. En casación no puede romperse la sentencia porque el recurrente tenga un criterio distinto, pues en tal caso se trataría de contraponer al criterio del juez de segunda instancia, el criterio personal de las partes; y es evidente que en esa contraposición debe prevalecer el modo de apreciación del sentenciador, cuando -como en el caso presente- no peca contra la evidencia ni es en modo alguno arbitraria.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiuno de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid).

Juicio de filiación natural de Campo Elías Calderón contra la sucesión de Campo Elías Aldana.

-I-

ANTECEDENTES

Con fundamento en "las relaciones sexuales notorias y estables" y en "la posesión notoria del estado de hijo natural", Campo Elías Calderón demanda, el doce (12) de septiembre de mil novecientos cincuenta y dos (1.952) a la sucesión de Campo Elías Aldana Gutiérrez, representada por sus herederos ab-intestato, para que el Juzgado Primero del Circuito Civil de Bogotá declare:

a). Que Campo Elías Calderón o Aldana, nacido en Tibirita el dos (2) de junio de mil novecientos doce (1.912), hijo natural de Verónica Calderón, es hijo natural de Campo Elías Aldana Gutiérrez.

b). Que el demandante tiene mejor derecho a heredar a Campo Elías Aldana Gutierrez, que las personas demandadas como representante de la sucesión.

c). Que se ordene al Párroco de Tibirita (Departamento de Cundinamarca) que tome nota de la sentencia al márgen de la partida de bautizo del demandante.

d). Que al demandante le corresponde la totalidad de los bienes pertenecientes a la sucesión de Campo Elías Aldana, si no existieren otros herederos con igual derecho, o la cuota correspondiente en concurrencia con otros hijos naturales.

e). Que los demandados deben restituir a la sucesión de Campo Elías Aldana Gutiérrez todos los bienes pertenecientes a dicha sucesión, tanto los corporales como los incorporales y aún aquellos de que el difunto era mero tenedor, con sus aumentos y frutos.

f). Que se declaren sin valor los autos sobre reconocimiento de herederos, proferidos por el Juzgado Sexto del Circuito Civil de Bogotá, en el juicio sucesorio de Campo Elías Aldana Gutiérrez.

g). Que se condene en costas a los demandados si se opusieren a la demanda.

En cuarenta y tres numerales se exponen los hechos en que el actor funda sus pretensiones, de los cuales, once (11) hablan de las relaciones de familia y parentesco entre las personas representantes de la sucesión demandada y el causante y presunto padre natural Campo Elías Aldana Gutiérrez; los hechos doce, trece, catorce y quince, se refieren: al juicio de sucesión de Campo Elías Aldana Gutiérrez, a los bienes inventariados en dicho juicio, y a los que se dejaron de inventariar; y los numerales diez y siete (17) a cuarenta y tres (43) narran circunstancias y hechos tendientes a establecer que entre Campo Elías Aldana y Verónica Calderón hubo relaciones sexuales, que de éstas nació Campo Elías Calderón; que fué notorio en el Municipio de Tibirita que Calderón era hijo natural de Campo Elías Aldana; y que el demandante tiene la posesión notoria del estado de hijo natural con relación al mencionado Aldana.

Admitida la demanda y adelantado el proceso en primera instancia, por sentencia de veintiseis (26) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1.956) el Juez Primero del Circuito Civil de Bogotá desató la controversia resolviendo "negar las peticiones formuladas en la demanda de que se ha hecho mérito instaurada por Campo Elías Calderón contra la sucesión de Campo Elías Aldana". Además se condenó al actor en las costas.

Por apelación interpuesta por el demandante correspondió al Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá la revisión del juicio en la segunda instancia, la que finalizó con sentencia de catorce (14) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1.963), por medio de la cual se confirmó la de primer grado y se impusieron costas a cargo del apelante.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA

Trata, en sendos capítulos, la sentencia impugnada, lo relativo a las relaciones sexuales y a la posesión notoria del estado civil de hijo natural, en que se fundamenta el demandante para pretender una sentencia judicial que lo declare en calidad de hijo natural de Campo Elías Aldana.

En cuanto a lo primero dice el Tribunal que, de acuerdo con la constante y reiterada jurisprudencia nacional; para que esta causal justifique plenamente una declaración de filiación natural, se requiere la comprobación de un vínculo sexual constante, firme y permanente en el tiempo; que las relaciones sean notorias, dependiendo su notoriedad de que sean conocidas por el medio social en que se realizan, que se impongan al vecindario en general por la ejecución repetida de claros y terminantes hechos que las hagan suponer inequivocamente; y que el hijo haya sido concebido en ellas y dentro de los términos en que se presume la concepcion.

En relación con la prueba de los elementos que deja mencionados, el Tribunal expresa: "Y evidentemente, los elementos de demostración practicados en el presente caso, reducidos a la prueba testimonial ante la rotunda negativa dada por los demandados Marco Rodríguez y Felisa Aldana de Rincón y Sofía de Jiménez a las preguntas que el demandante le formulara en posiciones ....., no se puede inferir, con los caràcteres preanotados, las relaciones sexuales entre Campo Elías Aldana y Verónica Calderón; pero muchísimo menos si dentro de ellas fue concebido Campo Elías Calderón, nacido el 2 de junio de 1.912".

Hace un resumen del contenido de las declaraciones de Alfredo Rivas, Manuel Celis, Pricio Gaitán Jiménez, Moisés Moreno, José Froilán, Adelaida Guerrero de Moreno, Odalinda de Calderón, Vicente Segura, Obdulia Calderón de Calderón, Roberto Infumar, Miguel Martínez, Augusto Zamora, Roberto Salas Boada, Silvano Torres, Arístides Salas Muñoz y Alfredo Jiménez, y agrega: "Porque si bien es verdad, como lo ha dicho la Corte que 'la ley no ha querido exigir para demostración de las relaciones sexuales que los testigos hayan presenciado la intimidad, o relación de hecho de las relaciones sexuales', también lo es que los testigos sí deben deponer sobre ciertos actos que inequivocamente den como resultante necesaria la unión sexual ilícita. (G. J. 2135)".

"Además, -sigue diciendo la sentencia- ninguno de los testigos citados determina la época en que hubieran podido tener lugar las relaciones sexuales entre Campo Elías Aldana y Verónica Calderón y por lo mismo no es posible afirmar ciertamente que la concepción de Campo Elías Calderón haya tenido ocurrencia durante ellas".

Rechaza los testimonios de Hermelinda Jiménez de Rodríguez y Mercedes Jiménez porque no pueden tenerse como prueba, el primero por no haber sido ratificado dentro del juicio, ni abonado en forma legal; y el segundo por ser un testimonio de "oídas".

De todo ello concluye el Tribunal que, con fundamento en la causal cuarta del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, no es procedente la declaratoria de filiación impetrada.

Por lo que dice referencia o relación a la posesión notoria del estado civil de hijo natural, en el caso presente, el Tribunal llega también a la conclusión de que no aparece demostrada en el proceso, y de que no procede, por ende, la declaración de filiación con base en dicha causal. Sobre el particular, y después de destacar cuales son los elementos que constituyen la posesión notoria del estado civil de hijo natural, dice lo siguiente: "..... la posesión notoria de hijo natural que el demandante tuvo con relación a Campo Elías Aldana, no se demuestra, en las condiciones preanoladas, con la prueba testimonial practicada

en el proceso y, por tanto, tampoco por este aspecto procede hacer la declaración de parentesco pedida".

Y para sustentar esta apreciación hace un estudio de los testimonios rendidos por Mercedes Jiménez, Alfredo Rivas Gutiérrez, Manuel Celis Hernández, Fricio Gaitán Jiménez, Moisés Moreno, Froilán Roa, Adelaida Guerrero de Moreno, Obdulia Calderón de Calderón, Vicente Segura Estévez, Roberto Munar, Miguel Martín, Augusto Zamora, Aristides Salas Muñoz, Roberto Salas Boada, Silvano Torres Romero y Alfredo Jiménez, de los cuales no aparecen demostrados, según lo dice el Tribunal, los elementos que configuran la posesión notoria del estado de hijo natural.

"Porque si el trato, que lleva a la fama y que compone la posesión notoria de un estado civil, -expresa la sentencia- se refiere, como tiene que serlo, en el caso de la filiación a los actos ejecutados personalmente por el padre y no a los de sus parientes y deudos, porque son aquéllos los únicos que, si están fundados en la educación, sostenimiento y establecimiento del pretenso hijo llevan necesariamente a la reputación; debe aceptarse que este tratamiento personal no se infiere del dicho de los testigos transcrito".

Por último afirma el Tribunal que no obstante el manifiesto reconocimiento familiar de los presuntos abuelos y tíos del demandante, y de "la creencia popular" de que éste es hijo de Campo Elías Aldana, según lo afirman los testigos, "no puede darse por establecida la posesión invocada pues nada consta sobre la presentación que éste hiciera a sus padres, parientes y relacionados de Calderón como hijo suyo, formal, directa y expresamente". Y concluye que la siguiente transcripción, tomada de la sentencia dictada por la Corte el 5 de agosto de 1.953 (G. J. T. LXXVI): "Es indispensable que el conocimiento tenga por causa el trato que le haya dispensado el padre en la forma indicada. Porque muy a menudo, en razón de haber existido relaciones sexuales esporádicas o permanentes durante algún tiempo entre la madre y un determinado sujeto, puede haber en el vecindario la creencia más o menos fundada de que el hijo de aquélla lo es también de éste, y gozar por tanto tal hijo de la reputación de serlo en efecto, sin que el presunto padre lo reconozca así, ni le dé el trato correspondiente, ni le proporcione la respectiva asistencia. La fama en tales condiciones formada no sirve para configurar la posesión de estado civil de hijo natural".

No estuvo conforme la parte actora con el rechazo que en el segundo grado de instancia, dió el Tribunal a las súplicas impetradas, y, por ello, interpuso recurso extraordinario de casación, que entra a decidir la Corte.

- III -

LA IMPUGNACION

Con base en la primera de las causales señaladas en el artículo 520 del C. J., acusa el actor la sentencia del Tribunal, por "violación de ley sustantiva por infracción indirecta, a la cual se llegó por manifiesto error de hecho en la no apreciación de una prueba, y de derecho en la apreciación de otras".

Sobre este planteamiento formula tres reparos, dos por error de hecho y uno por error de derecho.

Primer cargo

"Con absoluta evidencia -expresa el recurrente- aparece que el Tribunal sentenciador omitió por completo apreciar en su fallo la declaración del testigo TULIO IGNACIO JIMENEZ CASTAÑEDA, que obra al folio 29 v. y 30 del cuaderno número tres (3) del expediente.....".

Transcribe a continuación los apartes principales de dicho testimonio.

Para poner en evidencia -según afirma- la falta de apreciación de tan valioso elemento de prueba como éste por parte del Tribunal, se refiere el impugnante a varios pasajes de la sentencia, de los cuales ya se ha hecho mérito, tanto en lo referente al capítulo de las relaciones sexuales, como en lo de la posesión notoria del estado de hijo natural, para dejar sentado que entre los testigos que tuvo en cuenta el sentenciador no aparece el testigo Tulio Ignacio Jiménez Castañeda, cuyo dicho "no contabilizó ni analizó ni apreció en pasaje alguno de su fallo", "y cuya narración respecto de hechos integrantes de la posesión notoria del estado civil de que se trata quedó anteriormente transcrita".

Dice el recurrente que la Corte debe acometer el examen y apreciación del conjunto probatorio, incluyendo en él el testimonio de Tulio Ignacio Jiménez Castañeda, y que, entonces habrá de encontrar que los elementos de la posesión notoria del estado de hijo natural por parte del demandante en relación con Campo Elías Aldana están debidamente establecidos, con un número de hechos que expone en la fundamentación del cargo, y a continuación manifiesta:

"Todos estos hechos son objeto de la narración de un conjunto de testigos en crecido número y del contexto general de sus exposiciones aparece claro, aun cuando algunos no lo digan expresamente, que declaran de propio y personal conocimiento.

"El conjunto de hechos así comprobados integran a cabalidad el hecho de la posesión notoria del estado civil de hijo natural por parte del demandante y respecto de Campo Elías Aldana Gutiérrez de conformidad con el artículo 6o. de la ley 45 de 1.936".

Y más adelante agrega:

"Porque no habiendo sido ostensibles a terceros las relaciones sexuales de Campo Elías Aldana Gutiérrez con la madre del niño Campo Elías Calderón o Aldana, el hecho de haber sido reputado éste como hijo de aquél por sus parientes y amigos y por el domicilio de Tibirita en general, no podía tener otra causa que el tratamiento de hijo que le prodigaba atendiendo a su crianza, educación y establecimiento mediante los actos que se dejan relacionados

"Y finalmente, porque según lo que anteriormente se expuso, el tratamiento de hijo que Campo Elías Aldana Gutiérrez dió a Campo Elías Calderón o Aldana mediante los actos sucesivos que se dejan indicados perduró por más de diez años".

Segundo cargo *(Tercero de la demanda)*.

Afirma el recurrente, en este reparo, que "Incurrió también el Tribunal sentenciador en manifiesto error de hecho al no apreciar en sentido alguno con

referencia a hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, los testimonios de Aristides Salas Muñoz, Odalina viuda de Calderón, Roberto Salas Boada, Gumercinda Calderón de Munar, Roberto Munar, y Miguel Marlín, todos los cuales concurren con el de Tulio Ignacio Jiménez Castañeda y los que apreció negativamente el Tribunal, a acreditar de modo irrefragable aquellos hechos respecto de la persona del demandante".

Estos errores de hecho -según lo expresa el recurrente- llevaron al Tribunal a violar el artículo 6o. de la ley 45 de 1.936, y consecuencialmente, el artículo 5o. del mismo estatuto, lo mismo que los artículos 85 de la Ley 156 (sic) de 1.887 y 20 de la referida ley 45 de 1,936.

SE CONSIDERA:

Habiendo quedado descartado del debate en casación lo relativo a relaciones sexuales por cuanto en relación con esto no se formuló ningún cargo por parte del recurrente, pues no se demostraron elementos integrantes de las relaciones sexuales estables y notorias entre Campo Elías Aldana y Verónica Calderón, de las cuales hubiera nacido el demandante, como así lo reconoce el mismo impugnante de la sentencia del Tribunal, cuando afirma que esas relaciones no fueron ostensibles a terceros, queda circunscrito el problema a considerar los cargos en cuanto dicen relación a la posesión notoria del estado civil de hijo natural por parte de Campo Elías Calderón respecto de Campo Elías Aldana.

"La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos y el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento". Así dispone el artículo 6o. de la ley 45 de 1.936. Y el artículo 399 del C. C., aplicable al caso de la investigación de la paternidad natural por posesión notoria del estado civil, dispone cómo ha de ser la prueba que se emplee para el caso, mandando que se pruebe "por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de un modo irrefragable".

El Tribunal al hacer el estudio de la prueba testimonial con la que se pretende demostrar la posesión notoria del estado civil reclamado por Campo Elías Calderón, se detuvo especialmente en la consideración de los testimonios de Mercedes Jiménez, Alfredo Vivas Gutiérrez, Manuel Celis Hernández, Pricio Gallán Jiménez, Moisés Moreno, Froilán Roa, Adelaida Guerrero de Moreno, Vicente Segura Estévez, Obdulia Calderón de Calderón, Roberto Munar, Miguel Martín, Augusto Zamora, Aristides Salas Muñoz, Roberto Salas Boada, Silvano Torres Romero y Alfredo Jiménez, para deducir del examen de tales testimonios que no se habían establecido y demostrado los elementos de nomen, tractus y fama, y duración temporánea que exige el artículo 6o. de la ley 45 de 1.936, en relación con el demandante respecto de Campo Elías Aldana, y que por tanto no podía prosperar la declaración de filiación natural con fundamento en la posesión notoria del estado civil de hijo natural.

Verdad es que, como lo dice el impugnante, el Tribunal omitió el estudio y consideración de la declaración de Tulio Ignacio Jiménez Castañeda, o, al menos, no hizo cita y mención de ese testigo al referirse pormenorizadamente a la prueba testimonial. Pero también es cierto que el dicho de este declarante no mejora en nada el acervo probatorio traído al juicio, en pro de la pretensión del

demandante, pues el testimonio de Jiménez Castañeda dice sustancialmente lo mismo que los demás declarantes, sin que aporte ningún dato nuevo que precise sólo o en concurrencia con los otros tenidos en cuenta por el sentenciador, la existencia de los elementos legales necesarios para la configuración de la posesión notoria del estado de hijo natural, tal como lo requieren las disposiciones legales que antes se dejaron mencionadas.

Porque el testigo declara que Verónica Calderón quedó embarazada cuando fue sirvienta de Juan Nepomuceno Aldana y su esposa; que "según el concepto general del pueblo", el padre del hijo de Verónica fue Campo Elías Aldana Gutiérrez; que los padres de Campo Elías tuvieron al niño viviendo con ellos, con todas las consideraciones de nieto, que lo pusieron en la escuela, lo alimentaron y lo vistieron, dándole trato de miembro de familia; que al muchacho le pusieron en el pueblo el mismo apodo de "Mascaditas" que tenía Campo Elías Aldana; que en Tibirita "era y es un hecho notorio" que el hijo de Verónica era hijo natural de Campo Elías Aldana Gutiérrez; que cuando Campo Elías se estableció en Bogotá, en el negocio de carnes, trajo a Calderón a vivir con él y le daba lo necesario.

Como antes se ha expresado, todo lo afirmado por este testigo, de cuya omisión por parte del Tribunal se queja el recurrente, fué sustancialmente lo afirmado por los otros declarantes, cuyos testimonios no llevaron al sentenciador a la conclusión pretendida por el actor. Por tanto no puede decirse que si el Tribunal hubiera tenido en cuenta y consideración ese testimonio de Jiménez Castañeda otra hubiera sido la solución del litigio.

De lo afirmado por todos los testigos, incluyendo a Tulio Ignacio Jiménez Castañeda, se desprende que en el caso de que se trata es preciso distinguir dos etapas; una, desde la concepción de Campo Elías Calderón hasta su traslado a Bogotá; y otra, desde este momento en adelante.

En cuanto a la primera etapa, todos los testigos, fuera de afirmar que popularmente era tenido en Tibirita Campo Elías Aldana como padre de Campo Elías Calderón, -y la razón, especialmente, la dan los declarantes diz que porque era constumbre del Párraco bautizar a los hijos naturales con el nombre del padre- dicen que Campo Elías, desde la edad de cuatro años, fue criado, sostenido y educado por los padres de Campo Elías, circunstancias éstas que en modo alguno pueden tenerse como demostrativas de posesión notoria de estado civil de hijo natural respecto de Campo Elías Aldana, porque como lo afirma el Tribunal en su providencia que es materia de la acusación, no puede darse por establecida la posesión invocada pues nada consta sobre la presentación que Campo Elías Aldana hiciera a sus padres, parientes y relacionados, de Calderón como hijo suyo, ni que le prodigara los cuidados de padre; y porque los hechos que constituyen el trato y la fama, deben ser ejecutados personalmente por el presunto padre y no por los parientes y deudos, pues de tales hechos es de donde debe deducirse el ánimo de tener al hijo por tal, y de presentarlo en ese carácter a las personas indicadas en la ley

No puede perderse tampoco de vista que la mayoría de los testigos, todos los cuales declaran con relación a una época que se remonta a los años de 1.911 y 1.912, tenían -según sus propias afirmaciones- una edad aproximada de siete u ocho años, pues que al tiempo de rendir su testimonio, en el año de 1.954 contaban una edad aproximada de cincuenta años. Y esta circunstancia hace que

no sea muy probable que hayan tenido conocimiento directo de los hechos sobre que exponen.

En referencia a la segunda etapa de vida del demandante, o sea al tiempo corrido desde que Campo Elías Aldana se radicó en Bogotá, el dicho de los testigos tampoco arroja elementos bastantes para dar por establecida la posesión notoria del estado civil que se persigue, pues fuera de lo afirmado por Tulio Ignacio Jiménez Castañeda, y de lo cual se hizo mérito en párrafo antecedente, los demás se limitan a decir que Campo Elías Aldana prestó ayuda a Campo Elías Calderón, pero no saben en qué consistió tal ayuda, ni cual fué la intensidad de ella, ni por cuanto tiempo, llegando, el que más, a afirmar que le ayudó para establecerse en un expendio de carnes, para lo cual le sirvió de fiador por suministros de valor hasta de quinientos pesos, poco más o menos.

Por lo que hace a las manifestaciones que, dicen algunos declarantes, les hizo Campo Elías Aldana de que Campo Elías Calderón era su hijo, ellas no alcanzan a constituir prueba alguna directa de confesión extrajudicial, entre otras consideraciones porque de esas presuntas manifestaciones no existe prueba completa, sino el dicho individual de cada uno de los testigos que a ellas se refieren. Y si se consideran desde el punto de vista de la prueba indicial, es obvio que se trataría de indicios que no reunen condiciones legales para servir de plena prueba, precisamente porque no están debidamente probados, ni son graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran a demostrar sin lugar a duda el hecho controvertido.

Todo lo anterior se dice para dejar en claro el hecho de no haber tenido en cuenta expresamente el sentenciador, o al menos no haberse referido directamente a la declaración de Tulio Ignacio Jiménez Castañeda, no acarrearía una conclusión diversa a la que obtuvo el Tribunal, pues como se ha dicho, ni ese testimonio sólo, ni junto con todos los demás que obran en autos, podría llegar a imponer un cambio en la decisión del litigio.

En lo atinente al segundo reparo, consistente, según el recurrente, en que el Tribunal no tuvo en cuenta respecto a la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Calderón con relación a Aldana, los testimonios de varios declarantes que ya se enumeraron en la transcripción del cargo, es necesario observar que de los testimonios que considera el recurrente fueron omitidos por el Tribunal, solamente los de Gumercinda Calderón de Munar y Odalinda viuda de Calderón no fueron expresamente considerados al hacerse el estudio de la causal de posesión notoria del estado civil de hijo natural, porque todos los demás sí fueron expresamente considerados y ponderados por el sentenciador a este respecto.

Los testimonios de Gumercinda Calderón de Munar y Odalinda viuda de Calderón, no aportan otros elementos distintos a los contemplados y tenidos en cuenta por el fallador, en lo relativo a la constitución del estado civil de hijo natural del demandante con respecto a Campo Elías Aldana, y por consiguiente, no conllevan fuerza probatoria alguna para hacer variar las conclusiones a que llegó el Tribunal en el fallo impugnado. Esas testigos no tienen conocimiento de que clase de ayuda prestaría Campo Elías Aldana a Campo Elías Calderón cuando lo trajo a Bogotá, ni mucho menos declaran en relación con el tiempo en que aquél hubiera prestado ayuda a éste. Y en lo que dice relación al tiempo en que vivió el demandante en Tibirita, sus deposiciones son idénticas en sustancia a las de los otros testimonios.

Las omisiones de que se vale el recurrente para impugnar la sentencia por error de hecho, no son suficientes para determinar un cambio en la decisión del litigio, y, por tanto, no hay lugar a casar la sentencia por los motivos indicados.

Tercer cargo. *(Segundo de la demanda)*

El recurrente dice que "Incurrió el Tribunal en manifiesto error de derecho en la apreciación negativa del conjunto de testimonios fidedignos de Mercedes Jiménez, Alfredo Vivas Gutiérrez, Manuel Celis Hernández, Pricio Gaitán Jiménez, Moisés Moreno, Froilán Roa, Adelaida Guerrero de Moreno, Vicente Segura Esteves, Obdulia Calderón de Calderón, Augusto Zamora, Alfredo Jiménez, Aristides Salas Muñoz, Roberto Salas Bozda, Gumercinda Calderón de Munar, Roberto Munar y Manuel Martín, citados en el fallo".

Como fundamento de esta impugnación da el recurrente el argumento de que el error de derecho "consistió en haberles desconocido el valor de plena prueba de los hechos constitutivos de la posesión de hijo natural por parte de Campo Elías Calderón o Aldana respecto de Campo Elías Aldana Gutierrez, violando así la norma del artículo 399 del Código Civil,.... toda vez que quedó evidenciado, aquel conjunto de testimonios acredita de modo irrefragable los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado civil de hijo natural que señala el citado artículo 6o. de la ley 45 de 1.936".

SE CONSIDERA:

En reciente fallo, no publicado todavía, dijo la Corte:

"El error de derecho o de valoración probatoria ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba el alcance demostrativo que la ley no le reconoce, o le niega el que ésta le fija. Pero para que tal yerro se pueda configurar en casación, es indispensable, según lo tiene repetido la doctrina, que en la demanda que funda el recurrente se señalen en primer término las normas o preceptos que determinan el mérito del medio o medios de juicio sobre los cuales versa la tacha, y, en segundo que se citen los preceptos sustanciales indirectamente infringidos, pues a la violación de éstos no se llega sino por la transgresión directa de aquellas". (Juicio de Elia María Sánchez contra Lastenia Valdés de Romero y otros).

La acusación cita como directamente infringidos los artículos 399 del C. C. y 6o. de la ley 45 de 1.936, que no son de valoración probatoria, como lo ha dicho la Corte; y con lo cual ha quedado prácticamente sin base la acusación por el aspecto indicado.

Por otra parte, no puede perderse de vista que el sentenciador, después de hacer un análisis y estudio detenido del acervo probatorio llegó a la conclusión de que no había, a pesar de numeroso grupo de testigos llamados a prestar declaración, plena prueba acerca de los hechos que, de acuerdo con la ley, constituirían la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Campo Elías Calderón en relación con Campo Elías Aldana. Y como ese poder de apreciación y de valoración probatoria corresponde autonómicamente al Tribunal de Instancia, no podría la Corte entrar a modificar dicha apreciación, porque la interpretación y valoración del Tribunal no peca contra la evidencia, ni es en modo alguno arbitraria.

Sobre este particular dijo la Corte en sentencia de casación dentro del juicio de filiación de Lyllan Rojas o Ayerbe y otros contra el Municipio de Pitalito y otros, en el presente año, lo siguiente:

"Apreciar las calidades de responsividad, exactitud y cabalidad de las declaraciones de los testigos, es tarea que compete al juzgador de instancia, como llamado a decidir la controversia; y en cuanto tales calidades se constituyen por elementos de hecho, es claro que el concepto que él se forme de ellas es intocable en casación, mientras no resulte convicto de arbitrariedad evidente".

Y en relación con la prueba testimonial respecto de la posesión notoria del estado civil de hijo natural, la Corte, en sentencia de 1.963, dictada en juicio de Inés Ricaurte contra María Luisa Rodríguez v. de Ricaurte, y reiterada en la sentencia antes referida, se expresó así:

"Si con respecto a la posesión notoria del estado de hijo manda el artículo 399 del Código Civil que se pruebe 'por un conjunto de testimonios fidedignos, que la establezcan de modo irrefragable', ello significa que la tarea ponderativa no está confiada al recurso de casación, extraordinario y estricto, sino a la cordura y perspicacia del juzgador de instancia. Porque no es otro el invitado legalmente a calificar la fe que le merezcan los testimonios, no aisladamente, uno por uno, que eso no sería conjunto, sino compenetrados los unos con los otros hasta integrar convicción afirmativa o negativa para acogerlos o rechazarlos dentro de su conciencia y proveer en conformidad.

"Es bastante, entonces, para que el juicio del sentenciador no admita censura en casación, que no descienda, según viene dicho, a la arbitrariedad, por situarse ostensiblemente por fuera de lo razonable, aunque se pueda ensayar otro análisis de los medios, más severo o sutil, mejor o más jurídico en sentir de la crítica. Aun en el supuesto de que el nuevo examen condujese a vacilaciones más o menos intensas, no dejaría de ser obvio que la ruptura del fallo acusado ha de fundarse en la certeza contraria, nunca en la duda".

El Tribunal, en el caso presente, y como se ha dicho antes, hizo un estudio y análisis del material probatorio consistente en la prueba testimonial, y de la ponderación de esa prueba no encontró que se hubieran demostrado los hechos que, en sentir de la ley, constituyen la posesión notoria del estado civil de hijo natural. Y como esa apreciación no constituye en manera alguna una sinrazón o arbitrariedad en el criterio con que el sentenciador apreció el valor probatorio de los testimonios, es claro que en casación no pueda romperse la sentencia porque el recurrente tenga un criterio distinto, pues en tal caso se trataría de contraponer al criterio del juez de segunda instancia, el criterio personal de las partes; y es evidente que en esa contraposición debe prevalecer el modo de apreciación del sentenciador, cuando -como en el caso presente- se ha procedido dentro de los principios antes indicados.

El cargo no prospera.

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 catorce (14) de agosto de

mil novecientos sesenta y tres (1.963), proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el proceso al Tribunal de su procedencia.

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

LEGITIMACION IPSO JURE

No hay incongruencia cuando el fallador decide en consonancia con la interpretación dada a las súplicas de la demanda. Legitimación ipso jure que el matrimonio posterior de los padres produce en favor de los hijos nacidos antes del mismo. Efectos de la sentencia de filiación natural. La Declaración de Renta y Patrimonio como prueba de la filiación natural. Reconocimiento tácito de las copias de dicho documento constantivo de una confesión de paternidad, y alcance de la tacha de las firmas de los testimonios adjuntos, cuando se hace valedera ante el Ministerio de Hacienda.

1. Habiendo interpretado el sentenciador la demanda en el sentido de que la acción principal instaurada en ella no es la de filiación natural sino la de legitimación de los actores por el subsiguiente matrimonio de sus padres, y conteniendo la parte resolutiva del fallo una decisión en consonancia con dichas súplicas, como es la de declarar que los actores son hijos legitimados por el matrimonio posterior de sus pretensos padres, con las consecuenciales de rigor en eventos como el presente, no puede decirse que haya incongruencia, porque, como es sabido, esta ocurre cuando hay desacuerdo entre las súplicas de la demanda y la parte resolutiva de la sentencia, que para el caso, conforme al planteamiento de la censura, sería por haber resuelto el Tribunal sobre un punto ajeno o no propuesto en la demanda, *extra petita*, que lo sería la petición de legitimación de los demandantes por el subsiguiente matrimonio de sus padres, evento que no se da, por que el Tribunal, con la interpretación de la demanda encontró que la acción planteada era la de legitimación y no la de filiación natural de los demandantes.

2. Si en el caso de que se trata, la demanda invocara como *causa petendi* solamente las relaciones sexuales, estables y notorias entre los supuestos padres, la posesión notoria de hijos naturales de parte de los demandantes, y la confesión inequívoca de paternidad que hizo aquel en varios documentos de ser estos sus hijos, no quedaría duda alguna de que la acción instaurada era la de filiación natural, y de que al sentenciador no le era dado interpretar la demanda, porque los hechos, las súplicas y las normas de derecho no configuraban ni podían configurar otra.

Pero expuesto en uno de los hechos de la demanda que los presuntos padres de los demandantes contrajeron matrimonio posteriormente, el sentenciador, dentro de las consecuencias que este hecho encierra no solo para los hijos reconocidos como naturales por el padre antes de contraer matrimonio con la madre de los mismos, sino para los que tienen derecho a pedir la declaración judicial de paternidad, no podía estimar que la acción incoada en la demanda fuera simplemente la de filiación natural sino la de

legitimación *ipso jure*, que lleva consigo el matrimonio de los padres en tales circunstancias, ya que este evento había convertido en legítima la filiación natural de los concebidos y reconocidos en las condiciones señaladas en el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

A esta interpretación lleva la búsqueda de la efectividad y realidad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, que es la finalidad perseguida en los juicios, como claramente se lo prescribe el artículo 472 del C. de P. Civil a los funcionarios del orden judicial en el pronunciamiento de las decisiones que profieran. Y tratándose de un estado civil, cuya definición es de orden público, era indispensable con todos los elementos de la demanda, encontrar en ella no el que ya no tenía vigencia, sino el que planteaba el matrimonio posterior de los padres de los actores.

"Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que a lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender al tenor literal de aquellas piezas, cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan (Casación de 18 de noviembre de 1.937. G. J. T. 45 Pág. 844).

En sentencia de casación de 14 de diciembre de 1.960 (T. 94. Pág. 134), puede verse el pronunciamiento de la Corte, por primera vez, sobre legitimación *ipso jure* que el matrimonio posterior de los padres produce en favor de los hijos que tienen derecho a pedir la declaración de filiación natural por las causales consagradas en la ley 45 de 1.936.

De lo allí expuesto se concluye que, si respecto de los hijos procreados por quienes al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí pero favorecidos con alguna o algunas de las causales legales para obtener la declaración de filiación natural, el matrimonio subsiguiente de sus padres les produce *ipso jure* el beneficio de la legitimación, la demanda en que, con respaldo en las causales de filiación natural y el matrimonio dicho, se pida la declaración de filiación natural, lógica y jurídicamente ha de interpretarla el juzgador como de legitimación para armonizar los efectos del matrimonio de los padres con el estado civil que para los hijos lleva consigo ese hecho trascendental en la vida familiar y social, cual es el mejorar el estado de hijos naturales con el de hijos legitimados "iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio" (Art. 2345 del C. C.).

En la interpretación como demanda de legitimación de la formulada por hijos que piden la declaración de paternidad natural respecto del padre que contrajo matrimonio con la madre de los mismos, asiste la misma razón por la cual los Tribunales en los libelos en que se impetraba la declaración de nulidad absoluta de los contratos simulados los interpretaron como de simulación o prevalencia, sin que ello implicara violación directa de las normas sustantivas invocadas en la demanda. Con mayor razón en el caso *sub lite* sobre el cual apenas ha iniciado su pronunciamiento la doctrina jurisprudencial acerca de la aplicación de las normas de legitimación a los eventos traídos por la ley 45 de 1.936 al consagrar la investigación de la paternidad vedada en la legislación anterior.

3. La jurisprudencia de manera constante ha sostenido desde el fallo de casación de 1o. de octubre de 1.945, en aplicación de los artículos

7o., 401, 403, 404 y 17 del Código Civil: 1o. Que la acción de paternidad natural solo produce efectos absolutos *erga omnes*, cuando se edelanta entre legítimos contradictores, que lo son el padre y el hijo. 2o. Que, cuando muerto el padre, se sigue contra los herederos de éste, el fallo solamente produce efectos relativos, o sea, contra las personas que han intervenido en el juicio. Pero no se ha aceptado que en este segundo evento sea indispensable la intervención de todos los herederos del presunto padre, porque "la legitimidad del interés de uno, no está previamente subordinada a la de los demás, y el fallo bien puede pronunciarse con efectos limitados a quien o quienes debidamente la acreditan" (T. 76, 271). Quiere decir esto que en el supuesto contemplado los herederos no forman un litisconsorcio necesario que implique el llamamiento de todos ellos, sino simplemente voluntario, para obtener una sentencia que produzca efectos contra los herederos a fin de evitar la multiplicación de litigios.

4. La observación de que la copia de las declaraciones de renta en las cuales el contribuyente denuncia con la certificación jurada de dos testigos y su propio juramento que en los años a que esos documentos se refieren ha tenido a su cargo y sostenido a sus hijos (hoy demandantes en esta acción) no constituyen confesión inequívoca de paternidad, porque en ellas no se dice que los relacionados fueron habidos en su unión con quien posteriormente contrajo matrimonio, carece de todo valor, ya que el ordinal 3o. del artículo 4o. de la ley 45, al darle valor de medio presuntivo de filiación natural a una "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad", no exige tal requisito. Al contrario, la misma ley ha querido que, cuando uno de los padres hace el reconocimiento debe omitirse el nombre del otro, como lo dice el artículo 2o. ibídem respecto del reconocimiento voluntario, y porque siendo la confesión inequívoca una prueba para obtener la declaración judicial de paternidad, dentro del juicio respectivo obrarán los medios de identificación, como ocurre en este, donde el Tribunal ha encontrado la prueba al respecto que no ha recibido objeción alguna.

5. Sobre la tacha de que las copias de la declaración de renta y patrimonio no son documentos auténticos, porque no provienen de funcionario público sino del contribuyente, que no los reconoció, se debe anotar que, al hablar el inciso 3o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936 de "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad", se refiere, principalmente, a documentos privados, ya que las cartas tienen esta condición de conformidad con lo preceptuado por los artículos 1763 del C. Civil y 38 de la Constitución Nacional. Si la confesión inequívoca de paternidad se hiciera en documento otorgado ante funcionario público distinto del que contempla el artículo 2o. de la ley 45, constituiría un caso de confesión de paternidad diferente del que puede hacerse en cartas u otros documentos privados.

Tampoco exige la ley que el documento privado que contiene dicha confesión sea reconocido expresamente por el presunto padre, porque, destinado como está a que pueda obrar en juicio de filiación natural, siendo

imposible el reconocimiento expreso cuando la acción se sigue contra los herederos del presunto padre, queda el tácito o alguno de los otros que consagra la ley de procedimiento civil.

6. La tacha en cuanto a las firmas de los testimonios adjuntas a las declaraciones de renta, sería valedera ante el Ministerio de Hacienda para los efectos de la exención del impuesto, pero no con la confesión de paternidad que depende exclusivamente del padre que la hace, no de los testigos, que solamente certifican que el declarante sostuvo a los que reconoce como hijos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, julio veintidós de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Ante el Juzgado 5o. Civil del Circuito de Bogotá, Raúl Humberto, Héctor Jaime, Octavio y Graciela Morales Alvarado demandaron a Obdulia Morales de León para que por los trámites del juicio ordinario, se declarara lo siguiente:

"Primero. Que los demandantes ..... son hijos naturales del señor Octavio Morales Avila, ya fallecido.

"Segundo. Que los mismos demandantes son herederos del señor Octavio Morales, y tienen título hereditario superior al que se le reconoció a la demandada en el juicio de sucesión de dicho causante".

Los hechos en que se funda la demanda se resumen así:

Entre Octavio Morales Avila y Emma Alvarado existieron "relaciones de amor, estables y notorias" desde el año de 1.930, aproximadamente hasta 1.947.

Dentro de la vida común, que presentó las características de un matrimonio ejemplar, Morales Avila y la Alvarado procrearon a sus hijos Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela, los cuales fueron bautizados como legítimos con el conocimiento y aceptación de ambas partes.

Morales Avila los trató siempre como hijos; vivió en la propia casa con Emma Alvarado y con ellos, atendió a la subsistencia, vestido, educación y necesidades de todos; "les daba pública y privadamente el tratamiento de hijos, en la casa, en el almacén de mercancías que allí poseía, en sus relaciones de comercio y de sociedad, ante los parientes, los amigos y los vecinos". En razón de tal tratamiento, todas estas personas tenían a los demandantes como hijos de Octavio Morales y Emma Alvarado. "En cartas privadas de Morales Avila" en las actas de matrículas de colegios donde educaban a sus hijos, y en documentos públicos de declaraciones sobre renta y patrimonio ante la Administración de Hacienda Nacional consta, bajo la garantía de su firma, que Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela, son hijos suyos.

Morales Avila contrajo posteriormente matrimonio eclesiástico con Emma Alvarado, el 8 de febrero de 1.947, "revalidando así moral y espiritualmente, su bien avenido hogar".

Durante veintitisiete años transcurridos hasta su fallecimiento, que ocurrió el 5 de febrero de 1.957, Morales Avila cumplió con todos sus deberes de padre ejemplar.

La viuda y los hijos adelantaron el juicio de sucesión en el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Bogotá, en el cual, cuando se había hecho el inventario y avalúo de bienes, se presentó Obdulia Morales Avila de León y pidió y obtuvo su reconocimiento de heredera como hermana del causante, "con exclusión de los herederos reconocidos en el juicio, o sean, Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales Alvarado".

"Por estos motivos los hijos del causante se han visto obligados a instaurar el presente juicio de filiación y herencia. Como hijos, tienen mejor derecho a suceder que la hermana del extinto".

El apoderado de la demandada no contestó el traslado sino que se limitó a proponer las excepciones dilatorias de inepta demanda e ilegitimidad de la personería de la parte demandante, que fueron desechadas.

El juicio en su primer grado fue decidido por el Juzgado del conocimiento en sentencia de veintisiete de junio de mil novecientos sesenta y uno, en que se declaró: 1o. Que los demandantes Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales Alvarado son hijos naturales de Octavio Morales Avila, muerto el 5 de febrero de 1.957. 2o. Que los cuatro demandantes en la calidad que se les reconoce son herederos de Octavio Morales Avila, con exclusión de la demandada Obdulia Morales Avila, reconocida heredera del mismo como hermana legítima, "por tener aquellos mejor derecho que ésta a recoger la herencia de su padre".

El Tribunal Superior de Bogotá resolvió la alzada en que acudieron ambas partes, por sentencia de veinte de noviembre de mil novecientos sesenta y uno en estos términos:

"1o. Declárase a los demandantes Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales Alvarado, como hijos legitimados, por subsiguiente matrimonio de sus padres Octavio Morales Avila y Emma Alvarado, fallecido el primero, y vecina, la segunda, de esta ciudad.

"2o. Declárase que los expresados demandantes Morales Alvarado, en la condición de legitimados que se les reconoce, son herederos de su padre Octavio Morales Avila, con mejor derecho a sucederle que el invocado por doña Obdulia Morales Avila de León, en su calidad de hermana legítima de don Octavio Morales Avila.

"3o. Las costas del juicio son de cargo de la demandada".

MOTIVACION DEL FALLO DEL TRIBUNAL

El sentenciador se ocupa, en primer término, del presupuesto procesal de demanda en forma que el vocero de la demandada considera insatisfecho en el proceso, por cuanto no fue citada también al juicio Emma Alvarado v. de Morales, a quien como heredera reconocida le correspondía también representar a la sucesión del pretendido padre tanto en la acción de filiación como en la de petición de herencia.

Al respecto observa el Tribunal que, cuando la acción se traba entre legítimos contradictores, que lo son el hijo contra el padre o el padre contra el hijo, el fallo tiene efectos generales o contra todos; y cuando se establece la con-

troversia entre herederos del padre, fallecido antes o después de notificarse la demanda, la decisión declarativa de estado y la consecuencial para reclamar derechos hereditarios "solo produce efectos relativos respecto de quienes intervinieron en el juicio".

A la tacha del mismo presupuesto, proveniente de que los actores carecían de acción en razón de que, apareciendo en las actas de nacimiento como hijos legítimos, a la acción declarativa de hijos naturales debía proceder la de rectificación de la aparente legitimidad, advierte el Tribunal que el estado de hijo legítimo es el resultado necesario de la comprobación del matrimonio de los padres y del nacimiento de aquel; que por falta de la primera, no pudieron ser reconocidos los demandantes como hijos legítimos de Octavio Morales Avila, y que, si no tienen dicho estado, es inaceptable pretender su desconocimiento previo para poder luego ejercitar la acción declarativa de filiación natural.

Transcribe los términos en que se proponen la acción de filiación y la de petición de herencia, y encuentra que antes de entrar en el análisis de la prueba con que han podido acreditarse las causales en que se funda la primera, "corresponde establecer, frente a los supuestos de hecho en que se apoya la demanda la viabilidad o procedencia de la misma".

Estima la sentencia que el estado de hijo natural que reconoce el artículo 1o. de la ley 45 de 1.936 "cuando ha sido reconocido o declarado con arreglo a lo dispuesto" en ella, no es ni puede ser definitivo o permanente; "desaparece y cambia por otro superior, el de hijo legitimado, que los hace iguales en todo a los concebidos en matrimonio" a virtud del posterior matrimonio de sus padres, según lo previsto por el artículo 245 del C. C. Luego, al concurrir respecto de una misma persona, las condiciones o supuestos que le confieren la calidad de hijo natural, con el hecho del posterior matrimonio de sus padres, lo que procede no es, ciertamente, la declaración de tal estado, sino la de hijo legitimado en que lo transformó el supuesto matrimonio".

Copia en seguida los apartes de una sentencia proferida por el mismo Tribunal en juicio de legitimación de un hijo declarado natural por posesión notoria de dicho estado, en la cual, en relación con la legitimación ipso jure producida por el subsiguiente matrimonio respecto de los hijos que "uno y otro hayan reconocido como hijos naturales de ambos, con los requisitos legales", expuso:

"Estima sin embargo este Tribunal, que a partir de la vigencia de la ley 45 de 1.936, que agregó al medio del reconocimiento voluntario que consagraba la anterior legislación, el del fallo judicial constitutivo del estado de hijo natural, virtual y lógicamente se produjo para cada uno de los dos casos un nuevo modo de legitimación, a saber: ipso jure, para quien antes del matrimonio de sus padres obtuvo un fallo judicial constitutivo de estado de hijo natural; y por declaración judicial posterior a dicho matrimonio, cuando se invoca y comprueba alguna de las causales que en el nuevo sistema de la ley 45 sirven para adquirir ese estado civil de hijo natural.

"La exactitud del nuevo modo de legitimación ipso jure por obra del fallo anterior constitutivo del estado de hijo natural, es manifiesta: porque si en el sistema del Código, es el reconocimiento voluntario anterior del hijo natural lo que da al matrimonio virtud suficiente para determinar la legitimación ipso jure, no se comprende por qué la adquisición del mismo estado por fallo judicial podría quitarle aquel efecto.

"Y es también lógico e irrebatible el otro medio de legitimación por fallo judicial pronunciado con fundamento en alguna o algunas de las causales que sirven para la adquisición del estado de hijo natural: Porque si, solteros los padres, se reconoce al hijo el derecho de obtener el estado civil de natural mediante declaración de juez, tan absurdo resultaría desconocerle esa misma facultad de investigación por el hecho de haberse unido ellos en matrimonio, como aceptarla para solo la adquisición del estado de hijo natural, y cuya coexistencia es incompatible con la del matrimonio de los padres, que virtual y forzosamente debe conducir al estado de legitimación".

De estas premisas infiere la sentencia que después de celebrado el matrimonio de los padres, no es ya procedente la declaración de hijo natural para el procreado por ellos antes de dicho matrimonio; y que en el evento de que la demanda solo se dirija a obtener dicha declaración, como en el caso aquí contemplado, si se demuestra alguna de las causales establecidas por la ley para tal efecto, "puede hacerse la que corresponde a la de hijo legitimado que dicho matrimonio determina".

Al efecto cita la doctrina de dos fallos de la Corte, en el primero de los cuales se fija el alcance interpretativo de la demanda no exclusivamente en relación con los términos "más o menos adecuados" de la parte petitoria, sino que ha de hacerse en forma global "y en correspondencia con los fundamentos de hecho y de derecho en que se haya hecho reposar"; y en el otro, acepta la Corte que ante la imposibilidad de considerar la acción en los términos propuestos en el libelo, el juzgador debe examinar "la verdadera intención de la demanda, revelada en sus peticiones y en los hechos propuestos para fundarlas, más que en la denominación que se le diera a la acción y en las disposiciones civiles invocadas. La cita de los preceptos legales con que se pretende respaldar un derecho puede ser equivocada; pero si el derecho en realidad existe bajo otra denominación, y las circunstancias de hecho necesarias para configurarlo han quedado planteadas en la demanda, ello obliga al juzgador a entrar en su examen a efecto de definir".

Y continúa el Tribunal: "De acuerdo con estas ideas, no cabe duda de que a través de la función interpretativa de la demanda, la aquí propuesta debe entenderse y decidirse como de legitimación, más bien que como de simple filiación natural que indican los términos o vocablos de que se vale, porque dados los fundamentos de hecho sobre los cuales aparece estructurada, y que en concreto se reducen a los que con el matrimonio de los padres, determinan la declaración de filiación natural de conformidad con lo establecido por la ley 45 de 1.936, claramente aparece la intención de los actores de obtener el reconocimiento del estado civil que por virtud de tales fundamentos les corresponde en relación con el pretenso padre, don Octavio Morales Avila, a efecto de sucederle; y si este es el fin manifiesto que la demanda revela, entonces lo pertinente no es ciertamente el desestimarla por simple error en la entidad jurídica del estado civil a que la refirieron, y que apenas comienza a evidenciarse en el concepto jurisprudencial de la doctrina, sino ajustar su contenido a esa intención, a fin de resolver en definitiva sobre el que en realidad puede conformar los hechos que se aducen, y sobre las consecuencias que del mismo han de derivarse".

Pasa luego a ocuparse de las causales invocadas para la declaración de paternidad, objeto de la demanda, que son las relaciones sexuales estables y notorias entre la madre y el presunto padre, la posesión notoria del estado de hijos, y la confesión inequívoca de paternidad hecha por el pretendido padre en

cartas y otros documentos. De estas causales el Tribunal considera suficiente la última para concluir procedente la declaración de paternidad impetrada.

Al efecto examina las declaraciones de renta y patrimonio correspondientes a los años de 1.948, 1.949, 1.950, 1.951 y 1.952, presentadas por Octavio Morales, en las cuales denuncia que ha tenido a su cargo y sostenido a sus menores hijos, Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales; las de 1.953 y 1.954 en que les asigna el mismo carácter a los tres últimos, quizá porque para entonces Octavio, nacido en 1.932, ya había cumplido la mayor edad, y la de 1.955 en que solo menciona a sus hijos estudiantes Héctor Jaime y Graciela, posiblemente debido a que Raúl Humberto ya no dependía económicamente del padre. A estos documentos, en los cuales halla el sentenciador una confesión inequívoca de paternidad, se repite para 'mi hijo Raúl Humberto' en dos tarjetas para los superiores del colegio donde éste estudiaba; y para mi 'hijo Octavio Morales Alvarado' en carta para el Banco del Comercio, por la cual lo autoriza para el manejo de su cuenta corriente.

Como la parte demandada ha objetado que los demandantes no aparecen identificados como hijos de Emma Alvarado, lo cual no permite tener la confesión como inequívoca respecto de ellos, observa el Tribunal que la falta de identificación no hace dudosa ni le quita a la confesión de paternidad el carácter de inequívoca, única exigencia de la ley, sino que en tal supuesto al demandante le quedaba proponer la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería para que los demandantes se identificaran o demostrar dentro del juicio que era otra la persona llamada a responder por las acciones propuestas en el libelo, actuaciones que no registra el expediente.

Además, esta calidad la encuentra acreditada el sentenciador en la vida común que llevaban Octavio Morales y Emma Alvarado junto con sus hijos, no solo con el dicho de varios testimonios sino con el de la misma demandada al contestar la quinta pregunta de las posiciones que absolvió: "'ellos (los dos padres y sus hijos) vivían en el Barrio Restrepo y yo en el Barrio Santander'"; con las partidas de bautizo en que se hizo figurar a los hijos como comunes de Morales Avila y Alvarado; la carta del padre de Octavio para Emma, de abril de 1.938, en que le envía caricias a los tres nietecitos, habidos hasta entonces, y habla de que su hijo Octavio unió su suerte felizmente a la de Emma hace varios años; dos cartas de Octavio para Emma de 1.940 y 1.949 en que le dice que los chinos la piensan mucho y la saludan; el certificado de matrícula por Octavio de su hijo Héctor Jaime Morales Alvarado, y el mismo hecho del matrimonio con la madre de los demandantes.

Así admite demostrados los dos extremos que en concepto del legislador determinan la legitimación: ser los demandantes hijos concebidos y nacidos de la unión extramatrimonial de Octavio Morales Avila y Emma Alvarado, "establecida respecto del primero por confesión inequívoca hecha por él en los términos previstos por la causal 3a. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, y con las correspondientes partidas de nacimiento respecto de la madre"; y haber contraído matrimonio posteriormente los padres. Finalmente, el reconocimiento de herederos es una consecuencia obligada del estado civil de legitimados que se les debe reconocer, para que las pretensiones de la demanda se resuelvan de conformidad.

RECURSO DE CASACION

El apoderado de la parte demandada trajo el proceso a la Corte en recurso extraordidario de casación que fundó en demanda que contiene un cargo por la causal 2a. del artículo 520 del C. Judicial y tres con respaldo en la causal 1a.

La parte opositora replicó en tiempo.

Primer cargo.

Lo enuncia así: "Causal 2a. No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes".

Con el intento de demostrar su aserto, el impugnante expone razonamientos que se pueden compendiar de este modo:

Apreciada la demanda en conjuto es evidente que de los hechos 1o. a 6o. de la petición 1a. y de los fundamentos de derecho "la acción ejercitada en el libelo es simplemente la de filiación natural, regulada por la ley 45 de 1.936".

A pesar de su tenor claro y del pensamiento preciso del autor, el Tribunal, sin ser necesario, apartándose de principios elementales de hermenéutica procesal, entró a interpretar la demanda hasta el punto de encontrar en ella una acción de legitimación no propuesta, desechando, en cambio, la de filiación natural estructurada en las peticiones, los hechos y los fundamentos de derecho.

Transcribe el paso de la sentencia en que el Tribunal con respaldo en doctrinas de la Corte sobre la facultad interpretativa que de la demanda tiene el sentenciador, halla en los fundamentos que constituyen los hechos de la filiación natural de los demandantes y el matrimonio subsiguiente de los padres, que la intención de los actores es la de obtener el reconocimiento del estado civil que, en razón de tales fundamentos, les corresponde en relación con su pretendido padre Octavio Morales con el fin de sucederle, y que no es otro que el de hijos legitimados.

Prosigue el acusador diciendo que este razonamiento equivocado llevó a declarar en el ordinal 1o. de la parte resolutiva de la sentencia que los demandantes son hijos legitimados de Morales Avila y Alvarado de Morales por subsiguiente matrimonio de estos.

Así el Tribunal extralimitó el alcance de la demanda para fallar ultra y extra petita no reconociendo la acción propuesta sino la de legitimación, no configurada en los hechos de la demanda, y ni siquiera planteada posteriormente en los alegatos de la parte actora.

El Tribunal al proceder así, olvidó el artículo 593 del C. Judicial, que dispone fundar toda decisión judicial en materia civil sobre los hechos conducentes de la demanda y de la defensa demostrados por alguno de los medios reconocidos en la tarifa legal, y el precepto constitucional desarrollado por aquella norma procesal, de que "nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le impute ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

El Tribunal, obrando abiertamente contra estas normas, decidió sobre una acción de legitimación por subsiguiente matrimonio, no propuesta, y se abstuvo de hacerlo sobre la filiación natural, que es la configurada.

Los artículos 236 a 240 del C. Civil y 52 de la ley 153 de 1.887 regula la legitimación por subsiguiente matrimonio y son diferentes de los de la ley 45 de 1.936.

Cada acción tiene sus presupuestos propios y diferentes.

Si se observa la demanda, no se advierte en ella ningún hecho configurativo de la legitimación por subsiguiente matrimonio, sino la de simple filiación natural; de modo que declarada probada aquella, el Tribunal falló sobre un punto extraño a la demanda.

LA CORTE CONSIDERA:

Habiendo interpretado el sentenciador la demanda en el sentido de que la acción principal instaurada en ella no es la de filiación natural sino la de legitimación de los actores por el subsiguiente matrimonio de sus padres, Octavio Morales Avila y Emma Alvarado, y conteniendo la parte resolutiva del fallo una decisión en consonancia con dichas súplicas, como es la de declarar que los actores son hijos legitimados por el matrimonio posterior de sus pretensos padres, con la consecuencia de declarar también que son herederos de Octavio Morales Avila con mejor derecho que la demandada Obdulia Morales Avila de León, no puede decirse que haya incongruencia, porque, como es sabido, esta ocurre cuando hay desacuerdo entre las súplicas de la demanda y la parte resolutiva de la sentencia, que para el caso, conforme al planteamiento de la censura, sería por haber resuelto el Tribunal sobre un punto ajeno o no propuesto en la demanda, extra petito, que lo sería la petición de legitimación de los demandantes por el subsiguiente matrimonio de sus padres, evento que no se da, porque el Tribunal, con la interpretación de la demanda encontró que la acción planteada era la de legitimación y no lo de filiación natural de los demandantes Morales Alvarado.

La censura de incongruencia no prospera.

Segundo, tercero y cuarto cargos.

Con la denominación de primer motivo, impugna la sentencia de haber violado directamente la ley sustantiva, "por falta de aplicación de los artículos 2o., 4o., 5o. y 6o. de la ley 45 de 1.936; y ...por indebida aplicación e interpretación de los artículos 236, 237, 238 y 239 del Código Civil, del artículo 52 de la ley 153 de 1.887".

En el desarrollo de esta censura, cita el paso de una sentencia de la Corte que trata de los eventos en los cuales el sentenciador, en la interpretación de la demanda, puede incurrir en errores de hecho y de derecho, y en violación directa proveniente "de equivocación en la tipificación jurídica de la acción intentada, lo cual no se origina en la evidencia externa, sino en el yerro directo sobre las normas legales que deben actuar en la resolución del proceso".

Estima el recurrente que esta doctrina es de exacta aplicación al caso del pleito:

Porque la demanda, según lo expuso en la ficha anterior, apreciada en los hechos, las peticiones y los fundamentos de derecho, configura simplemente la acción de filiación natural de los demandantes respecto del causante Octavio Morales A. y la consecuencial de petición de herencia. "Si el Tribunal hubiera interpretado rectamente el libelo, no habría visto en él, la acción de legitimación por subsiguiente matrimonio que le atribuye. Ese grave error se debió a que hizo una equivocada calificación jurídica de la acción propuesta". Al sentenciador no le es dado salirse de la demanda, que, como pieza fundamental del proceso, contiene en sí todo el material de hecho y de derecho y LAS PETICIONES para fijar el alcance de la cuestión sub judice. Lo que queda fuera de este alcance escapa al litigio.

El fallador sobrepasó los límites de la sujeta materia para ver en el libelo una acción distinta de la propuesta. La simple lectura de él indica que se ejercita la acción de filiación natural. Las peticiones, los hechos 1o. a 7o. y las causales invocadas lo establecen claramente.

Ante esta realidad procesal, era imperioso para el sentenciador atenerse al planteamiento del libelo, sin desplazamiento hacia ningún otro aspecto, y aplicar los artículos 1o. a 6o. de la ley 45 de 1.936, que violó en forma directa por no haberlos aplicado, debido a la equivocada calificación que hizo de la acción instaurada en la demanda.

En cambio, y en razón de la misma equivocada calificación, aplicó los artículos 237 a 239 del C. Civil y 52 de la ley 153 de 1.887, que reconocen el carácter de legitimados a los hijos concebidos fuera de matrimonio y legitimados por el que posteriormente contraen sus padres. Es decir, que el Tribunal dió vigencia indebidamente a normas que no tocaban con la acción propuesta.

Segundo motivo. Impugna la sentencia por cuanto el Tribunal erró de hecho en la apreciación de la demanda, del poder conferido por los actores al abogado que los ha representado en el juicio, y del acto de reconocimiento de Emma Alvarado como heredera de Octavio Morales, y violó indirectamente los artículos 606, 607 y 632 del C. Judicial, 403 y 404 del C. Civil.

Para fundar el cargo cita los siguientes documentos:

Los poderes que los cuatro actores dieron a su abogado para adelantar juicio ordinario "contra la Sra. Obdulia Morales A. de León" a fin de obtener en favor de cada uno de ellos el reconocimiento de hijo natural de Octavio Morales y el de heredero del mismo con exclusión de la demandada.

La demanda, que se dirige personalmente contra Obdulia Morales de León y no en la condición de representante o heredera de Octavio Morales, como fue reconocida en auto de 10 de febrero de 1.959 por el Tribunal Superior de Bogotá.

La copia de la providencia de 16 de junio de 1.958 dictada por el juzgado 4o. Civil del Circuito de Bogotá en que Emma Alvarado fue reconocida heredera de Octavio Morales Avila.

Comenta el recurrente que de conformidad con lo preceptuado por los artículos 403 y 404 del C. Civil, la acción de filiación natural propuesta en la demanda ha debido seguirse contra legítimo contradictor que, para el caso, lo eran Emma Alvarado v. de Morales y Obdulia Morales de León. Pero "ni del poder ni

del libelo resulta configurada la situación de legítimo contradictor, por parte de la demandada, pues a ésta únicamente se le citó en su simple carácter personal".

Esta falla técnica no puede subsanarse en forma alguna.

El Tribunal erró en la apreciación de los documentos citados viendo un hecho que no aparece establecido, o sea, que a Obdulia Morales se le demandaba como heredera del causante Octavio Morales "cuando la evidencia muestra claramente que solo se le demandó personalmente"; y que el libelo no se dirigió "contra Emma Alvarado v. de Morales, heredera también de Octavio Morales".

Este error llevó al sentenciador a violar las normas citadas en los códigos judicial y civil, pues las últimas fueron aplicadas indebidamente, toda vez que la cuestión de hecho no daba lugar a ello.

Tercer motivo. Tacha la sentencia de haber cometido el Tribunal "error de derecho en la apreciación de las declaraciones de renta y patrimonio de Morales A. correspondientes a los años de 1.948, 1.950, 1.951, 1.952", de las tarjetas para los superiores del colegio donde estudiaba Raúl Humberto; de la carta dirigida al Banco del Comercio en que autoriza a Octavio Morales para el manejo de su cuenta corriente; las declaraciones de los varios testigos traídos al juicio, las posiciones absueltas por la demandada; las partidas de bautizo de los demandantes; la carta de Otavio Morales A. para Emma Alvarado de abril de 1.938; y el certificado de matrícula de Héctor Jaime Morales; y la partida de matrimonio de Otavio Morales con Emma Alvarado;..... a consecuencia del cual se violaron las siguientes normas sustantivas: "artículos 604, 606, 632, 637 del Código Judicial; artículos 1762, 1763, 1767, 236, 237, 238, 239 del Código Civil; el artículo 52 de la ley 153 de 1.887 y los artículos 1o., 3o., 4o., 5o., de la ley 45 de 1.936".

La demostración de la tacha referente a la causal acogida por el Tribunal que lo fue la confesión inequívoca de paternidad, pretende hacerla en tres apartes:

a). Las declaraciones de renta y patrimonio dichas no constituyen confesión inequívoca de paternidad, dado que en ellas el declarante Morales no dice que los que relacionan como sus hijos hayan sido habidos de su unión con Emma Alvarado.

Además tales documentos no son auténticos no hacen plena prueba de su contenido, al tenor de los artículos 632 del C. Judicial y 1761 del C. C. No son auténticos, porque no provienen de funcionario público sino del contribuyente, "quien no los reconoció expresamente, sin embargo el Tribunal dió por demostrado el hecho de ser los demandantes las personas a cargo del contribuyente incurriendo en error de derecho en la apreciación de tales documentos.

Tampoco puede decirse que haya confesión inequívoca de parternidad en las cartas dirigidas por Octavio Morales A. a Emma, ni en las tarjetas enviadas a los directores de los colegios y al Banco del Comercio, porque en ninguno de esos documentos tampoco dice Morales Avila que las personas a que ellos aluden sean hijos habidos con Emma Alvarado.

Añade el impugnante que en el escrito de excepciones dilatorias "presentó formal objeción y rechazo" de aquellos documentos, sin que aparezca que los demandantes hayan establecido su autenticidad. Con todo el Tribunal les dió

mérito plenamente probatorio, con lo cual violó los artículos 637, 647 del C. Judicial, 1761 y 1762 del C. Civil.

b) El mismo yerro cometió dándole a las partidas de nacimiento de los actores alcance probatorio de una confesión inequívoca de paternidad por parte de Morales Avila en favor de aquellos, pues dichos documentos no aparecen suscritos por Morales.

Al tenor de los artículos 346 y 347 del C. Civil, el mérito probatorio que pudieran tener esas partidas sería el de que los demandantes son hijos legítimos de Octavio Morales, pero tal reconocimiento no cabe hacerlo, porque en el expediente consta que el matrimonio de morales Avila y Emma Alvarado se celebró con posterioridad al acaecimiento de ellos, y que ni en el acta de matrimonio ni en las de nacimiento consta que el presunto padre los hubiera reconocido como hijos.

"No se puede ser al mismo tiempo hijo natural y legítimo de la misma persona".

c). Tampoco aparece en la partida de matrimonio de Morales Avila con Alvarado de Morales "prueba inequívoca de paternidad", porque no obra en ella ninguna confesión de Morales acerca del estado de hijos que se atribuye a los actores, ni que se les confiera "el beneficio de la legitimidad, como lo dispone el artículo 239 del C. C.

No obstante esto, el Tribunal le dió a esta acta el valor pleno de confesión inequívoca de paternidad que no contiene.

d). Pretende el Tribunal que con las declaraciones de los testigos, cuyos nombres no cita y con la confesión que atribuye a la demandada en posiciones, se completa la prueba de confesión inequívoca de paternidad en pro de los actores.

Aún aceptando que los testigos traídos al juicio hablen de la vida común llevada por Morales Avila y Emma Alvarado, este no es medio adecuado de acreditar la causal 3a. del art. 4o. de la ley 45 de 1.936. Tampoco lo es la confesión que gratuitamente se atribuye a Obdulia Morales de León en las peticiones absueltas por ella.

Como la confesión inequívoca de paternidad requiere la prueba escrita, no puede acreditarse por otros medios. Así lo dispone el artículo 1767 del C. C.

Anota el censor que la demandada solamente aceptó en posiciones el matrimonio de Morales y Alvarado.

"Se tiene así, continúa el recurrente, que el Tribunal erró de derecho al apreciar las declaraciones de testigos y la confesión que le atribuye a la demandada, como plena prueba de confesión inequívoca de paternidad".

El error anotado en los apartes de este motivo de casación llevó al sentenciador a infringir "las siguientes normas sustantivas":

Los artículos 604 y 606 del C. Judicial, que definen la confesión y el alcance probatorio cuando es judicial, 1762, 1763, 1767 del C. Civil, que regulan el mérito de los documentos privados, en cuanto vio y aceptó en las declaraciones de renta y demás documentos citados una confesión inequívoca de paternidad de parte de Morales Avila en favor de los demandantes, cuando esto lo

afirman los testigos que firman con él las declaraciones citadas, actitud que no configura confesión según los términos del artículo 604 del C. Judicial, y cuando los demás documentos tampoco implican dicha confesión, ni la prueba de testigos puede suplir la escrita que exige el artículo 1767 citado.

Asimismo quebrantó el sentenciador como consecuencia del error de derecho los artículos 1o., 2o. y 5o. de la Ley 45 de 1.936, 236, 237, 238, 239 del C. Civil y 52 de la ley 153 de 1.887 por haber aplicado las normas sobre filiación natural al caso de confesión inequívoca de paternidad no probado en autos, y las de legitimación por subsiguiente matrimonio, que no fue propuesta en la demanda ni demostrada en la actuación.

LA CORTE CONSIDERA:

Si la demanda invocara como causa petendi solamente las relaciones sexuales, estables y notorias entre los supuestos padres, Morales Avila y Alvarado, la posesión notoria de hijos naturales de parte de los demandantes, y la confesión inequívoca de paternidad que hizo aquel en varios documentos de ser éstos sus hijos, no quedaría duda alguna de que la acción instaurada era la de filiación natural, y de que al sentenciador no le era dado interpretar la demanda, porque los hechos, las súplicas y las normas de derecho no configuraban ni podían configurar otra.

Pero expuesto además el hecho 7o. a que no alude el recurrente, y que dice: "El señor Octavio Morales Avila contrajo posteriormente matrimonio eclesiástico con la señora Emma Alvarado, el día 8 de febrero de 1.947, revalidando así moral y espiritualmente su bien avenido hogar", el sentenciador, dentro de las consecuencias que este hecho encierra no solo para los hijos reconocidos como naturales por el padre antes de contraer matrimonio con la madre de los mismos, sino para los que tienen derecho a pedir la declaración judicial de paternidad, no podía estimar que la acción incoada en la demanda fuera simplemente la de filiación natural sino la de legitimación ipso jure, que lleva consigo el matrimonio de los padres en tales circunstancias, ya que este evento había convertido en legítima la filiación natural de los concebidos y reconocidos en las condiciones señaladas en el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

A esta interpretación lleva la búsqueda de la efectividad y realidad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva, que es la finalidad perseguida en los juicios, como claramente se lo prescribe el artículo 472 del C. de P. Civil a los funcionarios del orden judicial en el pronunciamiento de las decisiones que profieran. Y tratándose de un estado civil, cuya definición es de orden público, era indispensable con todos los elementos de la demanda, encontrar en ella no el que ya no tenía vigencia, sino el que planteaba el matrimonio posterior de los padres de los actores.

"Conocida claramente la intención de los litigantes, debe estarse a ella más que lo literal de sus palabras. Los jueces han de buscar el verdadero sentido de las pretensiones expuestas por las partes, aunque tengan que desatender el tenor literal de aquellas piezas, cuando traicionan la intención inequívoca de quienes litigan (Casación de 18 de noviembre de 1.937 G. J. T. 45 pág. 844).

En sentencia de casación de 14 de diciembre de 1.960 (T. 94, pág. 134) en la cual por primera vez se pronunció la Corte sobre legitimación ipso jure

que el matrimonio posterior de los padres produce en favor de los hijos que tienen derecho a pedir la declaración de filiación natural por las causales consagradas en la ley 45 de 1.936, dijo en lo pertinente: "Dentro del régimen legal es claro que son legitimados por matrimonio posterior de sus padres los hijos naturales de ambos cónyuges, reconocidos con los requisitos legales. Como es obvio también que el matrimonio de los progenitores no funda por sí solo el reconocimiento como naturales de los hijos que con anterioridad hubiesen procreado juntos, ni menos podrían así aisladamente otorgarles la condición de legitimados.

"Pero es de igual modo incontrovertible que si el reconocimiento de dichos hijos naturales obtenido por cualquiera de las vías hábiles en derecho para la declaración de que ese estado civil fue constituído, el matrimonio de los padres válidamente celebrado será entonces causa eficiente de la legitimación por ministerio del pronunciamiento declarativo de la filiación natural, con la misma virtud y eficacia de la que se produce para los hijos voluntariamente reconocidos por sus padres.

"La declaración judicial de estado se predica para el momento en que fue constituído, y llena sin duda los requisitos de la ley para el reconocimiento de hijos naturales. En este evento por ministerio de la justicia, y, por lo mismo, con plenitud de efectos en el campo de la legitimación según el artículo 238 del Código Civil en cuanto por su letra se revela el espíritu y fines de interés general que la disposición contempla".

Por tanto, si respecto de los hijos procreados por quienes al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí pero favorecidos con alguna o algunas de las causales legales para obtener la declaración de filiación natural, el matrimonio subsiguiente de sus padres les produce ipso jure el beneficio de la legitimación, la demanda en que con respaldo en las causales de filiación natural y el matrimonio dicho, se pida la declaración de filiación natural lógica y jurídicamente ha de interpretarla el juzgador como de legitimación para armonizar los efectos del matrimonio de los padres con el estado civil que para los hijos lleva consigo ese hecho trascendental en la vida familiar y social, cual es el mejorar el estado de hijos naturales con el de hijos legitimados "iguales en todo a los legítimos concebidos en matrimonio." (Art. 2345 del C. C.).

En la interpretatación como demanda de legitimación de la formulada por hijos que piden la declaración de paternidad natural respecto del padre que contrajo matrimonio con la madre de los mismos, asiste la misma razón por la cual los Tribunales en los libelos en que se impetraba la declaración de nulidad absoluta de los contratos simulados los interpretaron como de simulación o prevalencia, sin que ello implicara violación directa de las normas sustantivas invocadas en la demanda. Con mayor razón en el caso sub lite sobre el cual apenas ha iniciado su pronunciamiento la doctrina jurisprudencial acerca de la aplicación de las normas de legitimación a los eventos traídos por la ley 45 de 1.936 al consagrar la investigación de la paternidad, vedada en la legislación anterior.

- II -

Radica el recurrente la censura por error de hecho: 1o. En que el sentenciador estimó que la demanda estaba dirigida contra Obdulia Morales de León

en su condición de heredero de Octavio Morales, no obstante que esta pieza y los poderes de los actores al abogado que los viene representando se refieren a dicha demandada pero en forma personal y directa; 2o. en que el sentenciador no vió la copia del auto por el cual Emma Alvarado v. de Morales fue reconocida heredera en la mortuoria de Octavio Morales Avila para haber negado la demanda en razón de no haberse dirigido contra las dos herederas que constituyen legítimo contradictor.

En el poder que confiere Emma Alvarado de Morales como representante legal de la menor Graciela Morales Alvarado, se lee que lo da para que ésta sea declarada y reconocida hija natural de Octavio Morales "y consecuencialmente heredera de éste con exclusión de la señora Obdulia Morales de León, y se le asignen los bienes de la herencia que le corresponden". (F. 36 C. 1o.).

Más o menos los mismos términos se encuentran en el que otorgan Héctor, Raúl y Octavio Morales (Fols. 37 y 46 ibidem).

En el encabezamiento de la demanda se cita a Obdulia Morales de León, pero la segunda petición, que es consecuencial de la de filiación natural, pretende la declaración de herederos en la sucesión de Morales Avila en favor de los actores con "título de heredero superior al que se le reconoció a la demandada en el juicio de sucesión de dicho causante".

En los hechos 9 y 10 se expone que la viuda y los hijos adelantaron el juicio de sucesión del causante Morales Avila hasta la liquidación del impuesto de asignaciones, estado en el cual se presentó Obdulia Morales de León, solicitó y obtuvo el reconocimiento de heredera como hermana del de cujus "con exclusión de los herederos reconocidos en el juicio, o sean Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales Alvarado". Y agrega el libelo: "11. Por estos motivos, los hijos del causante se han visto obligados a instaurar el presente juicio de filiación y herencia. Como hijos tienen mejor derecho de suceder que la hermana del extinto".

Ante contenido tan expreso y nítido de las piezas citadas por el impugnante de que las súplicas de filiación natural y de petición de herencia se dirigen contra la demandada Morales de León, por cuanto ésta obtuvo en la mortuoria de Morales Avila el reconocimiento como heredera en su calidad de hermana y con exclusión de los demandantes, carece de todo fundamento el cargo por error de hecho proveniente de que el Tribunal entendió que la demanda se dirigía contra Obdulia Morales de León en el carácter de heredera de su hermano Octavio, cuando ni esta pieza ni los poderes mencionan esta circunstancia. Ni un criterio formalista permitiría hacer tal afirmación. Esta la razón por la cual la censura se limitó a citar las piezas que dice no fueron apreciadas, sin hacer un análisis de ellas ni intentar siquiera demostrar el error de hecho evidente.

Con referencia a la acusación de no haber visto la copia del auto en el cual se reconoció a Emma Alvarado v. de Morales como heredera de su cónyuge Octavio Morales Avila, la cual, según el recurrente debía haber sido demandada conjuntamente con Obdulia Morales de León, se tiene:

La jurisprudencia de manera constante ha sostenido desde el fallo de casación de 1o. de octubre de 1.945, en aplicación de los artículos 7o., 401, 403, 404, y 17 del Código Civil: 1o. Que la acción de paternidad natural solo produce efectos absolutos erga omnes, cuando se adelanta entre legítimos contradictores, que lo

son el padre y el hijo. 2o. Que, cuando muerto el padre, se sigue contra los herederos de este, el fallo solamente produce efectos relativos, o sea, contra las personas que han intervenido en el juicio. Pero no se ha aceptado que en este segundo evento sea indispensable la intervención de todos los herederos del presunto padre, porque "la legitimidad del interés de uno, no está previamente subordinada a la de los demás, y el fallo bien puede pronunciarse con efectos limitados a quien o quienes debidamente la acreditan". (T. 76261). Quiere decir esto que en el supuesto contemplado los herederos no forman un litisconsorcio necesario que implique el llamamiento de todos ellos, sino simplemente voluntario, para obtener una sentencia que produzca efectos contra los herederos a fin de evitar la multiplicación de litigios.

En la impugnación del fallo por errores de derecho en la valoración de las pruebas que el tribunal estimó contienen una confesión inequívoca de paternidad, es indispensable observar:

Al respecto tuvo en cuenta el sentenciador la copia de las declaraciones de renta y patrimonio presentadas por Morales Avila, las tarjetas para los superiores del colegio donde estudiaba Raúl, y la carta para el Banco del Comercio.

En las declaraciones de los testigos sobre la vida que llevaban Morales Avila y Emma Alvarado, juntos con sus hijos, en el reconocimiento de este hecho por la demandada en posiciones, la carta del padre de Octavio y las de éste para Emma, el certificado de matrícula de Héctor Jaime y el hecho del mtrimonio, halló la sentencia no una confesión de paternidad, sino medios de identificación de los demandantes como hijos de Emma Alvarado.

La observación de que la copia de las declaraciones de renta en las cuales el contribuyente Morales Avila denuncia con la certificación jurada de dos testigos y su propio juramento que en los años a que esos documentos se refieren ha tenido a su cargo y sostenido a sus hijos Octavio Morales, Raúl Humberto Morales, Héctor Jaime Morales y Graciela Morales, no constituyen confesión inequívoca de paternidad, porque en ellas no se dice que los relacionados fueron habidos en su unión con Emma Alvarado, carece de todo valor, ya que el ordinal 3o. del artículo 4o. de la ley 45, al darle valor de medio presuntivo de filiación natural a una "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad", no exige tal requisito. Al contrario, la misma ley ha querido que, cuando uno de los padres hace el reconocimiento debe omitirse el nombre del otro, como lo dice el artículo 2o. ibidem respecto del reconocimiento voluntario, y porque siendo la confesión inequívoca una prueba para obtener la declaración judicial de paternidad, dentro del juicio respectivo obrarán los medios de identificación, como ocurre en este, donde el Tribunal ha encontrado la prueba al respecto que no ha recibido objeción alguna.

Las mismas observaciones caben a la acusación relacionadas con las tarjetas de Morales Avila para los superiores del colegio donde estudiaba Raúl para excusar la falta de asistencia "a mi hijo Raúl Humberto", y de la carta al Banco del Comercio por la cual autoriza "a mi hijo Octavio Morales Alvarado" para manejar su cuenta corriente.

Sobre la tacha de que las copias de la declaración de renta y patrimoniono son documentos auténticos, por que no provienen de funcionarios públicos sino del contribuyente, que no los reconoció, se debe anotar que, al hablar el citado inciso 3o. de "carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga

una confesión inequívoca de paternidad", se refiere, pricipalmente, a documentos privados, ya que las cartas tienen esta condición de conformidad con lo preceptuado por los artículos 1763 del C. Civil y 38 de la Constitución Nacional. Si la confesión inequívoca de paternidad se hiciera en documento otorgado ante funcionario público distinto del que contempla el artículo 2o. de la ley 45 de 1.936, constituiría un caso de confesión de paternidad diferente del que puede hacerse en cartas u otros documentos privados.

Tampoco exige la ley ley que el documento privado que contiene dicha confesión sea reconocido expresamente por el presunto padre, porque, destinado como está a que pueda obrar en juicio de filiación natural, siendo imposible el reconocimiento expreso cuando la acción se sigue contra los herederos del presunto padre, queda el tácito o alguno de los otros que consagra la ley de procedimiento civil. Aquí se tiene que las declaraciones de renta bajo la firma de Octavio Morales, en las cuales declara bajo la gravedad del juramento ser verdad que sostuvo a sus hijos Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales en los años de 1.948, 1.950, 1.951, 1.952, a los tres últimos en 1.953 y 1.954, y a Héctor Jaime y Graciela en el año de 1.955, no fueron rechazados por la demandada en cuanto a la autenticidad de la firma de Morales Avila, pues las objeciones formuladas en el memorial de excepciones dilatorias se refieren a las partidas de nacimiento, a las cartas y tarjetas y a los documentos aducidos con la demanda suscritos por terceros, "inclusive los testimonios insertos en las declaraciones de renta". Por este aspecto es incuestionable que en lo relacionado con la autenticidad de la firma de Octavio Morales, que es a quien compete exclusivamente la confesión inequívoca de que los actores son sus hijos, hay un reconocimiento tácito de los documentos que la contienen (Art. 645 del C. J.).

La tacha en cuanto a las firmas de los testimonios adjuntas a las declaraciones de renta, sería valedera ante el Ministerio de Hacienda para los efectos de la exención del impuesto, pero no con la confesión de paternidad que depende exclusivamente del padre que la hace, no de los testigos, que solamente certifican que el declarante sostuvo a los que reconoce como hijos. Con todo, los declarantes Alipio Méndez y Antonio Triana Martínez ratificaron haber firmado en la declaración de renta de Octavio Morales correspondiente al año de 1.953 el certificado de que en él sostuvo a sus hijos, los cuatro demandantes. Así resulta además un reconocimiento expreso o ratificación de estos testigos en un documento suficiente por sí solo para respaldar la declaración de paternidad.

Finalmente, el emplear de la declaración de renta del año de 1.948 obró en el juicio de sucesión de Octacio Morales, del cual fue desglosado por auto de vientinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y ocho del juzgado 4o. Civil del Circuito de Bogotá. Como en dicho juicio la demandante Obdulia Morales de León fue reconocida heredera de su finado hermano Octavio Morales Avila, y obtuvo se desconociera a los demandantes su carácter de herederos, por auto de diez de febrero del mismo año, y no se trajo constancia de que aquel documento que contiene la confesión de Morales Avila de que Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales son sus hijos, fuera objetado, resultaría también un reconocimiento tácito por haber obrado en aquel juicio sin observación alguna de la actora.

Tiénese que cada uno de los documentos analizados en que se contiene la confesión inequívoca de paternidad por parte de Octavio Morales respecto de

los cuatro demandantes constituye plena prueba de la filiación impetada según la preceptuado por el artículo 637 del C. J.

El rechazo de las cartas y tarjetas que el Tribunal también acogió como contentivas de una confesión inequívoca de paternidad respecto de Raúl Humberto y de Octavio, y cuya autenticidad no se acreditó, no tiene importancia alguna en el recurso, porque, como está dicho, cada una de las declaraciones de renta citadas constituye por sí sola demostración plena de la causal 3a. de paternidad natural de que trata el artículo 4o. de la ley 45.

La tacha de falsedad de las partidas de nacimiento de los cuatro actores, no fue establecida por el objetante, a cuyo cargo estaba por tratarse de documentos públicos, y específicamente de actas del estado civil, cuya autenticidad y pureza se presumen (Art. 392 C. C.).

En este orden de ideas, la censura por error de derecho en la apreciación de los documentos analizados carece de todo fundamento.

La impugnación consistente en que el Tribunal le dió a la partida de matrimonio mérito en relación con la confesión de paternidad, lo mismo que a las declaraciones de los testigos que hablan de la vida común que hicieron Morales Avila y Emma Alvarado, y a la confesión de la demandada respecto de que éstos vivían con sus hijos en el barrio Restrepo, es totalmente inconducente, pues el sentenciador acogió estos y otros elementos como medios "que acreditan, sin lugar a la menor duda, que los hijos a quienes el señor Morales Avila reconocía en las declaraciones de renta, son precisamente los concebidos por María Emma Alvarado, bautizados luego con los mismos nombres que revelan las declaraciones de renta, y que ahora comparecen como demandantes en este juicio".

Dedúcese que los tres cargos con respaldo en la causal primera no pueden prosperar.

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 de fecha veinte de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio seguido por Octavio, Raúl Humberto, Héctor Jaime y Graciela Morales contra Obdulia Morales de León.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPETENCIA

Factores subjetivo, territorial y de conexión. A quién corresponda la competencia en caso de domicilios distintos, sea el demandado ya un Municipio y un particular, ora dos particulares, o bien, dos o más Municipios conjuntamente. Fuero pasivo de los Municipios. Nulidad. Es un error proferir decisión inhibitoria con base en la falta del presupuesto procesal de la competencia.

I. Como lo enseña el artículo 143 del C. J., la "*competencia* 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". O lo que es lo mismo que respecto de cada juez o tribunal, la competencia es la medida en que puede ejercerse la jurisdicción.

Sabido es que para la determinación de la competencia se ofrecen varios factores: el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el de conexión (arts. 150, 151, 152 y 149 ibid).

El *factor subjetivo* se genera por la calidad de las personas interesadas en el litigio. Así, por razón de este factor, compete a la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, el conocer en una sola instancia, de las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona (art. 40 ibid.; 2o. ley 67 de 1.943), y de las cuestiones que se susciten entre dos o mas departamentos, cuando éstos obren en el campo del derecho privado (art. 36, ord. 3o. C. J.); a los Tribunales Superiores, el conocer en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación o un departamento y en que se traten o controviertan asuntos de la misma especie de derecho (art. 76, ords. 1o. y 2o.); y a los jueces de Circuito entender en primera instancia en los asuntos contenciosos en que sea parte un municipio y en que se ventilen cuestiones también de derecho privado (art. 109, ord. 1o.). Como lo enseña el artículo 151 ibid., la competencia que se determina por la calidad de las partes es improrrogable, salvo disposición en contrario.

El *factor territorial* es resultado de la división que la ley ha hecho del territorio de la República en circunscripciones jurisdiccionales, de manera que dentro de los límites de su respectiva circunscripción territorial pueda un juez ejercer la jurisdicción respecto de determinado asunto, si tiene para ello competencia de conformidad con los otros factores determinativos de la misma. Vale decir que la circunscripción territorial es la base especial de la competencia de los jueces que dentro de ella ejercen jurisdicción, con exclusión de los que la desempeñan en otras circunscripciones; pero que, para determinar a cuál de los jueces de la misma categoría, existentes en distintos

territorios, debe corresponder el conocimiento de un negocio, o sea en cuál de las circunscripciones ha de situarse éste, será necesario con arreglo al art. 152 C. J. hacer esa fijación, ya por el domicilio del demandado, ya por la ubicación de las cosas, ya por cualquiera otra de las circunstancias señaladas por el mismo precepto que se acaba de citar, según los casos. Y así, cuando se trata de acciones personales, por regla general es competente el juez del lugar en que el demandado tiene su domicilio.

El *factor de conexión* estriba en el hecho de existir entre dos o más pretensiones o acciones que, consideradas aisladamente, serían del resorte de jueces distintos, elementos de vinculación tal que el juez competente para entender en una de ellas lo es también, entonces, para conocer de las demás, debidamente acumuladas a la primera. Fenómeno éste que pulsa en el ordenamiento del ordinal 15 del artículo 152, al disponer que "en los juicios que se sigan contra varios demandados es juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante".

2. En el Estado, como en todas sus manifestaciones personificadas por la Carta Fundamental, cuales son la Nación, los Departamentos y los Municipios, se encuentra la base misma del orden público. Por consiguiente, en su beneficio se predica el principio constitucional de que "el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Y puesto que la doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes, del propiomodo que "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes" (4o. y 5o., ley 153 de 1.887), no ha de parecer extraño el criterio de interpretación de la ley que tienda a perfilar institucionalmente el fuero que asiste y debe asistir a los Municipios, para no ser llamados a juicio sino es ante la jurisdicción donde está su sede.

Si por principio de vieja data, el actor debe seguir el foro del demandado, la exigencia se esfuerza a ojos vistas frente a una personificación constitucional arraigada al lugar donde actúa en beneficio común, donde están sus funcionarios y sus recursos.

Por manera que, si en conformidad con el ordinal 1o., artículo 109 del Código Judicial, los Jueces de Circuito entienden en primera instancia en los asuntos contenciosos "en que sea parte un Municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado", ya empieza a ser claro que no obstante la generalidad de la expresión, la competencia para conocer en primer grado de los negocios de tal índole en que sea demandado un municipio, ha de radicar, en armonía con la doctrina constitucional del interés público, y la equidad, además, en el juez del circuito donde la entidad municipal tenga su asiento, como resulta de la regla 2a. del artículo 152, y sin que por razón del mero factor de conexión el fuero del Municipio pueda ceder ante el de un particular a quien se le hubiere ligado en litisconsorcio pasivo.

3. Estatuye el ordinal 15 del artículo 152 del C. J. que "En los juicios que se sigan contra varios demandados es Juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos a elección al demandante". En la hipótesis de este texto, lo único que se mueve como circunstancia generadora de la competencia preventiva que en él se consagra, es la concurrencia de varios domicilios por causa de la

pluralidad de demandados con diferentes vecindades. Entonces, la elección por el actor, del juez de uno de tales domicilios polariza en el funcionario escogido la competencia para conocer del juicio, con exclusión de los demás." Pero, el supuesto de este precepto no puede ser otro que el de que los varios demandados se encuentren en igualdad de condiciones en relación con la competencia y, por lo tanto, que cada demandado frente a la competencia del juez de su domicilio no goce de privilegios de que carezcan los demás respecto de la de los jueces de sus correspondientes domicilios. Si así no se entendiera el texto, se le haría caer en el absurdo de otorgarles igualdad de efectos a situaciones dispares, lo que no resulta de sus términos, ni pudo en buena lógica ser la finalidad institucional de la norma.

4. Si el supuesto de aplicación de la regla 15 del artículo 152 del C. J. es el de que los varios demandados se encuentren en igualdad de condiciones en relación con la competencia, resulta claro que, en el caso de que hubiera de demandarse a dos o más municipios conjuntamente, esta norma tendría entonces su justa aplicación, sin que pudiera entonces hablarse de prórroga alguna de competencia, porque para que tal prórroga ocurra es necesario que por las partes se le otorgue competencia al juez que por la ley no la tiene, que no es lo que sucedería en el ámbito de esta última hipótesis, en que la ley provee precisamente a la competencia del juez del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante.

5. En el ámbito doctrinal, se le apunta al sentenciador el desacierto de haber procedido a la decisión inhibitoria con base en la falta del presupuesto procesal de la competencia, porque, siendo la "incompetencia de jurisdicción" causa de nulidad en todos los juicios, según lo preceptúa el artículo 448 del Código Judicial, el proveimiento pertinente ha debido ser el ordenado por el artículo 455 ibid; o sea el de declarar la nulidad de lo actuado, y en este caso de plano, porque, tratándose de una nulidad insubsanable en razón de no poder el agente del Ministerio Público prorrogar la competencia al juez desprovisto de la misma (art. 153 ibid.), se hacía inoficioso, como lo tiene enseñando la jurisprudencia, el mandar poner en conocimiento de las partes la existencia de ese motivo de nulidad. Pero, como sobre esta cuestión no se formuló cargo alguno por el impugnante, ella no tiene incidencia alguna en el campo del recurso, dando apenas la oportunidad para hacer la afirmación doctrinaria que se deja consignada.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veinticuatro de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, con fecha 3 de noviembre de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Graciela Orozco viuda de Ramírez y otras frente al Municipio de Santa Rosa de Cabal y a la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda.

- 5 -

EL LITIGIO

Ante el juez 3o. Civil del Circuito de Manizales, Graciela Orozco viuda de Ramírez en su propio nombre y en el de sus menores hijas María Noelia, Ceneida, María Cemira y María Lucy Ramírez Orozco, demandó al Municipio de Santa Rosa de Cabal y a la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda., para que en juicio ordinario se les declarase "solidariamente responsables de la muerte del señor Elías Antonio Ramírez acaecida el 12 de julio de 1.958 en la vereda de Guacas del municipio de Santa Rosa de Cabal" y se les condenase a pagar a la misma señora las cantidades de $70.000.oo, "como indemnización" por la muerte del referido Ramírez, y de $180.oo mensuales durante la vida de la misma, "como lucro cesante", más "los intereses de la obligación desde el día en que ésta se hizo exigible" y las costas del juicio.

Como causa petendi, la parte actora alegó:

Que hacia las cinco de la tarde del día 12 de julio de 1.958, en la vereda de Guacas, de la jurisdicción del municipio de Santa Rosa de Cabal, falleció electrocutado por las líneas de alta tensión, que desde el día anterior se encontraban en el suelo, Elías Ramírez, quien en ese momento estaba recolectando leña en la finca de Ernesto Currea;

que las referidas líneas son de propiedad del Municipio y transportan la energía eléctrica que al mismo suministra la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda.;

que el occiso había contraído matrimonio católico con Graciela Orozco: dentro del cual fueron procreadas María Noelia, Ceneida, María Cemira y María Lucy; y

que en el momento de su muerte el mismo Ramírez devengaba un jornal de $6.oo.

En DERECHO sustancial invocáronse los artículos 2341 a 2344 del C. civ.

Las entidades demandadas contestaron, oponiéndose al otorgamiento de las suplicas solicitadas; y en cuanto a los hechos fundamentales, el Personero del Municipio manifestó: que las líneas no son de propiedad de éste, sino, que según se le ha informado, son de la Compañía; que las mismas no estaban en el suelo, sino a conveniente altura, debidamente aisladas y bien tenidas; que el accidente, en que pereció Ramírez, se produjo porque éste al cortar una guadua verde en día llovido, lo hizo en forma tal que ésta cayó sobre las líneas de alta tensión, haciéndose conductora de la energía, y al tratar él de retirarla, fue electrocutado. Lo que se debió así a su impericia y descuido; y el representante de la empresa, expresó ignorar el hecho del accidente y admitió como cierto que las líneas son de propiedad del municipio de Santa Rosa de Cabal.

Por el fallo de primera instancia, se declaró que el Municipio es civilmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte de Elías Antonio Ramírez; se condenó a la misma entidad al pago de la suma de $ 2.000.oo en favor de Graciela Orozco v. de Ramírez, como indemnización de los perjuicios morales subjetivos, y a satisfacer a la misma señora y a sus mencionadas hijas el valor de los perjuicios materiales que por la referida causa hayan sufrido, liquidables con arreglo al artículo 553 del C. J.; y se absolvió a la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada, de todos los cargos de la demanda.

Por apelación de la parte actora y del Municipio, tramitóse el segundo grado del juicio, a que recayó la sentencia de fecha 3 de noviembre de 1.961, por la cual el Tribunal de Manizales, con salvamento de voto de uno de sus Magistrados, decidió REVOCAR la del juez a quo y, en su lugar, declarar que "el citado Juez no era competente para conocer del juicio en la primera instancia, lo que constituye falta de presupuesto procesal de competencia en la causa, y se inhibe de resolver y decidir sobre el mérito del negocio".

Contra este último proveído interpuso la parte demandante el recurso de casación, materia del presente pronunciamiento.

- II -

LA SENTENCIA RECURRIDA

La esencia de su motivación se encuentra en las siguientes razones:

Que uno de los determinantes de la competencia judicial es el de la calidad de las partes, o sea el llamado factor subjetivo;

que la competencia resultante de este factor es improrrogable, salvo excepción expresa, según el artículo 151 del C. J., lo que se explica por ser de orden público;

que, según el numeral 1o. del artículo 109 ibidem, compete a los jueces de circuitos entender en primera instancia de los asuntos contenciosos en que sea parte el municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado, cuya correcta interpretación impone el que, tratándose de demandas contra un municipio, es juez competente, de manera exclusiva, el del circuito a que el mismo municipio corresponde;

que, en el caso de autos, el Juez 3o. Civil del Circuito de Manizales no era competente para conocer en primera instancia, de una acción civil contenciosa, de mero derecho privado, contra el municipio de Santa Rosa de Cabal, aunque la demanda se hubiese dirigido también contra la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada, domiciliada en la ciudad de Manizales;

que ello es así, a pesar de lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 152 ibidem, según el cual "En los juicios que se sigan contra varios demandados es juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante", por cuanto el factor territorial que el citado texto organiza no tiene eficacia frente a la competencia por razón de la calidad de las partes, determinada expresamente "en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial";

que, por lo tanto, demandado o condenado el municipio, ha debido serlo ante el juez de su propio circuito, y no ante otro, en guarda del fuero establecido por el numeral 1o. del artículo 109 del Código de la materia; y

que, así las cosas, "La falta de competencia en el juzgador de la primera instancia determina la inexistencia del presupuesto procesal de su mismo nombre e inhibe al sentenciador para decidir de fondo el negocio".

Esta la médula conceptual de la sentencia recurrida.

Por su parte, el Magistrado que salvó su voto se apoyó para ello en la consideración de que, habiéndose demandado al Municipio en asocio de una compañía domiciliada en Manizales, era de aplicación la regla 15a. del artículo 152, que confería competencia al juez del Circuito de Manizales, a elección del demandante, sin que pudiese entonces tratarse de prórroga de la misma, fenómeno que consiste en extender la atribución de decidir en una causa al juez que no tiene facultad para ello; y que si se aceptara la tesis del fallo, se llegaría a la conclusión, de que jamás podrían ser demandados conjuntamente dos o más municipios pertenecientes a circuitos judiciales distintos, lo que, tratándose de la continencia de la causa, estaría en desacuerdo con fundamentales principios del derecho procesal. Pero que, aun en la hipótesis de que el presente juicio se hubiese adelantado ante un juez incompetente, la solución ha debido ser, no la de un fallo inhibitorio, sino la de declarar la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción (art. 448 C. J.).

- 10 -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El recurrente, diciendo fundarse en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, impugna la sentencia del Tribunal de Manizales por violación de ley sustantiva, cuyo quebranto hace consistir en la "interpretación errónea del numeral 1o. del artículo 109 del C. J. y numeral 15 del artículo 152 de la misma obra", que llevó al juzgador a revocar el fallo de primer grado e inhibirse de resolver sobre el mérito del negocio, por falta del presupuesto procesal de competencia del juez de primera instancia en la causa.

Con este propósito, alega que la norma acogida por el sentenciador, de que un municipio sólo puede comparecer ante el juez del circuito de su territorio, sólo encaja en lo preceptuado por el numeral 1o. del artículo 109 del C. J., cuando un municipio sea el único demandado, pero no cuando es codemandado, porque de lo contrario, se pregunta, cómo se haría para demandar a varios municipios pertenecientes a distintos circuitos, sin romper la continencia de la causa?. Enrostrale, luego, al Tribunal el que, al transcribir e interpretar el numeral 1o. del referido artículo, hubiese cometido el error de "anteponer al sustantivo municipio el artículo definido el, cuando en el texto del Código aparece antepuesto el indefinido un que varía sustancialmente la interpretación dada por el fallador", porque si se toma el precepto como está escrito se encuentra que lo que el legislador quiso fue "que la entidad municipal pudiera concurrir como demandante o demandado ante juzgados del circuito de otras comprensiones territoriales". Sostiene que el caso de analogía traído por el sentenciador con referencia al artículo 156 ibidem, para interpretar el numeral 1o. del artículo 109, es exacto cuando un departamento es el único demandado, más no cuando es codemandado, porque entonces hay que ajustarse a lo ordenado por el numeral 15 del artículo 152. Y finalmente reproduce, como sustento de la censura, los apartes principales del salvamento de voto a que atrás se hizo referencia.

En nombre del Municipio de Santa Rosa de Cabal, el libelo de casación fue contestado oportunamente por el Ministerio Público (Procurador 1o. Delegado en lo Civil), quien se opuso a la infirmación de la sentencia, sosteniendo en lo esencial: que la conexión no puede derogar jamás la competencia funcional; que el Municipio goza de fuero especial improrrogable, ante el juez del circuito;

pero que "Si por conexión se demanda a dos municipios, como ambos gozan de un mismo fuero, la competencia seguramente se resuelve de acuerdo con el artículo 149 del Código Judicial, el cual dispone que cuando hay dos o más jueces competentes para conocer del asunto, el primero que aprehende el conocimiento previene e impide a los demás conocer del mismo".

- IV -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Como lo enseña el artículo 143 del C. J., la "Competencia 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". O lo que es lo mismo que respecto de cada juez o tribunal, la competencia es la medida en que puede ejercerse la jurisdicción.

2. Sabido es que para la determinación de la competencia se ofrecen varios factores: el objetivo, el subjetivo, el territorial, el funcional y el de conexión (arts. 150, 151, 152 y 149 ibid.). En el caso sub judice, están en juego los factores subjetivo, territorial y de conexión; pues la cuestión planteada no es otra que lo de averiguar cuál o cuáles de éstos se imponen en la fijación de la competencia del juez ante el cual ha debido instaurarse el pleito y si, por lo tanto, se violaron, sí o no, por el sentenciador los preceptos con que toca la acusación.

3. El factor subjetivo se genera por la calidad de las personas interesadas en el litigio. Así, por razón de este factor, compete a la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, el conocer en una sola instancia, de las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona (art. 40 ibid.; 2o. ley 67 de 1.943), y de las cuestiones que se susciten entre dos o más departamentos, cuando éstos obren en el campo del derecho privado (art. 36, ord. 3o. C. J.); a los tribunales superiores, el conocer en primera instancia de los asuntos contenciosos en que tenga parte la Nación o un departamento y en que se traten o controviertan asuntos de la misma especie de derecho (art. 76, ords. 1o. y 2o.); y a los jueces de circuito entender en primera instancia en los asuntos contenciosos en que sea parte un municipio y en que se ventilen cuestiones también de derecho privado (art. 109, ord. 1o.). Como lo enseña el artículo 151 ibid., la competencia que se determina por la calidad de las partes es improrrogable, salvo disposición en contrario.

4. El factor territorial, es resultado de la división que la ley ha hecho del territorio de la República en circunscripciones jurisdiccionales, de manera que dentro de los límites de su respectiva circunscripción territorial pueda un juez ejercer la jurisdicción respecto de determinado asunto, si tiene para ello competencia de conformidad con los otros factores determinativos de la misma. Vale decir que la circunscripción territorial es la base especial de la competencia de los jueces que dentro de ella ejercen jurisdicción, con exclusión de los que la desempeñan en otras circunscripciones; pero que, para determinar a cuál de los jueces de la misma categoría, existentes en distintos territorios, debe corresponder el conocimiento de un negocio, o sea en cuál de las circunscripciones ha de situarse éste, será necesario con arreglo al art. 152 C. J. hacer esa fijación, ya por el domicilio del demandado, ya por la ubicación de las cosas, ya por cualquiera otra de las cir-

cunstancias señaladas por el mismo precepto que se acaba de citar, según los casos. Y así, cuando se trata de acciones personales, por regla general es competente el juez del lugar en que el demandado tiene su domicilio.

5. El factor de conexión estriba en el hecho de existir entre dos o más pretensiones o acciones que, consideradas aisladamente, serían del resorte de jueces distintos, elementos de vinculación tal que el juez competente para entender en una de ellas lo es también, entonces, para conocer de las demás, debidamente acumuladas a la primera. Fenómeno éste que pulsa en el ordenamiento del ordinal 15 del artículo 152, al disponer que "en los juicios que se sigan contra varios demandados es juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos, a elección del demandante".

6. En este pleito, en el que la parte actora ha demandado al Municipio de Santa Rosa de Cabal y la Central Hidroeléctrica de Caldas Limitada, para que se les condene como solidariamente responsables de la muerte de Elías Antonio Ramírez, se han puesto a pruebas los tres factores de competencia, de que se acaba de hablar: porque, para el Tribunal, cuya tesis comparte el Ministerio Público, el juez competente, con competencia improrrogable, para conocer del juicio en primer grado debió serlo el del Circuito de Santa Rosa de Cabal, a que corresponde el municipio del mismo nombre, dándole así preponderancia al factor subjetivo, no sólo en lo atinente a la determinación de la categoría o condición jerárquica del a quo, sino en lo respectivo al señalamiento de aquella circunscripción territorial como único asiento espacial de la competencia. Pero, para el magistrado disidente, como para el acusador del fallo en el recurso extraordinario, también era competente el juez del Circuito de Manizales en razón de tener allí su domicilio la compañía codemandada, circunstancia ésta constitutiva de factor territorial radicador de competencia en este último juez; y existiendo entonces dos jueces de la misma categoría, ambos competentes para conocer del litigio, por razón de los domicilios de las partes, el juicio pudo seguirse ante cualquiera de ellos, como vino a serlo ante el del Circuito de Manizales, por razón de lo dispuesto en el ordinal 15 del artículo 152, inspirado en el factor de conexión.

Para la Corte no hay duda de que la primera tésis, o sea la sostenida por el Tribunal, es la aceptable, por las siguientes razones:

7. En el Estado, como en todas sus manifestaciones personificadas por la Carta Fundamental, cuales son la Nación, los Departamentos y los Municipios, se encuentra la base misma del orden público. Por consiguiente, en su beneficio se predica el principio constitucional de que "el interés privado deberá ceder al interés público o social".

Y puesto que la doctrina constitucional es norma para interpretar las leyes, del propio modo que "dentro de la equidad natural y la doctrina constitucional, la crítica y la hermenéutica servirán para fijar el pensamiento del legislador y aclarar o armonizar disposiciones legales, oscuras o incongruentes" (4o. y 5o., ley 153 de 1.887), no ha de parecer extraño el criterio de interpretación de la ley que tienda a perfilar institucionalmente el fuero que asiste y debe asistir a los municipios, para no ser llamados a juicio sino ante la jurisdicción donde está su sede.

Si por principio de vieja data, el actor debe seguir el foro del demandado, la exigencia se esfuerza a ojos vistas frente a una personificación constitucional arraigada al lugar donde actúa en beneficio común, donde están sus funcionarios y sus recursos.

Por manera que, si en conformidad con el ordinal 1o, artículo 109 del Código Judicial, los Jueces de Circuito entienden en primera instancia en los asuntos contenciosos "en que sea parte un Municipio y en que se ventilen cuestiones de mero derecho privado", ya empieza a ser claro que no obstante la generalidad de la expresión, la competencia para conocer en primer grado, de los negocios de tal índole en que sea demandado un municipio, ha de radicar en armonía con la doctrina constitucional del interés público, y la equidad además, en el juez del circuito donde la entidad municipal tenga su asiento, como resulta de la regla 2a. del artículo 152, y sin que por razón del mero factor de conexión el fuero del Municipio pueda ceder ante el de un particular a quien se le hubiere ligado en litisconsorcio pasivo.

8. Estatuye el ordinal 15 del artículo 152 del C. J. que "En los juicios que se sigan contra varios demandados es juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos a elección del demandante". En la hipótesis de este texto, lo único que se mueve como circunstancia generadora de la competencia preventiva que en él se consagra, es la concurrencia de varios domicilios por causa de la pluralidad de demandados con diferentes vecindades. Entonces, la elección por el actor, del juez de uno de tales domicilios polariza en el funcionario escogido la competencia para conocer del juicio, con exclusión de los demás. Pero, el supuesto de este precepto no puede ser otro que el de que los varios demandados se encuentren en igualdad de condiciones en relación con la competencia y, por lo tanto, que cada demandado frente a la competencia del juez de su domicilio no goce de privilegios de que carezcan los demás respecto de la de los jueces de sus correspondientes domicilios. Si así no se entendiera el texto, se le haría caer en el absurdo de otorgarles igualdad de efectos a situaciones dispares, lo que no resulta de sus términos, ni pudo en buena lógica ser la finalidad institucional de la norma.

9. Por lo tanto, cuando, como en el caso del pleito, uno de los demandados: el Municipio de Santa Rosa de Cabal, no puede por prohibición legal (art. 153 ibid.), prorrogar la competencia a un juez distinto del de su sede, lo que implica para el Municipio el privilegio de tener que ser demandado ante el juez de la misma, no estando su codemandada la Central Hidroeléctrica de Caldas colocada en la misma situación de privilegio que contrapese la del Municipio, es claro que mal puede tener aplicación en contra de éste la susodicha regla 15 del artículo 152. Vale decir que el fuero del Municipio prevalece aquí sobre el de la Central Hidroeléctrica de Caldas, consultando así las exigencias del orden público o interés superior y que, por lo tanto, el juez competente para conocer de la acción de que se trata es el del Circuito de Santa Rosa de Cabal, y no el del Circuito de Manizales.

10. Y si, como ya se vió, el supuesto de aplicación de la regla 15 contemplada es el de que los varios demandados se encuentren en igualdad de condiciones en relación con la competencia, resulta claro que, en el caso de que hubiera de demandarse a dos o más municipios conjuntamente, está norma tendría entonces su justa aplicación, sin que pudiera entonces hablarse de prórroga alguna de competencia, porque para que tal prórroga ocurra es necesario que por las partes se le otorgue competencia al juez que por la ley no la tiene, que no es lo que sucedería en el ámbito de esta última hipótesis, en que la ley provee precisamente a la competencia del juez del domicilio de cualquiera de los demandados, a elección del demandante.

11. Frente a estas consideraciones, no se vè cómo hayan podido ser quebrantados los textos del Código Judicial sobre competencia, a que el cargo se refiere, lo que significa que la censura es improcedente y que el fallo acusado debe quedar en pié.

12. Lo cual no obsta para que, en el ámbito doctrinal, se le apunte al sentenciador el desacierto de haber procedido a la decisión inhibitoria con base en la falta del presupuesto procesal de la competencia, porque, siendo la "incompetencia de jurisdicción" causa de nulidad en todos los juicios, según lo preceptúa el artículo 448 del Código Judicial, el proveimiento pertinente ha debido ser el ordenado por el artículo 455 ibid., o sea el de declarar la nulidad de lo actuado, y en este caso de plano, porque, tratándose de una nulidad insubsanable en razón de no poder el agente del Ministerio Público prorrogar la competencia al juez desprovisto de la misma (art. 153 ibid.), se hacía inoficioso, como lo tiene enseñado la jurisprudencia, el mandar poner en conocimiento de las partes la existencia de ese motivo de nulidad. Pero, como sobre esta cuestión no se formuló cargo alguno por el impugnante, ella no tiene incidencia alguna en el campo del recurso, dando apenas la oportunidad para hacer la afirmación doctrinaria que se deja consignada.

RESOLUCION

A 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 segunda instancia de fecha tres (3) de noviembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

COMPRAVENTA

Cláusula declaratoria del pago del precio en la escritura de venta. Efectos entre las partes. Restricción de los medios de prueba en contrario. Protección de terceros de buena fe.

El instrumento extendido ante Notario es la prueba literal por excelencia, y constituye requisito solemne e indispensable en la formación de la compraventa de inmueble conforme a derecho. El acta respectiva, bajo la firma de funcionario dotado de la fe pública, es garantía de autenticidad, base firme para asegurar la confianza general, y fundamento legítimo de los intereses de terceros de buena fe.

De allí el imperativo que encierra el artículo 1934 del Código Civil, acerca de que "si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores". No porque la norma sea absoluta en lo que mira a las relaciones recíprocas entre los contratantes, sino en lo que respecta a terceros poseedores, quienes encuentran asilo infranqueable para su buena fe en la voluntad declarada por los otorgantes de escritura pública exenta de nulidad o falsificación.

Mas como a la vez rigen con igual imperio otras normas en que la mente del legislador se manifiesta con equilibrio y armonía, surge del ordenamiento la condición en que las partes se encuentran cuando la escritura de venta expresa haberse pagado el precio. Porque si la autenticidad se refiere "al hecho de haberse realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese" (21); si "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" (1759), y si "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros" (1766), pero sí entre las partes, es indudable que dentro del sistema de libertad de contratación organizado por la ley civil, debe prevalecer entre los contratantes la voluntad real sobre la voluntad declarada, siempre que el querer verdadero de las partes se demuestre por medios de categoría equiparable al instrumento público. Lo cual limita el ámbito probatorio.

Si hay simulación parcial porque en las voces del instrumento se finge pagado el precio de la compra cuando en realidad no ha sido satisfecho,

es admitido el vendedor a demostrarle al comprador ese hecho verdadero, pero no por todos los medios, sino dentro de este perímetro restringido:

a) las contraescrituras privadas, que la ley tiene especialmente previstas;

b) la confesión o reconocimiento judicial del deudor; y

c) un principio de prueba escrita, con el complemento de testigos, indicios u otros medios capaces de integrar convicción en el juzgador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Con la afirmación fundamental de no haberse pagado el precio de $3.000.oo, a pesar de que la escritura pública 711 de 24 de diciembre de 1.955, Notaría 2a. de Ubaté, expresa lo contrario, la vendedora María Mónica García Caicedo demandó a los compradores Marcos Zamudio Paiba y María Helena Santana de Zamudio en resolución de la compraventa de casa urbana de Ubaté, amén de súplicas consecuenciales.

Controvertido el asunto, le puso fin en primera instancia el Juez Civil del Circuito de Ubaté con fallo plenamente absolutorio del 7 de septiembre de 1.961, confirmado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en sentencia del 20 de septiembre de 1.963. Y ahora corresponde a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto por la demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Después de considerando doctrinal acerca del principio estatuído por el artículo 1934 del Código Civil, de que "si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario, sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros", no obstante el cual cabe recibir medios de igual o superior categoría probatoria que el instrumento notarial para demostrar que el precio en realidad no fue pagado, puesto que la norma se encuentra en función de proteger los intereses de terceros, el sentenciador continúa:

"Para demostrar el incumplimiento de los compradores en la obligación de pagar el precio que la vendedora declaró recibido en la escritura, se ha aducido por ésta, la confesión que en su concepto contienen: las indagatorias que ante la Inspección 2a. Municipal de Policía y Ubaté, rindieron los demandados; los careos practicados entre éstos y la demandante, y las posiciones absueltas por aquellas, en el curso del juicio.

"Pero resulta, que ninguna de tales declaraciones prueba contra lo dicho por la vendedora en la escritura:

"En las posiciones absueltas por la señora de Zamudio se lee: 'Mi marido y yo le pagamos a Mónica García Caicedo, la suma de tres mil pesos ($3.000) moneda corriente, el valor que fue hecha la venta de la mediagua que ella nos vendió. El día que se firmó la escritura se le dió el dinero. Un día se mandó hacer la escritura y al siguiente se firmó'.

"En la diligencia de indagatoria declara la misma señora: 'El dinero se lo entregamos después de que se hizo la escritura, y la entrega se la hicimos en la casa de la vereda de Sucunchoque, nadie presenció esa entrega y el dinero se lo entregamos en billetes de cinco, de diez, veinte y de cien pesos revuelto'.

"El otro demandado, don Marcos, dice en las posiciones: 'El 24 se firmó la escritura y el 25, es decir al día siguiente, le dí a la señorita Mónica $3.000. La misma señorita me dijo que cuando le diera el dinero no se lo diera ante nadie, porque se lo podían robar'.

"Y en la indagatoria, manifestó: 'La plata se la entregué arriba en la casa de Sucunchoque porque ella nos dijo que se lo entregaramos a escondidas, porque no vay (sic) alguno estuviera mirando y se lo robaran, se la entregamos el día en que se hizo la escritura, y se la dimos en billetes revueltos de cinco, de diez y hasta de cien pesos'.

"Esta misma posición adoptaron en los careos que se verificaron con la demandante, dentro de la investigación penal.

"De lo declarado por los demandados a través de las diligencias que se acaban de relacionar, no aparece confesado el hecho del no pago del precio, que sostiene el señor abogado recurrente, sino antes bien confirmado el contrario o sea, el del pago que contiene la escritura. La aclaración o rectificación que hacen en cuanto al tiempo y hasta la fecha misma en que se hizo el pago, no tiene ni puede dársele otro alcance que el resultante de la propia significación de las palabras o sea, el de que dicho pago no se efectuó antes del acto en que se firmó la escritura, como se deduce del contenido de la misma, sino al día siguiente; en caso alguno, que no existió tal pago, ni se cumplió por lo tanto por los compradores con la obligación primordial de pagar el precio".

LA ACUSACION

Viene propuesta la causal 1a. "por violación de ley sustantiva proveniente de apreciación errónea de algunos elementos de prueba y falta de apreciación de otros".

Alega el recurrente error de hecho que se manifiesta por la sola confrontación del texto de la escritura de venta con las posiciones absueltas por los demandados, puesto que la confesión de tener el precio recibido significa que antes o en la fecha del otorgamiento se hizo la entrega del dinero, mientras que los demandados declaran que el pago se efectuó al día siguiente. Por lo que el escrito de casación expresa:

"Si el pago del precio del inmueble vendido por la escritura pública número 711 de 24 de diciembre de 1.955 de la Notaría 2a. de Ubaté no se hizo, según la propia confesión del comprador, en la fecha del otorgamiento de la escritura sino al día siguiente, hay que concluir, lógica y necesariamente, que el pago de que da cuenta la mencionada escritura no se hizo en la fecha de su otorgamiento, esto es el 24 de diciembre de 1.955.

"Y no habiéndose hecho el pago del precio en la fecha de la escritura 711, el no pago del precio en esa fecha -alegado como causa de la demanda- está y queda nítida y plenamente establecida y demostrado en los autos con los elementos probatorios que en parte se han trascrito".

Deduce violación del artículo 606 del Código Judicial, e indirecta de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil.

Cuanto a la aducida falta de apreciación de pruebas, estima la censura que el pago al día siguiente del contrato, según lo dicho en sus declaraciones, "constituye una verdadera excepción cuya prueba, como es obvio, corresponde a los demandados".

Copia lo que considera pertinente, y dice:

"Con las transcripciones que anteceden se establece plenamente, una vez más, el hecho del no pago del precio en la fecha del otorgamiento de la escritura 711 y, por lo tanto, el evidente error de hecho en que incurrió el sentenciador de Bogotá al apreciar la confesión de los demandados en frente al texto claro y nítido, de dicha escritura.

"De las mismas transcripciones resulta incuestionablemente establecido no sólo el no pago del precio en la fecha de la escritura en cita sino también que no se hizo después y que aún no se ha hecho. A esta conclusión se llega a través de los siguientes hechos indiciarios, que surgen de las mismas transcripciones":

Aquí alega el hallarse parte del precio en poder de los compradores; el no ser cierto el hecho de que se consignara parte del precio a la vendedora en cuenta de la Caja Agraria; el "cúmulo de afirmaciones mentirosas y contradictorias en que incurrieron los demandados"; y el que no hayan probado las modalidades en que afirman haber verificado el pago del precio: el tiempo, el lugar, la clase de moneda, ni tampoco el "acto, acuerdo o contrato en virtud del cual la vendedora dejó el precio o parte de éste en poder de los compradores".

Y agrega:

"La falta de examen, apreciación y valoración legal de la prueba cuyos elementos esenciales quedaron atrás transcritos no permitió al Tribunal sentenciador ver, analizar y estimar los hechos indiciarios antes enunciados y deducir de ellos la relación íntima que los liga en orden a establecer, una vez más, el hecho fundamental de la demanda cual es el no pago del precio del inmueble vendido por medio de la cuestionada escritura 711.

De donde desprende violación de la segunda parte del artículo 609 del Código Judicial; de los artículos 664 y 665 ibidem, y en consecuencia, de los artículos 1546 y 1930 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

1. El instrumento extendido ante Notario es la prueba literal por excelencia, y constituye requisito solemne e indispensable en la formación de la compraventa de inmuebles conforme a derecho. El acta respectiva, bajo la firma de funcionario dotado de la fe pública, es garantía de autenticidad, base firme para asegurar la confianza general, y fundamento legítimo de los intereses de terceros de buena fe.

De allí el imperativo que encierra el artículo 1934 del Código Civil, acerca de que "si en la escritura de venta se expresa haberse pagado el precio, no se admitirá prueba alguna en contrario sino la nulidad o falsificación de la escritura, y sólo en virtud de esta prueba habrá acción contra terceros poseedores. "No

porque la norma sea absoluta en lo que mira a las relaciones recíprocas entre los contratantes, sino en lo que respecta a terceros poseedores, quienes encuentran asilo infranqueable para su buena fe en la voluntad declarada por los otorgantes de escritura pública exenta de nulidad o falsificación.

2. Mas como a la vez rigen con igual imperio otras normas en que la mente del legislador se manifiesta con equilibrio y armonía, surge del ordenamiento la condición en que las partes se encuentran cuando la escritura de venta expresa haberse pagado el precio. Porque si la autenticidad se refiere "al hecho de haberse realmente otorgado y autorizado por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese" (21); si "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" (1759), y si "las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirá efecto contra terceros" (1766), pero si entre las partes, es indudable que dentro del sistema de libertad de contratación organizado por la ley civil, debe prevalecer entre los contratantes la voluntad real sobre la voluntad declarada, siempre que el querer verdadero de las partes se demuestre por medios de categoría equiparable al instumento público. Lo cual limita el ámbito probatorio.

3. Si hay simulación parcial porque en las voces del instrumento se finge pagado el precio de la compra cuando en realidad no ha sido satisfecho, es admitido el vendedor a demostrarle al comprador ese hecho verdadero, pero no por todos los medios, sino dentro de este perímetro restringido:

a) las contraescrituras privadas, que la ley tiene especialmente previstas;

b) la confesión o reconocimiento judicial del deudor; y

c) un principio de prueba escrita, con el complemento de testigos, indicios u otros medios capaces de integrar convicción en el juzgador.

De esto se sigue que si el Tribunal no encontró ninguna prueba idónea para desvirtuar la cláusula declaratoria del pago del precio en la escritura que recibió la compraventa litigiosa, no es viable la censura en casación, a menos que muestre la existencia en el proceso de alguno de aquellos medios excepcionales de prueba.

Ni contraescritura, ni principio de prueba escrita se mencionan en el libelo, seguramente porque en los autos brillan por su ausencia. No ha sido desvirtuada la convicción del Tribunal en materia de que los compradores, en lugar de confesar, han reiterado en sus declaraciones la satisfacción del precio. Pues si admiten que la entrega del dinero a la vendedora se hizo al día siguiente de otorgada la escritura, esta circunstancia carece de vigor capaz de destituir el hecho mismo del pago. Y los indicios, por sí solos, están privados de mérito para oponerse al instrumento público.

En tales condiciones el esfuerzo del recurrente por hallar inferencias sobre la causa petendi, sin que se trate de completar principio de prueba por escrito, no penetra al recinto del recurso extraordinario.

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 20 de septiembre de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente litigio de María Mónica García contra Marcos Zamudio Paiba y otros.

No aparecen costas causadas en casación.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

No es susceptible de prueba directa. Hijos naturales de mujer casada separada de hecho de su marido que ha impugnado con éxito la legitimidad de la filiación. Interpretación de la demanda. Relaciones sexuales estables. La notoriedad es concepto relativo.

1. Por su naturaleza recóndita la filiación paterna no es susceptible de prueba directa, y su descubrimiento fuera de matrimonio se efectúa por medio de inferencias cuya fuerza se gradúa subjetivamente por el juez de instancia en términos de íntimo convencimiento, no censurable en casación si no es en el evento muy remoto de arbitrariedad manifiesta.

2. En el supuesto litigioso de mujer casada que en separación de hecho de su marido que ha impugnado con éxito la legitimidad de la filiación, mantiene relaciones sexuales con varón que las reconoce, así como también el hecho sobresaliente de haber pagado las atenciones médicas y de clínica en el momento del parto, no es viable en casación ninguna tacha contra el fallo de instancia que vió despejarse el enigma de la paternidad, por más que el confesante calificara de esporádicas aquellas relaciones sexuales, desde luego que tal nota no es suficiente a privarlas de sus naturales efectos en función reproductiva.

Entonces, los demás elementos de juicio allegados al proceso, que por sí solos acaso serían insuficientes para revelar la filiación paterna, se esfuerzan poderosamente. Y no hay crítica valedera en el recurso extraordinario acerca de que ni por las declaraciones de testigos, ni por los mensajes entre los amantes, ni por otros índices análogos cuya base precisa para entender que los contactos sexuales se realizaran en el período probable de concepción según la fecha del nacimiento. Porque es el propio padre quien dió su veredicto al respecto cuando hizo el pago de los menesteres anexos al alumbramiento. Así, las inferencias colaterales adquieren valor corroborante, mientras lo restan a la censura en casación.

3. Si aún la técnica del recurso extraordinario ante la Corte, exigente y estricta en grado sumo, admite sin embargo alguna tolerancia para consultar más el contenido jurídico que el ropaje, con razón más profunda todavía está capacitado el juzgador de instancia para extraer la intención de la demanda inicial cuando no hay duda acerca de su verdadero alcance, a pesar de las deficiencias técnicas que pudieran anotársele. Pues si lo *causal petendi* habla de seducción o de relaciones sexuales, no hay duda ninguna del renvío a la ley que determina los características y circunstancias necesarias para que la seduc-

ción o las relaciones sexuales permitan al juez la declaración de paternidad, o sean los ordinales 2o. y 4o. artículo 4o., Ley 45 de 1.936.

Por lo que el reparo de ineptitud cuanto a la demanda inicial, ya debatido en la instancia, no incide ante la Corte.

4. Pueden ser más o menos discretas las relaciones sexuales estables, sin que por ello dejen de ser notorias. Este concepto de la notoriedad es por su naturaleza muy relativo y dependiente de los poderes del sentenciador para formar con autonomía su propio juicio en conciencia. Lo que en vecindarios pequeños es ostensible, pasa con inadvertencia en las ciudades, a medida que su población crece. Es público entonces lo que no se conserva en absoluta intimidad según el medio y las costumbres. De modo que si en determinada pareja hay hechos indicadores de relaciones sexuales, y después el hombre paga y reconoce públicamente que fueron a su cargo los honorarios médicos y clínicos del nacimiento, viene a ser procesalmente indudable que no fueron ocultas las relaciones sexuales que el mismo varón admite ante el juez como esporádicas, cuando resultan estables, además, puesto que no aparece la interferencia de ningún otro hombre.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, tres de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En representación legal de sus menores hijos Yezid y Eugenia entabló demanda Matilde Trujillo de Gutiérrez contra Bichara Yamhure en vía de obtener que la justicia le declarase padre natural de los dichos niños, gemelos nacidos en la Clínica de Marly el 28 de febrero de 1.949.

Por causa para pedir presentó una serie de hechos cuyo compendio significa:

Que a partir del 10 de marzo de 1.945, la demandante Trujillo ignoró el paradero de Antonio Gutiérrez, con quien había contraído matrimonio en Manizales el 1o. de septiembre de 1.933 y procreado una hija, de nombre Marieta Gutiérrez Trujillo;

Que a fines de 1.947 fue requerida de amores por Bichara Yamhure "con tenacidad ininterrumpida y solicita", hasta conseguir seducirla, y "como efecto lógico, hubo relaciones sexuales permanentes, entrambos, desde entonces, que duraron hasta muy avanzado el año de 1.950, con interrupciones temporales, por ausencias";

Que como "consecuencias de las relaciones sexuales perseverantes iniciadas en el año de 1.947 "nacieron los gemelos Yezid y Eugenia, y Yamhure "atendió a los gastos de alumbramiento, en clínica de esta ciudad, incluso honorarios médicos, cubrió las cuentas correspondientes, siguió satisfaciendo sus gastos de crianza, al paso que continuó sus relaciones conmigo por espacio de catorce meses más, a partir del alumbramiento relacionado";

Que las relaciones amorosas durante la época presunta de la concepción se hallan registradas en correspondencia postal y telegráfica, como inferencia de las "relaciones sexuales estables, de entrambos";

Que como Yamhure la abandonara catorce meses después del alumbramiento, le adelantó proceso ante el Juez de Menores de Bogotá, quien por sentencia de 10 de julio de 1.951 le declaró padre natural de Yezid y Eugenia. En tanto que el Juez 4o. Civil del Circuito de Bogotá, ante el que recurriera Yamhure, declaró sin efectos la providencia del Juez de Menores, por cuanto a virtud de la prueba del matrimonio de Matilde Trujillo con Antonio Gutiérrez no había sido rota la presunción de paternidad legítima. Fallo de fecha 17 de septiembre de 1.954, confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá el 22 de agosto de 1.955; y

Que con posterioridad Antonio Gutiérrez inició juicio, ya concluido, para el desconocimiento de su paternidad legítima con respecto a Yezid y Eugenia.

El demandado Yamhure no sólo se opuso a la pretensión sino que adujo "las excepciones de cosa juzgada, inexistencia del derecho, ineptitud de la demanda y demás que se deduzcan de los hechos y pruebas".

Terminó el proceso en primera instancia con fallo absolutorio de fecha 25 de enero de 1.960 proferido por el Juez 8o. Civil del Circuito de Bogotá, con imposición de costas a la actora.

Pero el segundo grado procesal, abierto por la alzada de la parte entonces perdidosa, se clausuró con fallo de 14 de noviembre de 1.962, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial hizo esta resolución:

"1o. Revócase en su totalidad la sentencia apelada, de fecha 25 de enero de 1.960.

"2o. Declárase en su lugar, al demandado Bichara Yamhure Z. como padre natural de los menores Yezid y Eugenio, nacidos en esta ciudad en el mes de febrero de 1.949 y registrados en la Notaría Cuarta del Circuito de Bogotá.

"3o. Ordénase, en consecuencia, que el señor Notario Cuarto del Circuito de Bogotá efectúe el registro del estado civil declarado en esta sentencia y lo anote al margen de los folios 102, 103 (año de 1.951), 123 y 124 (año de 1.949), del libro competente.

4o. Declárase no probadas las excepciones propuestas.

"5o. Condénase al demandado en las costas procesales de la primera instancia. Liquídense en oportunidad.

"6o. Sin costas en el recurso".

Compete ahora a la Corte resolver en casación sobre el libelo de la parte demandada, objeto de réplica oportuna de la opositora.

LA SENTENCIA ACUSADA

El sentenciador encuentra invocadas las causales 2a. y 4a. del artículo 4o., Ley 45 de 1.936, para la declaración judicial de paternidad fuera de matrimonio. Sitúa el período probable de la concepción entre el 28 de abril y el 28 de agosto de 1.948. Observa que por sentencia de 20 de febrero de 1.958 la Corte resolvió de acuerdo con la impugnación del marido Antonio Gutiérrez que los menores Eugenia y Yezid dados a luz por Matilde Trujillo no tienen por padre legítimo al impugnante, lo que franqueó el presente debate judicial según el ordinal 3o., artículo 2o., Ley 45 de 1.936. Se refiere a los antecedentes relacionados con el fallo de filiación natural del Juez de Menores de Bogotá con respecto a Bi-

chara Yamhure; con el juicio de alimentos para Eugenia y Yezid contra el mismo Bichara; y con el procedimiento anterior ante la justicia ordinaria, que dejó sin efecto la providencia del Juez de Menores, por cuanto a la sazón se encontraban los hijos de Matilde bajo la presunción de legitimidad derivada del matrimonio con Gutiérrez.

En el examen probatorio el Tribunal alude a las declaraciones de Salomón Pineda, Oscar Gómez Sanz, Néstor Plaza, José Jaramillo Giraldo y Lucio Materón. En seguida comenta:

"Todos estos deponentes declaran en general sobre el conocimiento personal de vieja data que tienen de la señora Matilde Trujillo de Gutiérrez, les consta que su vida ha sido honesta y laboriosa; que es casada católicamente con Antonio Gutiérrez, de quien hubo una hija a quien nombran Marieta; que el marido la abandonó totalmente desde el año de 1.945, ausentándose de Bogotá hacia otras regiones del país y también al Ecuador; que además tuvo como hijos a Yezid y Eugenia, a quienes sostenía con el fruto de su trabajo y en condiciones precarias, puesto que no alcanzaba a atenderlos en su educación y subsistencia en la medida adecuada a sus necesidades sociales.....".

También contempla en detalle las declaraciones de Leonor Sierra de Botero y Amanda Botero de Blanco, vuelve sobre el testimonio de José Jaramillo Giraldo, y dice:

"Resulta, pues, claramente establecido del conjunto de los tres testimonios analizados, que en los meses de abril a junio de 1.948 ya existían las relaciones amorosas e íntimas de que se viene tratando, entre Bichara Yamhure y Matilde Trujillo y esa época coincide con las (sic.) concepción probable de que antes se habló.".

Busca otros puntos de referencia en el viaje que según el dicho de la madre efectuó por estar encinta de los gemelos a Caracas, del 1o. al 30 de julio de 1.948 conforme al pasaporte respectivo allegado a los autos.

"De suerte que según lo expuesto -continúa el Tribunal- sí es posible determinar en el tiempo con la precisión necesaria las ameritadas relaciones entre Yamhure y la Trujillo, las cuales, según el dicho de los nombrados testigos, tuvieron lugar en la época de la concepción probable de que se ha hecho mención. Es claro que la prueba testimonial que se comenta, por sí sola considerada y como elemento de convicción aislado, no daría base legal suficiente para fundar un fallo favorable a las pretensiones de la demanda. Pero relacionándola con los documentos aducidos y especialmente con la propia confesión del demandado, adquiere fuerza demostrativa plena y completa.

"No resulta valedera la objeción que la parte demandada hace a los dos testimonios de que se ocupa la Sala, al tacharlos de sospechosos de conformidad con lo dispuesto en la parte final del inciso 1o. del artículo 670, porque no puede admitirse que se trate de personas que frecuentemente son llamadas a declarar 'en juicios diversos'. Es legalmente justificable que los mismos testigos hayan declarado en los procesos ventilados entre los litigantes, por tratarse de cuestiones familiares, privadas e íntimas que generalmente sólo son del conocimiento de pocas personas que forman el círculo de sus amistades íntimas, como son los nombrados declarantes. Además, los hechos sobre los cuales depusieron son comunes a esos varios procesos, sirviéndoles de causa suficiente o fundamento jurídico común".

En relación con la prueba documental consistente en varios mensajes de autenticidad reconocida por Yamhure, expresa el sentenciador:

"Ya se dejó establecido que en el caso sub lite el susodicho período legal de la concepción está comprendido entre el 28 de abril de 1.948 y el 28 de agosto de tal año. Y ateniéndonos a las declaraciones de Matilde hechas ante el Juez de Menores de manera categórica, ella resultó 'encinta a partir del 6 de junio del año de 1.948'. Y según las posiciones que le pidió la contraparte 'ya teniendo yo un mes de embarazo viajé a Caracas, el 29 de junio de 1.948, Bichara viajaba en ese mismo mes, y por motivos de negocios tal señor no pudo viajar conmigo y yo me fuí adelante, y no pudiendo este señor realizar el viaje entonces yo me regresé el 30 de julio del mismo año, es decir yo permanecí en Caracas un mes completo, y no es cierto que yo haya amenazado al señor Yamhure de hacerle escándalo si no me ayudaba económicamente, porque tal cosa se hizo con consentimiento de ambas partes, haciéndome yo cargo de mi responsabilidad moral.....' (f. 4 del C. 3o).

"Luego compaginando esas dos fechas resulta entonces que la concepción debió efectuarse alrededor de los últimos días del mes de mayo o primeros cinco días de junio de 1.948; de suerte que si el análisis que se haga de la correspondencia postal y telegráfica permite establecer con seguridad que Bichara Yamhure se encontraba en esos días en esta ciudad de Bogotá, se destruirá completamente la alegación de que él mismo no podía ser el autor de esa concepción por hallarse ausente.

"Examinados detenida y minuciosamente los aludidos documentos, resulta que sólo uno de esos telegramas, (el de fl. 3 del citado C. 2o.) indica que Bichara Yamhure se hallaba en Girardot el día 26 de junio de 1.948, y en ese mensaje introducido a la oficina telegráfica a las 18-30 o sea a las seis y media de la tarde, Yamhure expresó: 'Miércoles próximo estaré contigo. Recordándote cariñosasamente. Besitos.' Y referentes a ese año sólo existen otros dos telegramas dirigidos desde la ciudad de Neiva con fechas 2 y 13 de noviembre de 1.948 (fs. 5 y 7). De manera que esos documentos en nada favorecen la alegación de la defensa tendiente a acreditar la pretendida imposibilidad absoluta de acceso a la demandante por parte del supuesto padre.

"Concretando ahora el examen al contenido de los mensajes y las cartas, se observa que a través de ellos el nombrado Bichara Yamhure se encontraba embargado de un hondo afecto hacia su amante, exteriorizado en románticas frases como estas: 'lejos por la distancia, cerca por el recuerdo' (f. 1); 'nuestros presentimientos siempre tienen sabor a quimera. Afectuosamente' (f. 2); 'mi recuerdo descansa en tu espíritu. Cariñosamente. Gitano (f. 4): 'en las distancias tu recuerdo alimenta mi espíritu. Contigo Gitano' (f. 6); 'la esperanza de verte pronto me reconcilia con la ausencia. Recuerdos. Gitano' (f. 12); 'mientras tu espíritu está conmigo mi emoción vive con tu recuerdo. Cordialmente' (f. 13) Y este que resulta muy significativo: 'Agradézcote lidelidad. Mientras por allá llueve por acá no escampa. Recuerdos' (f. 14). Y otros por el estilo".

Se detiene el Tribunal en el examen de cartas de Yamhure para Matilde, fechadas el 5 de julio de 1.948 con destino a Caracas, el 6 de agosto del mismo año para Bogotá desde la hacienda de Sautalá, en Turbo, y una tarjeta postal, sin fecha, desde Barranquilla.

Después se ocupa en las posiciones, y dice:

"Bichara Yamhure absolvió el pliego de posiciones que le sometió la actora (fs. 58 a 60 C. 2). Contestó que a partir del año de 1.947 entabló y sostuvo relaciones amorosas al principio y sexuales después, con Matilde Trujillo de G., pero agregó a manera de aclaración: 'que tales relaciones de carácter sexual fueron muy esporádicamente.' A la cuarta pregunta que dice: 'Cómo es verdad o es mentira, si o no, que usted ordenó a la Sociedad Mercantil Yamhure Estefan & Central Americana de Distribución, de la cual era socio y Gerente; que cancelara (sic) el valor de los servicios prestados a Matilde Trujillo de Gutiérrez, tanto por la Clínica de Marly S. A., como por el médico Dr..... con motivo de la internación de dicha señora en la nombrada Clínica el 19 de febrero de 1.949, fecha en la que dicha señora dió a luz a los menores demandantes Yezid y Eugenia?' Contestó: '..... no puedo contestar si es cierto, por cuanto hace tanto tiempo que ocurrió que no me recuerdo si di la autorización o nó, lo que si es cierto es que la cuenta se pagó y se me cargó en "mi cuenta personal". No agrego nada más. Leída la aprobó' (f. 59). Negó rotundamente haber visitado o frecuentando varias casas en que vivió Matilde, así como el haber propiciado el viaje de aquélla a Caracas a raíz de su embarazo a fin de residenciarse allí con ella; confesó que era soltero en los años de 1.947 a 1.949; negó haberle obsequiado a su amante una argolla blanca con grabados en su interior; negó la realización de relaciones sexuales en el mes de mayo de 1.948, así como el haber visitado a los infantes Yezid y Eugenia y haberles suministrado recursos por algún tiempo y manifestó que ignoraba el estado de viudez de Matilde de Gutiérrez".

El sentenciador encuentra no probada la causal de seducción, por no estar dentro de las condiciones que contempla el supuesto 2o. artículo 4o. Ley 45 de 1.936. Pero agrega:

"En cuanto a la causal cuarta o sean las relaciones sexuales notorias y estables entre el presunto padre y la madre con las condiciones o características enumeradas en el numeral 4o. del citado artículo 4o., considera la Sala que carecen de fundamento y son por ello inatendibles las críticas extensamente sustentadas por el señor apoderado del demandado tendientes a demostrar que el libelo de demanda adolece de una falla o defecto fundamental de técnica procesal que impediría entrar a considerar o estudiar en el fondo dicha causal, puesto que a su juicio, no se invocaron o expusieron expresamente como hechos las 'relaciones sexuales notorias y estables'. Y se dice que esas críticas son infundadas porque en los hechos 6o., 8o y 9o. del libelo se habla de relaciones sexuales estables, perseverantes, permanentes, y si expresamente no las califica de notorias, es evidente que, como lo anota el fallador de instancia, en nuestro derecho procesal no rigen fórmulas sacramentales que deban observarse en este caso, porque es al juzgador a quien corresponde valorar si las relaciones sexuales impetradas reúnen las características exigidas por la ley para que puedan ser admitidas como fundamento de la sentencia.

"En el caso de autos es un hecho cierto, indiscutible, que se desprende de la propia confesión del demandado, que entre éste y la demandante existieron relaciones, amorosas primero y sexuales después, las cuales comenzaron en el año de 1.947. La abundante correspondencia postal y telegráfica deja ver que esas relaciones se prolongaron hasta fines de 1.949, luego rebasan ampliamente el límite legal de la concepción probable de que ya se trató, por cuanto que antecedieron y subsiguieron a éste en un amplio margen de tiempo. Y no hay razón

ninguna que permita pensar que el presunto padre Bichara Yamhure no hubiera tenido acceso a su amante en el referido lapso de los ciento veinte días, puesto que del análisis que se hizo tan sólo pudo establecerse la ausencia de esta ciudad a fines del mes de julio de 1.948, por haberse retirado a lugares cercanos a Bogotá, pero cuando ya se había consumado la concepción, según el cómputo antes hecho. Tampoco acreditó que Matilde Trujillo hubiera sostenido relaciones con otro hombre distinto del demandado durante el tiempo en que se presume la concepción mencionada. Además, la conducta observada por Yamhure con su nombrada amante no permite abrigar la menor duda de que él es el autor de la concepción de las criaturas que reclaman su estado civil. La lectura de sus mensajes hace pensar que se trata de la correspondencia entre dos esposos legítimamente unidos. Díganlo si no esas expresiones de hondo afecto, de mutuas manifestaciones de fidelidad, de deseos por la eterna ventura del ser amado, de reconocer espontáneamente en la vida de Matilde una trayectoria de honradez y rectitud insospechable, el hablar de proyectos para el futuro y considerarse unidos por un común destino; el haber sostenido con asiduidad y constancia esa correspondencia en una época en que para eludir su responsabilidad o compromiso, al galán le habría bastado alejarse o guardar silencio, y no relevar, como lo hizo, esa situación con las periódicas entregas o auxilios de dinero; o auspiciar y hacer posible el viaje de la Trujillo a Caracas, prometiéndole ir a reunirse con ella para hacer allí una vida nueva; y finalmente, y esto es bien revelador, el haber sufragado espontáneamente los gastos del médico y de clínica para Matilde en el trance del alumbramiento.

"Ahora: que tales relaciones sexuales fueron notorias y estables aparece de esos mismos hechos probados, puesto que la confesión de un lado, y la correspondencia del otro, permiten inferir firmemente que ellas se prolongaron por tres años aproximadamente, y que trascendieron el círculo de las relaciones y amistades de Matilde y de Bichara, pues así lo declaran los testigos, y porque si su intención hubiera sido la de mantener dichas relaciones en forma velada y discreta, no se explicaría entonces por qué daba órdenes personalmente o por correspondencia, a los socios y empleados de la casa comercial de la que era Gerente, para que le dieran o pagaran a la Trujillo de Gutiérrez esas sumas de dinero, y que se debitaran en su cuenta personal".

LA ACUSACION

El recurrente enumera cuatro cargos que corresponden a la causal 1a. de casación, aunque dice proponer el tercero por la causal 2a.:

I. "..... violación directa del artículo 4o., inciso 1o. y ordinal 4o., de la Ley 45 de 1.936 y consecuencialmente el artículo 1o. de la misma ley, el primero por interpretación errónea y el segundo por indebida aplicación".

En apoyo del reparo se alega que las relaciones sexuales, entre el presunto padre y la madre exigen ser "notorias, inequívocas y regulares", mientras que el sentenciador creyó erróneamente "que bastaba el trato amistoso conocido de varios, sin que a nadie le constaran las relaciones sexuales y ni tan siquiera simplemente amorosas, pero muchísimo menos que a alguien le constara una simple tarde o noche o mañana u hora de intimidad, sin que nadie los hubiera visto

jamás durmiendo, ni reposando juntos de día o de noche, ni encerrados en una pieza o en toda una casa, ni nada por el estilo".

Con este criterio, arguye el recurrente, "bastaría tener una amiga y pasar por ella a la puerta de su casa y hacerle unos regalos, para que existieran relaciones sexuales estables y notorias, lo que es monstruosamente equivocado".

Alega, además, que "el trato posterior al nacimiento, cables y telegramas también posteriores", ni configuran ni ayudan a configurar la notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales, "que indispensablemente deben referirse al tiempo legal presumible de la concepción," y cuando "se trata de hechos que las pongan inequívocamente de presente".

En este orden de ideas el libelo afirma que el sentenciador incurrió en errónea interpretación del referido ordinal 4o, y expresa:

"De modo que para el Tribunal, sin que haya comunidad de habitación o concubinato en sentido estricto, por el solo hecho de salir juntos un hombre y una mujer a la calle y darle aquel cierto trato cordial o cariñoso y algunos regalos, ya se presume que existen relaciones sexuales entre ellos, si habitan en la misma ciudad. Increíble tesis, verdad?

Reafirma la errónea interpretación en cuanto el Tribunal "deduce la notoriedad del hecho de dar órdenes personalmente o por correspondencia para que le dieron (sic) dineros a la Matilde, hecho que por sí es totalmente ajeno a relaciones sexuales, porque puede cumplirse por amistad, por amoríos románticos, por generosidad, pero que no significa en absoluto intimidad sexual y mucho menos pública, porque en tales órdenes no se la calificaba de amante, ni esposa y ni siquiera de novia siendo soltero Yamhure. Nuevamente se interpreta torcida y burdamente el ordinal 4o.

"La confesión no sirve en absoluto para probar notoriedad, sino todo lo contrario, pero, repito, en este cargo no discute la apreciación de pruebas, sino las deducciones que de los hechos que el Tribunal creyó encontrar probados sacó, para interpretar el ordinal 4o, y encontrar cumplidos sus requisitos".

II. "Error de hecho en la interpretación de la demanda, y violación indirecta del ordinal 4o. artículo 4o., ley 45 de 1.936. Alegué en las instancias -dice el recurrente- que el Tribunal no podía aplicar el ordinal 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, porque en la demanda no se alegó la notoriedad de las relaciones sexuales. Sin embargo, el Tribunal lo aplicó violándolo".

Se basa el reparo en que la demanda inicial fue interpretada "en el sentido de que afirmar que las relaciones habían sido estables, perseverantes y permanentes, significaba que habían sido notorias. Confunde así el Tribunal dos cosas completamente distintas: los tres calificativos empleados en la demanda se refieren, exclusivamente, al requisito de la estabilidad; ninguno a la notoriedad. Una cosa puede ser notoria e inestable, o estable pero oculta, secreta, no notoria. Deducir lo uno de lo otro es imposible. No hay ninguna razón de léxico, de gramática, de lógica, ni jurídica para deducir notoriedad de la estabilidad, perseverancia o permanencia de unas relaciones ..... Es una interpretación contraria a la evidencia textual, gramatical, lógica y jurídica de la demanda.

"Ese error condujo al Tribunal a aplicar indebidamente el ordinal 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, puesto que no podía hacerlo sin que el deman-

dente hubiera afirmado la notoriedad exigida por ese texto, ya que la sentencia debe basarse en los hechos alegados por el actor en la demanda y no puede tener en cuenta hechos no alegados en ella, cuando sean sustanciales, importantes, principales, como todos los que configuran una causal de filiación o determinan los requisitos para adquirir un derecho o un estado civil. Violó el Tribunal el artículo 593 del Código Judicial, que exige esa armonía entre sentencia y hechos afirmados en la demanda, y ese error lo condujo igualmente a aplicar indebidamente tanto el artículo 1o. de la ley 45 de 1.936, como el ordinal 4o. de su artículo 4o.

"Tampoco se dice en la demanda que las relaciones sexuales hubieran existido en los meses en que el Tribunal fija el período de la concepción: del 28 de abril al 28 de agosto de 1.948, pues sólo se dice que se iniciaron en 1.947 (hecho 5o.), pero por parte alguna se afirma que hubieran subsistido hasta agosto de 1.948 y ni siquiera hasta abril o mayo de ese año. Con esto resulta que tampoco se afirmó un hecho básico de esa causal: la coincidencia de las relaciones con la época de la concepción. De modo que por este aspecto se incurrió en el mismo error manifiesto de hecho al interpretar la demanda y en violación de los citados textos legales.

"Sencillamente, la demanda no alegó realmente, jurídicamente, la causal 4a. del citado artículo y el Tribunal no podía por tanto declararla, sin violar esos textos legales".

III. "Causal 2a. -dice el libelo- y continúa:

"Estimo que el hecho de fundar el Tribunal su sentencia en hechos, como la notoriedad de las relaciones sexuales, fundamentales para la pretensión incoada, sin estar afirmados en la demanda, constituye también un motivo de incongruencia, porque este opera no solo cuando se accede a lo no pedido, sino también cuando se otorga lo pedido pero por causa petendi distinta a la puntualizada en los hechos de la demanda.

"Las consideraciones del cargo anterior sirven para fundar este".

IV. "Error en la prueba. Hubo manifiesto, protuberante, error de hecho al apreciar el Tribunal la prueba del juicio y deducir de ella que se reunían los requisitos exigidos por el ordinal 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936: estabilidad, coincidencia con la concepción, notoriedad y carácter inequívoco de las relaciones sexuales.

"En efecto no se demostró que fueran estables en la época de la concepción (una estabilidad anterior a ella no sirve), ni que en realidad hubieran existido las relaciones sexuales y mucho menos que fueran públicas o notorias, y menos todavía que con esas condiciones hubieran coincidido con la época de la concepción".

Se refiere a las declaraciones de Leonor Sierra de Botero, Amanda Botero de Blanco y José Jaramillo Giraldo, y afirma que hubo evidente error de hecho, como también error de derecho "al no exigir el Tribunal la razón del dicho, ni la concordancia de tiempo, modo y lugar, al haberse dado mérito a declaraciones de oídas, con violación de los artículos 697, 698 y 699 del Código Judicial, y en cambio al no haberle prestado atención, a pesar de reconocerlas, a las flagrantes contradicciones de los testigos, con violación de los artículos 701 y 702 del mismo Código Judicial, lo mismo que el artículo 688, especialmente el inciso 2o., al no requerir que los testigos expusieran el 'suficiente conocimiento de los hechos'".

Aparece efectuado con acrimonia el estudio de esas declaraciones para deducir los invocados errores de hecho y de derecho, así como las contradicciones, falta de fundamento, deficiencias e ineptitudes que se alegan. Y pasa a decir el libelo:

"El error evidente al ver siquiera una afirmación de que le constaran esas relaciones sexuales por haberlas observado, al menos indirectamente, o hechos algunos que las indicaran, es igualmente protuberante.

"El error evidente al ver siquiera una afirmación, que por parte alguna existe, de que fueran relaciones notorias, públicas, observadas por todos, a la vista de quienes pudieran observar a los amantes, es todavía más protuberante. Es algo irresponsable y arbitrario.

"El error de derecho, por otro lado, al no existir la coordinación de modo, tiempo y lugar, entre esta declaración y la de Jaramillo que en absoluto se refiere ni a esas épocas, ni lugares, ni relata siquiera hechos parecidos; y la de la madre señora de Botero, que habla de 1.948, que refiere visitas en una pieza de su casa, donde vivía la señora de Blanco (y sin embargo ésta no los conoció), que no habla de besos ni cariños en la calle ni en parte alguna, es también protuberante. (art. 697 C. J.). Errores de hecho y de derecho que se refieren a aspectos diferentes de las declaraciones y que por tanto no son incompatibles. Los motivos de las dos acusaciones son diversos y por tanto pueden alegarse, en el mismo cargo, para mejor entendimiento global del mismo".

Por otro aspecto se alega que la prueba documental está referida a posesión de estado, pero no a relaciones sexuales. "En ninguno de los documentos examinados por el Tribunal -dice el recurrente- hay la menor manifestación, directa o indirecta, a declaraciones (sic) sexuales: expresiones cariñosas las hay, pero comunes en enamorados románticos. Además, sólo pueden ser considerados los documentos de fechas coincidentes con los ciento veinte días del período presuntivo de la concepción, y en todo caso anteriores al mismo, pero de ninguna manera posteriores, por obvias razones.

"El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho al ver en esos documentos prueba adicional de las relaciones sexuales estables y notorias, porque ni siquiera se deduce de ellos la existencia de simples o esporádicas relaciones de esa índole. En cambio, esa prueba escrita sirve para demostrar cómo la Matilde Trujillo estuvo durante casi todo el período de la concepción en lugares muy lejanos a donde se encontraba Yamhure. De modo que si algún mérito probatorio tienen frente a esta causal 4a. es en favor de la parte demandada".

Por último contempla la declaración de Yamhure:

"En las posiciones que absolvió el demandado -se lee en el libelo- aparece la negativa rotunda de haber tenido relaciones estables y notorias con la demandada; se acepta que se tuvieron amoríos y luego algunas relaciones sexuales esporádicas, de modo que se está en presencia de una confesión indivisible en este aspecto. También confiesa que envió los mensajes telegráficos y las cartas que ya se comentaron y que no prueban absolutamente nada distinto de las ausencias de Yamhure y de una amistad y quizás unos amores, sin que pueda de ellos deducirse ninguna relación sexual.

"La única prueba de relaciones sexuales queda reducida a la confesión del demandado, con la indivisible calificación de esporádicas o negativa rotunda

de haber sido estables y notorias. Por tanto, cuando el Tribunal ve en esa confesión una prueba de relaciones sexuales estables y notorias, incurre en una absurda apreciación de la prueba, es decir, en evidente error de hecho".

Inserta la aclaración del demandado acerca de que las relaciones sexuales fueron muy esporádicamente, y aduce que como Yamhure negó haber tenido relaciones en mayo, y en junio y julio -dice- estuvo Matilde en Caracas, mientras que en agosto Richara se hallaba en Santafé, "resulta que no existe confesión alguna de relaciones sexuales en el período de la concepción. Hubo -agrega- otro error manifiesto del Tribunal al ver confesión de relaciones coincidentes con ese período".

Y cuanto a las autorizaciones para dar dinero a Matilde Trujillo, estima el recurrente que el Tribunal incluyó como prueba de relaciones sexuales en la época de la concepción, "unos hechos posteriores a la misma; olvidó que la confesión adiciona la aclaración de que lo hizo ante las amenazas de la Trujillo (f. 80 C. 2); vió absurdamente un hecho indicador de relaciones sexuales, en donde absolutamente nada podía encontrar al respecto. El error manifiesto de hecho, como los anteriores, aparece de bulto en la apreciación de esas pruebas.

"Estos errores en la confesión, en las órdenes para entregar dinero, en los documentos (cables, telegramas, cartas, tarjetas), sumados a los errores de derecho y de hecho en la valoración de los testimonios, llevaron al Tribunal a aplicar indebidamente, violándolos, los artículos 1o. y 4o., ordinal 4o., de la Ley 45 de 1.936, que son normas sustanciales".

SE CONSIDERA

1. Por su naturaleza recóndita la filiación paterna no es susceptible de prueba directa, y su descubrimiento fuera de matrimonio se efectúa por medio de inferencias cuya fuerza se gradúa subjetivamente por el juez de instancia en términos de íntimo convencimiento, no censurable en casación si no es en el evento muy remoto de arbitrariedad manifiesta.

2. En el supuesto litigioso de mujer casada que en separación de hecho de su marido que ha impugnado con éxito la legitimidad de la filiación, mantiene relaciones sexuales con varón que las reconoce, así como también el hecho sobresaliente de haber pagado las atenciones médicas y de clínica en el momento del parto, no es viable en casación ninguna lucha contra el fallo de instancia que vio despejarse el enigma de la paternidad, por más que el confesante calificara de esporádicas aquellas relaciones sexuales, desde luego que tal nota no es suficiente a privarlas de sus naturales efectos en función reproductiva.

Entonces, los demás elementos de juicio allegados al proceso, que por sí solos acaso serían insuficientes para revelar la filiación paterna, se esfuerzan poderosamente. Y no hay crítica valedera en el recurso extraordinario acerca de que ni por las declaraciones de testigos, ni por los mensajes entre los amantes, ni por otros índices análogos haya base precisa para entender que los contactos sexuales se realizaran en el período probable de concepción según la fecha del nacimiento. Porque es el propio padre quien dió su veredicto al respecto cuando hizo el pago de los menesteres anexos al alumbramiento. Así, las inferencias colaterales adquieren valor corroborante, mientras lo restan a la censura en casación.

3. Si aún la técnica del recurso extraordinario ante la Corte, exigente y estricta en grado sumo, admite sin embargo alguna tolerancia para consultar más

el contenido jurídico que el reparo, con razón más profunda todavía está capacitado el juzgador de instancia para extraer la intención de la demanda inicial cuando no hay duda acerca de su verdadero alcance, a pesar de las deficiencias técnicas que pudieran anotársele. Pues si la causa petendi habla de seducción o de relaciones sexuales, no hay duda ninguna del reenvío a la ley que determina las características y circunstancias necesarias para que la seducción o las relaciones sexuales permitan al juez la declaración de paternidad, o sean los ordinales 2o. y 4o. artículo 4o., ley 45 de 1,936.

Por lo que el reparo de ineptitud cuanto a la demanda inicial, ya debatido en la instancia, no incide ante la Corte.

4. Pueden ser más o menos discretas las relaciones sexuales estables, sin que por ello dejen de ser notorias. Este concepto de la notoriedad es por su naturaleza muy relativo y dependiente de los poderes del sentenciador para formar con autonomía su propio juicio en conciencia. Lo que en vecindarios pequeños es ostensible, pasa con inadvertencia en las ciudades, a medida que su población crece. Es público entonces lo que no se conserva en absoluta intimidad según el medio y las costumbres. De modo que si en determinada pareja hay hechos indicadores de relaciones sexuales, y después el hombre paga y reconoce públicamente que fueron a su cargo los honorarios médicos y clínicos del nacimiento, viene a ser procesalmente indudable que no fueron ocultas las relaciones sexuales que el mismo varón admite ante el juez como esporádicas, cuando resultan estables, además, puesto que no aparece la interferencia de ningún otro hombre.

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 14 de noviembre de 1,962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio de Matilde Trujillo de Gutiérrez, en representación de sus menores hijos Yezid y Eugenia, contra Bichara Yamhure.

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 Coral Velasco. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Julián Uribe Cadavid. - José Hernández Arbeláez. - Alejandro Bernate, Conjuez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

REIVINDICACION. - SUS CONDICIONES

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, seis de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En reivindicación de una parcela Alzaranio Ruiz Echeverri demandó a José López Cardona, y por causa para pedir hizo afirmaciones que son en síntesis:

Que como único hijo del matrimonio contraído por Gerardo Ruiz con María Enriqueta Echeverri, heredó a la muerte de esta última unas dos y media cuadras de tierra con casa de habitación y cultivos de café, determinadas por linderos en el paraje de Puerto Espejo, Municipio de Armenia; y ulteriormente, al morir su padre, recibió otra parcela como cuerpo cierto, limítrofe con la anterior.

Que en razón de ser entonces menor de edad Alzaranio Ruiz, su representante legal obtuvo licencia para la subasta de fecha 15 de marzo de 1.954 en que la parcela heredada del padre se le adjudicó a Alfredo Herrera Piedrahita, quien la transfirió a Gabriel Hoyos Gómez, y éste a José López Cardona; y

Que el último adquirente se halla en posesión de ambas tierras, a pesar de que su título no cubre sino la parcela que el actor heredó de su padre Gerardo Ruiz.

Con fecha 8 de octubre de 1.960 el Juez 1o. Civil del Circuito de Armenia resolvió el primer grado procesal, así:

"1o. El señor Alzaranio Ruiz Echeverri es dueño absoluto del inmueble relacionado en la declaratoria primera de la demanda.

"2o. El señor José López Cardona debe restituir al señor Alzaranio Ruiz Echeverri el inmueble de que trata el numeral anterior dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

"3o. Condénase al poseedor vencido a la restitución de los frutos percibidos después de la contestación de la demanda y de los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, para lo cual se seguirá el trámite del artículo 553 del Código Judicial.

"4o. El poseedor vencido de probarse, tendrá derecho a que se le abonen las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa y las mejoras útiles hechas antes de la contestación de la demanda.

"5o. Inscríbase esta sentencia en el libro correspondiente de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"6o. Condénase en costas a la parte demandada. Tásense".

Apeló el demandado, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira hizo este pronunciamiento el 5 de septiembre de 1.962.

Primero. Se confirma la sentencia de fecha y procedencia indicadas en esta providencia, con la aclaración de que el demandado tiene derecho a retener el inmueble objeto de este juicio, hasta tanto se le paguen las expensas y mejoras a que se refiere el ordinal 4º. de la parte resolutiva del fallo del Juzgado.

"Segundo. Se condena en costas a la parte demandada en esta instancia".

Incumbe ahora a la Corte resolver sobre el recurso de casación interpuesto y sustentado por el mismo litigante.

LA SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal encuentra reunidas las condiciones de la acción reivindicatoria, y cuanto a que el objeto poseído por el demandado sea el mismo que el actor pide, toma en consideración los antecedentes documentales, para expresar:

"Así las cosas, según el acta de remate, única (sic) prueba que obra en el proceso, Juan Nepomuceno Espinosa, en calidad de curador del entonces menor Alzaranio Ruiz Echeverri, solicitó y obtuvo ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá licencia judicial para vender bienes del menor nombrado, y al efecto se puso en subasta el 15 de marzo de 1.954 el lote de terreno que al demandante le correspondió en el juicio de sucesión de su padre, Gerardo Ruiz García, cuya situación y linderos coinciden en un todo, con la única diferencia de que en el adjudicado al demandante en el año de 1.948, se dijo que no tenía casa y el rematado en el juicio de licencia judicial se hace constar que tiene casa de habitación.

"El acta de remate dice que el inmueble relacionando en esa diligencia fue adquirido por el entonces menor Alzaranio Ruiz E., 'por adjudicación que se le hizo en la sucesión del señor Gerardo Ruiz, según registro del decreto sobre posesión efectiva verificado en la 'Oficina de Registro de II. PP. y PP. de Armonía el 31 de agosto de 1.948', y cuyo registro es exactamente igual al que se hizo constar en la hijuela o decreto de posesión efectiva en el juicio de sucesión de Gerardo Ruiz (folio 17, cuaderno 1 y folio 31 vto. cuaderno 2).

"En (sic) el lote de terreno que fue adjudicado al demandante en el juicio de sucesión de Gerardo Ruiz y el que fue rematado por Alfredo Herrera Piedrahita en el juicio de licencia judicial a que se refiere el acta de remate del folio 17 del cuaderno principal, es el mismo, como se verá más adelante".

A este respecto halla el sentenciador que la identidad de los bienes que le correspondieron al actor en la sucesión de sus padres "se logró demostrar con una triple prueba: inspección ocular del propio juez de la causa, dictamen pericial y prueba testimonial".

Cuanto a la inspección ocular se lee en el fallo:

"En la diligencia de inspección ocular practicada a petición de las partes litigantes, dice el juez de la instancia que se procedió a identificar los predios de

que tratan las dos hijuelas formadas para Alzaranio Ruíz Echeverri en las sucesiones de María Enriqueta Echeverri y Gerardo Ruiz, con la intervención de peritos y los testigos Marco Zapata, Mario Durán Solano, Mario Mejía Botero, Rómulo Pérez y Efraín López. En lo tocante al lote adjudicado al demandante en la sucesión de su madre, dice el Juzgado que se trata de una finca rural, situada en el paraje de Puerto Espejo, en jurisdicción del Municipio de Armenia, de una cabida aproximada de dos y media cuadras, mejorado el terreno con casa de habitación, cultivos de café, plátano y algo de cacao, sombrío y un pequeño potrero de pasto artificial y que después de recorrerla por sus linderos, de acuerdo con los respectivos títulos que obran en autos, llegó a la siguiente conclusión:

"Identificado por sus linderos el anterior lote se pudo constatar que es el mismo de que trata la hijuela formada en favor del señor Alzaranio Ruiz Echeverri en la sucesión de la señora Enriqueta Echeverri de Ruiz, y el mismo de que trata el certificado expedido por el señor Registrador de II. PP. y PP. de Armenia, visible a folios 3 y 4 del cuaderno principal, como también el mismo de que trata el hecho tercero de la demanda instaurada". (Cuaderno 3, f. 24 v.).

"En relación con el otro lote adjudicado al demandante en la sucesión de Gerardo Ruiz, el cual está a continuación del anterior, cultivado con café, plátano y pasto, sin casa de habitación, y después de verificar el recorrido por sus linderos, dijo el juzgado:

"Identificado como queda el último lote, se pudo constatar por el Juzgado, los peritos, testigos y apoderados de las partes, que es el mismo adjudicado al señor Alzaranio Ruíz E. en la sucesión del señor Gerardo Ruíz, cuya hijuela obra a folios 1 y 2 del cuaderno tercero; como también el mismo de que trata el remate visible a folios 17 y 18 del cuaderno principal; como también el mismo que relaciona la escritura visible a folios 23 y 24 del cuaderno primero, distinguida tal escritura con el número 1224, pasada en la Notaría 1ª. de Armenia; y el mismo de que da cuenta la escritura número 269, pasada en la Notaría 3ª. de Armenia, visible a folios 19 y 20 del cuaderno principal; y finalmente la misma de que trata el certificado de tradición expedido por el señor Registrador de II. PP. y PP., obrante a folios 5 y 6 del cuaderno principal".

"Luego, en la misma diligencia de inspección ocular entra el Juzgado a dar las explicaciones de los medios de que se valió para identificar los dos predios. Al llegar a la parte por donde colindan entre sí, dijo:

"'Para identificar la línea intermedia, que divide los dos lotes adjudicados a Alzaranio Ruíz Echeverri en las sucesiones de sus padres, sirvió de base las indicaciones que al Juzgado y a los peritos dió el testigo señor Marco Zapata únicamente, pues no existen mojones ni cercas. Acto seguido el Dr....., como apoderado del demandado, solicita que el Juzgado aclare los siguientes puntos: a) Como el Juzgado dejó constancia de que el lote del costado norte es el mismo de que trata la hijuela formada al señor Alzaranio Ruíz E. en la sucesión de su padre señor Gerardo Ruíz, que se deje constancia cuáles fueron los fundamentos que tuvo el Juzgado para llegar a esa conclusión. El Despacho en relación con la anotación anterior, deja la siguiente constancia: 'Esta identificación la ha efectuado el Juzgado estudiando la hijuela relacionada en la sucesión de Gerardo Ruíz, padre de Alzaranio Ruíz Echeverri, valido de las indicaciones que sobre el terreno presentó el testigo señor Marcos Zapata. Manifiesta el Dr.....: b) Como además se dejó constancia de que ese lote del costado norte es el mismo de que trata el remate

visible a fs.17 y 18 del cuaderno principal, que se deje constancia qué medios sirvieron de base al Juzgado para llegar a esa conclusión y si efectivamente identificó los linderos que se anotan en la diligencia de remate y los comparó con los del lote en mención. A la pregunta anterior formulada por el Dr....., el Juzgado responde: 'Los linderos mencionados en el decreto de posesión efectiva en favor de Alzaranio Ruíz Echeverri en la sucesión del señor Gerardo Ruiz y los del remate verificado el 15 de marzo de 1.954, en el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá, son los mismos, según los documentos que obran en autos, con la diferencia de que en el primero de ellos el lote de terreno dice no tener casa de habitación. Los linderos de que hablan los dos documentos que obran en autos, fueron constatados por el Despacho sobre el terreno con las bases que se dejaron explicadas anteriormente".

El sentenciador toma en cuenta los testimonios de Mario Durán, Marco Zapata, Efraín López, Rómulo Pérez y Mario Mejía Botero en orden a la referida demostración de que la parcela rematada es la misma recibida por Alzaranio en la sucesión de su padre Gerardo Ruíz. Y por lo que respecta al dictamen, encuentra que dos peritos resultaron de acuerdo en que los "inmuebles a que se refieren las hijuelas formadas al actor en la sucesión de sus padres, ya fueron identificados por el Juzgado en la diligencia de inspección ocular"; que se trata de dos lotes, según las hijuelas, "ya que los linderos son absolutamente separados e inconfundibles"; que "el lote de la reivindicación es el mismo a que se contrae la hijuela formada al demandante en la sucesión de su madre, María Enriqueta Echeverri P....." y; que "el lote de terreno que fue adjudicado al actor en la sucesión de su padre, Gerardo Ruíz, es el mismo que fue rematado por el señor Alfredo Herrera Piedrahita dentro de las diligencias sobre licencia judicial, promovida por Nacianceno Espinosa, como curador del entonces menor Alzaranio Ruíz, ante el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá".

Más adelante se lee en el fallo:

"Considera el Tribunal que con esta triple prueba de inspección ocular del propio Juez de la causa; con el dictamen pericial uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos, y la prueba testimonial, quedan plenamente identificados los siguientes globos de terreno: a) El lote que se pretende reivindicar en este juicio, el cual no es otro que el adjudicado al actor en el juicio de sucesión de su madre María Enriqueta Echeverri de Ruíz; b) El lote de terreno que se adjudicó al mismo demandante dentro del juicio de sucesión de su padre, Gerardo Ruíz G.; c) El inmueble que fue rematado por Alfredo Herrera P. dentro del juicio de licencia judicial para vender bienes del entonces menor y hoy demandante Alzaranio Ruíz Echeverri, adelantado en el Juzgado Civil del Circuito de Calarcá; y d) Que tanto el inmueble que le correspondió al actor en el juicio de sucesión de su padre Gerardo Ruíz G., y que fue rematado por Alfredo Herrera P. como el lote de terreno que se le adjudicó al actor en la sucesión de su madre María Enriqueta Echeverri de Ruíz, se encontraban, al iniciarse este juicio, en posesión material del demandado José López Cardona.

"Por manera que la identidad entre la cosa que se pretende reivindicar y la poseída por el demandado, que constituye uno de los elementos fundamentales en esta acción, está bien demostrada, no obstante los varios argumentos que expone la parte demandada para poner por lo menos en duda la identificación del predio, objeto de la litis".

Uno de los señores Magistrados del Tribunal salvó su voto.

LA ACUSACION

En materia de la causal 1ª. de casación el recurrente formula tres cargos, a saber:

I. "Errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba de inspección ocular y del dictamen de peritos, y violación indirecta de normas sustanciales. También de la prueba testimonial".

II. "Error manifiesto de hecho en la apreciación de las pruebas y consecuente violación de la ley sustancial".

III. "Violación directa de ley sustancial".

I. El primer reparo afirma que "en el caso de autos, el juez no examinó y mucho menos reconoció e identificó los linderos de los dos lotes de terreno. Apenas intentó hacerlo. Pero ante la imposibilidad de conseguir el fin, resolvió atenerse a las declaraciones de un testigo que ni siquiera las rindió con las formalidades de ley, para dar por identificados los bienes. Así, pues, fue ese testigo y no el juez quien identificó teóricamente los lotes. No hubo 'reconocimiento' de linderos y mucho' monos de la identificación de los lotes, por el juez. En verdad el juez hizo un reconocimiento del testigo, no de los inmuebles objeto de la diligencia. El artículo 724 del Código Judicial resultó así violado, por falta de aplicación".

Entiende violados también los artículos 727 y 730 ibidem. Después comenta: "...no existe la menor duda sobre la sustancia de hecho del cargo, porque en el acta quedó la siguente manifestación del juez, ella sí plena prueba al respecto: 'Para identificar la línea intermedia, que divide los dos lotes adjudicados a Alzaramio Ruiz Echeverri en las sucesiones de sus padres, sirvió de base las indicaciones que el Juzgado y a los peritos dió el testigo señor Marco Zapata únicamente, pues no existen mojones ni cercas'.

"'Unicamente', dice la constancia del juez. Es decir, que fue por ello sólo, que no hubo otra prueba, que no hubo reconocimiento personal del Juez ni de los peritos, que personalmente ni aquél ni éstos pudieron identificarla, que existe sólo la indicación de un testigo, que tampoco declaró bajo juramento".

De estas indicaciones sin juramento deduce la censura el quebranto de los artículos 683 y 684 del mismo Código Judicial. Y en complemento arguye que sobre la identificación de las dos parcelas no se pudo tener dato distinto de las indicaciones de Marco Zapata, porque en sentir del recurrente todos los demás hechos observados y que constan en autos conducen a lo contrario: "a concluir que ambos lotes quedaron rematados".

A este respecto observa: a) Que el bien rematado tenía casa, y el adquirido por el demandante en la sucesión de su padre no la tenía; b) Que el avalúo para la subasta se hizo en $23.000, y los peritos del presente juicio "dicen que el bien adquirido por el demandante de su padre no vale ni la mitad de esa suma"; y c) Que "las dos lotes son en realidad uno solo y nunca han existido cercas ni divisiones, por lo cual se explica que al avaluarse y al rematarse se les haya tenido como uno solo y así se haya consumado el remate".

Incidentalmente deduce error manifiesto de hecho sobre la inspección ocular y por lo que respecta a la línea intermedia entre los dos terrenos, en la ex-

presión del fallo en el sentido de que el Juez se sirvió principalmente de las indicaciones de Marco Zapata, cuando según el acta respectiva lo dicho por ese testigo fue únicamente la base que se tuvo en cuenta acerca de la misma línea intermedia.

Sobre la prueba pericial alude el recurrente a que para la identificación de las tierras los expertos se atuvieron a la inspección ocular, cuya única base fue el dicho del referido Zapata, y a que el examen de la hijuela de Alzaranio en relación con el solar reivindicado "confirma plenamente que no llegó a la conclusión sobre identidad de los lotes por el examen de los mismos, por observaciones sobre el terreno, por medio de sus sentidos, sino en forma teórica, sobre una falsa identificación en la inspección ocular y sobre la redacción de una hijuela".

Desprende violación de los artículos 716, 722 y 723 del Código Judicial.

Por el aspecto testimonial, critica las declaraciones de Mario Durán, Mario (sic) Zapata, Efraín López, Rómulo Pérez y Mario Mejía Botero, y alega:

"Salta a la vista el protuberante error manifiesto de hecho en la apreciación de estos testimonios, pues por parte alguna se identifica la línea divisoria entre los dos inmuebles, ni se le individualiza materialmente, que es el punto exigido como presupuesto de la pretensión reivindicatoria y que el Tribunal dió por demostrado. Otro manifiesto error de hecho está en que el Tribunal confunde la identificación teórica y gramatical de linderos en los títulos, con la identificación material e individualizada, sobre el terreno, de cada uno de los dos lotes, cuestión esta última que por parte alguna aparece de tales declaraciones".

Por todo lo cual invoca violación de los artículos 849, 946, 947, 950, 961, 964, 756 y 1849 del Código Civil.

II). El recurrente insiste en la censura, esta vez por error manifiesto de hecho: a) Sobre el contenido material del acta de inspección ocular, en cuanto creyera el sentenciador "que el Juez había identificado personalmente el lote reivindicado y su línea divisoria con el lote también poseído por el demandado, cuando es patente que en el acta se dice que no fue él quien lo identificó, sino un señor Zapata"; b) Porque viera "una declaración de testigo por las indicaciones de Zapata, cuando en parte alguna aparece que se le recibiera declaración, es decir, no existe materialmente tal declaración; c) Porque dijera "que el Juez había tenido en cuenta 'principalmente' esas indicaciones (f. 77 v.), cuando en el acta se dice claramente que se atuvo a ellas 'únicamente'; d) Porque creyera "encontrar constancia del Juez sobre identificación hecha por él, cuando es protuberante que no existe en parte alguna"; y e) Porque incurriera en absurda interpretación del acta, "haciéndole decir lo que en ella no consta".

También le atribuye error de hecho al fallo cuanto a que por el dictamen pericial entendiera identificado el inmueble cuya restitución se pide, pues en síntesis alega el recurrente que los expertos no hicieron esas identificaciones sino que en último término está referido todo a las indicaciones del susodicho Zapata.

Vuelve sobre los argumentos que buscan demostrar cómo el remate comprende los dos terrenos heredados por Alzaranio Ruíz, en atención al precio de la subasta, a las cabidas y a que formaron siempre un globo, por falta de cercas o divisiones. Arguye, además, que el dictamen carece de fundamento en lo que respecta a la identificación del predio, y, en fin, dice:

"Si a estos errores protuberantes se suma el error manifiesto de hecho que en la apreciación de los testimonios existe y que en el cargo anterior se alegó, resulta que también por esta clase de error no queda en pie ni uno solo de los fundamentos probatorios de la sentencia, en cuanto a estos dos elementos de la pretensión reivindicatoria: el dominio y la singularización del bien".

Deduce así falta de aplicación de los artículos 1849, 1908 y 756 del Código Civil.

III). En materia de violación directa de ley sustancial el recurrente estima completa la titularidad del demandado sobre los dos terrenos, por cuanto el inmueble de la subasta "tenía un valor tres veces mayor del que podría corresponderle al lote que le quedaría al demandado", si no se incluyese el solar que se reivindica; como quiera "que lo rematado fue un lote con casa de habitación y solo comprendiendo lo reivindicado puede cumplirse esto"; y porque "los dos lotes de que se habla en la demanda fueron en realidad, siempre un solo globo".

Y dice: "Pues bien, con o sin error, en el juicio de licencia se avaluó y se remató el globo completo, como se desprende de los hechos anteriores".

De donde concentra el tercer reparo en esta forma:

"Para que pudiera accederse a una pretensión reivindicatoria de demandante, sobre parte de ese globo rematado, era indispensable atacar el remate y las ventas subsiguientes, alegar y probar la irregularidad en que se incurrió en ese remate, el haberse incluído en él parte del globo de terreno sobre el cual no había una licencia judicial o cualesquiera otros motivos de nulidad o de simple invalidez.

"Como en la demanda no se alegó ni pidió nada sobre el remate y las ventas subsiguientes, el Tribunal no podía decretar la reivindicación, sin desconocer esos títulos".

Y concluye:

"Se violaron así los artículos 1849, 1854, 1857, 1908 del Código Civil que regulan la venta en pública subasta y el primero porque regula además la compraventa ordinaria hecha por el demandante y su vendedor; el artículo 2641 del Código Civil, en cuanto regula el modo de la tradición en la compraventa y remate de inmuebles; artículos 740, 742, 743, 745 y 756 del Código Civil, que regulan la tradición de los bienes y especialmente de los inmuebles. Estos textos garantizan la propiedad adquirida por el remate y transferida por las dos ventas, luego resultaron violados directamente y por falta de aplicación".

SE CONSIDERA:

1. Las pretensiones de las partes en este litigio provienen de la misma fuente: las herencias de María Enriqueta Echeverri y de Gerardo Ruiz, padres legítimos del actor Alzaranio Ruiz Echeverri, único hijo y heredero universal de ambos.

Alzaranio recibió primero en la sucesión de su madre Enriqueta una parcela determinada por su ubicación y límites como cuerpo cierto; y después, en la sucesión de su padre Gerardo, otra parcela colindante con la anterior e individualizada también como cuerpo cierto.

Del conjunto de esas dos parcelas se encuentra en posesión el demandado José López Cardona, quien se ampara en el título surgido de remate en el proceso de licencia para subastar bienes de Alzaranio cuando era todavía incapaz por razón de la edad.

2. Alzaranio ha deducido pretensión restitutoria de la parcela heredada de su madre Enriqueta Echeverri, y no desconoce el título del demandate López Cardona por remate de la parcela que heredara Alzaranio de su padre Gerardo Ruiz.

El demandado no discute la titularidad antecedente de Alzaranio sobre ambas parcelas. Reconoce el hecho de que está en posesión de las dos tierras. Pretende legitimar con el remate su estado posesorio. Entonces, no se trata en realidad de saber si el mismo bien cuya restitución se pide está en poder del demandado, puesto que no cabe ninguna duda al respecto. Ni de averiguar si es un cuerpo cierto lo que obviamente aparece pedido como tierra determinada por su ubicación y linderos. No es tampoco cuestión de identidad del objeto del pleito con el poseído por el demandado: debe simplemente esclarecerse la afirmación defensiva de que el remate comprende las dos tierras, y no una sola de las parcelas heredadas por Alzaranio, para saber así que cosa debe restarse de la titularidad antecedente del actor, reconocida por ambas partes. O sea: que si el proceso no acredita la adquisición de ambas parcelas por el demandado López Cardona, su titularidad no va más allá del alcance de la subasta, y prevalece la tesis restitutoria cuanto a la posesión del demandado en exceso de la misma medida que el remate establece.

3. En tal situación el acervo probatorio en su conjunto revela que el título del demandado no corresponde al todo de los dos terrenos, sino sólo al solar que Alzaranio heredó de su padre Gerardo Ruiz. Los antecedentes sucesorios con linderos propios para cada una de las dos parcelas, de la misma manera que en las respectivas liquidaciones hereditarias y en los certificados del registro, son medios documentales ante los que decaen por completo las inferencias simples que el recurso propone en respaldo del entendimiento de que el título del demandado comprende ambos solares. Titularidad esta que sería indispensable a la prosperidad de la defensa.

4. Por lo demás, pudo ser deficiente el acta como testimonio de la inspección ocular practicada, o que fuese imperfecta la diligencia misma. Sin embargo, el vacío se refiere a la determinación sobre el terreno de la línea limítrofe entre los dos solares. Y no deja de ser obvio que los defectos de aquella inspección ocular en modo alguno aportarían la prueba del mejor derecho del demandado sobre el exceso de su propio título, hasta abarcar dos parcelas que permanecen distintamente individualizadas en las escrituras y en el registro público por su ubicación y límites susceptibles de deslinde y amojonamiento.

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 5 de septiembre de 1962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en el presente litigio de Alzaranio Ruiz Echeverri contra José López Cardona.

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 Coral Velasco.- Enrique López de la Pava - Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- José Hernández Arbeláez.- Pedro Castillo Pineda, (Conjuez).- Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONJUECES

El Conjuez sorteado en un negocio dado es un reemplazo personal del Magistrado impedido, con relación al cual fue sorteado, y lo sustituye mientras éste conserve el cargo de tal. Incompetencia de la Sala constituida con un Conjuez que había dejado de serlo.

El conjuez es un magistrado *ad hoc* llamado a intervenir en determinado negocio, ya para dirimir el empate producido en la Sala, en la discusión de una providencia, ya para reemplazar a un magistrado recusado o empedido por motivo legal (art. 59, C. J.).

La necesidad de la certeza en la constitución de todo juez plural, con relación a cuyo funcionamiento ha de descartarse cualquier factor de arbitrariedad o desorden, exige que el conjuez sorteado en un negocio para hacer las veces de un magistrado recusado o impedido, sea su reemplazo personal. Es esto precisamente lo que fluye del artículo 59 del Código Judicial, cuando al señalar la función sustitutiva de los conjueces, enseña que éstos "sirven para reemplazar a los magistrados que sean recusados o estén impedidos en alguna causa o negocio". Formula que no admite otro sentido acorde con la naturaleza misma de la institución, que el de que el conjuez sorteado, para sustituir en el conocimiento de un negocio, a un magistrado separado de éste, es su reemplazo personal, mientras el reemplazado conserve el cargo de magistrado; que, en consecuencia, al dejar éste el cargo y ser, por lo mismo, sustituído por otro magistrado, el conjuez pierde toda facultad de intervención en el negocio; y que, finalmente, el conjuez llamado para reemplazar a un determinado magistrado no puede, por el sólo hecho de este llamamiento, entrar a actuar en vez de un magistrado distinto, con relación al cual no fue sorteado.

Al ocurrir esta última hipótesis, esto es, al entrar a sustituir a un magistrado impedido, el conjuez que se sorteó para reemplazar a otro magistrado que luego dejó de serlo, el interviniente como conjuez carece de competencia al efecto, no es tal conjuez para el caso, de donde resulta que la Sala falladora se ha constituído con un elemento extraño a la misma, sin poder alguno para integrarla válidamente. Así la incompetencia absoluta de uno de los componentes del cuerpo fallador se ha traducido en la incompetencia del cuerpo mismo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, ocho de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Se decide el recurso de casación interpuesto por Francisco Rivera A. contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Dis-

trito Judicial de Buga, con fecha 5 de diciembre de 1.961, en el juicio ordinario seguido por el mismo Francisco Rivera A. y otro frente a Arturo Rivera Bueno y otro.

- I -

Pompeyo y Francisco Rivera A., diciendo obrar en su propio nombre y en representación de la sucesión ilíquida de Guillermo Rivera A., en su calidad de herederos como hermanos legítimos del dicho causante, trajeron a juicio ordinario a Arturo Rivera Bueno y Erasmo García, para que con su audiencia, se revisasen las sentencias de primera y segunda instancia sobre excepciones, en el juicio ejecutivo que siguió Arturo Rivera B. contra la mencionada sucesión, que fueron proferidas por el Juez 2º. Civil del Circuito de Cartago y por el Tribunal Superior de Buga, con fecha 14 de abril de 1.953 y 6 de julio de 1.956, respectivamente. Como consecuencia de la impetrada revisión, se solicitó la declaración de invalidez del documento que había servido de base al juicio ejecutivo en referencia y se propusieron varias peticiones subsidiarias, sustitutivas unas de otras.

El primer grado del juicio se cerró con fallo absolutorio de los demandados. En la segunda instancia, ante el Tribunal Superior de Buga, abierta por apelación de los actores, recayó la sentencia de fecha 5 de diciembre de 1.961, confirmatoria de la del inferior y objeto, ahora, del recurso de casación interpuesto por parte de Francisco Rivera A.

- II -

El recurrente en casación acusa la sentencia del Tribunal por las causales primera y sexta del artículo 520 del Código Judicial. Y como los cargas deben estudiarse en el orden lógico exigido por la naturaleza de las causales aducidas (art. 537 ibídem), se procederá en primer término al estudio de la acusación formulada en la órbita de la causal sexta, pues si ella ha de prosperar no habrá lugar al examen de los demás capítulos de la impugnación.

El reparo en este punto, presentado como tercer cargo, lo propone el impugnante, textualmente, así:

"Al iniciar esta demanda muy claramente dije que invocaba además de la causal primera, la causal 6ª. del art. 520 del C.J., por haberse dictado o intervenido en el pronunciamiento un Magistrado que no tenía la jurisdicción correspondiente para dictar fallo en el presente negocio. En efecto el Dr. Penilla fue designado Conjuez y como no aceptara se sorteó como su reemplazo al doctor Ernesto Herrera Giraldo. Mas en el pronunciamiento acusado dictaron el fallo Pedro Nel Vélez Delgado, Marino Davales (sic) y Gerardo Cárdenas Martínez, o sea no intervino el Magistrado debidamente designado. Pero entre las fórmulas prescritas en el art. 448 del C.J. bajo pena de nulidad, está la de que el juez designado para decidir sobre el juicio, es quien debe producir el pronunciamiento porque es quien tiene la respectiva jurisdicción. Es decir, debe considerarse como un vicio de la sentencia y del cual se deriva nulidad, el no haber intervenido el conjuez designado para reemplazar al Dr. Penilla, máxime cuando no aparece que hubiera sido sustituído. Es propiamente un vicio de la sentencia, porque como acto procesal

no se ha constituido legalmente, y no puede tener la eficacia legal correspondiente, pues representa un vicio extra-formal, porque se refiere a la competencia para producir una declaración con efectos jurídicos de sentencia definitiva de segunda instancia. Y el caso debe considerarse dentro de los límites de la causal 6ª. del citado art. 520 del C.J. por cuanto en realidad es un error in judicando (sic). En efecto la sentencia fue dictada por persona que no poseía el nombramiento de juez en el caso controvertido, por persona que pudiera ejercer válidamente la jurisdicción y competencia, y por consiguiente ella debe considerarse viciada de nulidad, y ordenarse que se dicte por las personas que legalmente puedan pronunciarla. Como el hecho, aparece en el mismo expediente y en la sentencia, la nulidad apenas corresponde reconocerla".

- II -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. En relación con la materia del cargo, suministra al proceso los siguientes datos:

a). Cuando el juicio ante el Tribunal había llegado al estado de citar a las partes para sentencia, el entonces Magistrado doctor Oscar Robayo se declaró impedido, por haber dictado como Juez 2º. Civil del Circuito de Cartago, la sentencia apelada. No habiéndose removido el impedimento, aprehendió la sustanciación del negocio el Magistrado doctor Pedro Nel Vélez Delgado, y procedióse después al sorteo del conjuez correspondiente, que recayó en la persona del doctor Gerardo Cárdenas Martínez, quien se posesionó de esta función el 16 de diciembre de 1.959.

b). En seguida, el Magistrado doctor Alonso Penilla se manifestó también impedido, por haber actuado en el juicio como apoderado de los demandantes. Por no haberse allanado el impedimento, hízose el sorteo del conjuez que había de reemplazarlo, de que resultó como tal el doctor Joaquín Emilio Penilla, quien no aceptó, por la cual hubo de procederse a nuevo sorteo, en el que salió designado el doctor Ernesto Herrera Giraldo, quien se posesionó del cargo con fecha 4 de febrero de 1.960.

c). Así las cosas, citadas las partes para sentencia y luego de celebrarse, el 14 de marzo de 1.960, audiencia pública ante la Sala constituída por el Magistrado doctor Pedro Nel Vélez Delgado y los conjueces doctores Gerardo Cárdenas Martínez y Ernesto Herrera Giraldo, vino a proferirse, el día 5 de diciembre de 1.961, la sentencia de segunda instancia, suscrita por los magistrados doctores Pedro Nel Vélez Delgado y Marino Dávalos G. y, como conjuez, por el doctor Gerardo Cárdenas Martínez.

d). Resulta pues, que de los magistrados en propiedad integrantes a la sazón de la Sala Civil del Tribunal de Buga, sólo dejó de concurrir a la pronunciación del fallo el Magistrado doctor Alonso Penilla, separado del conocimiento del negocio a virtud del impedimento por él manifestado, y en sustitución del cual se había designado al conjuez doctor Ernesto Herrera Giraldo.

2. El conjuez es un magistrado ad hoc llamado a intervenir en determinado negocio, ya para dirimir el empate producido en la Sala, en la discusión de una providencia, ya para reemplazar a un magistrado recusado o impedido por motivo legal (art. 59, C. J.).

3. La necesidad de la certeza en la constitución de todo juez plural, con relación a cuyo funcionamiento ha de descartarse cualquier factor de arbitrariedad o desorden, exige que el conjuez sorteado en un negocio para hacer las veces de un magistrado recusado o impedido, sea su reemplazo personal. Es esto precisamente lo que fluye del artículo 59 del Código Judicial, cuando al señalar la función sustitutiva de los conjueces, enseña que éstos "sirven para reemplazar a los magistrados que sean recusados o estén impedidos en alguna causa o negocio". Fórmula que no admite otro sentido acorde con la naturaleza misma de la institución, que el de que el conjuez sorteado, para sustituir en el conocimiento de un negocio, a un magistrado separado de éste, es su reemplazo personal, mientras el reemplazado conserve el cargo de magistrado; que, en consecuencia, al dejar éste el cargo y ser, por lo mismo, sustituido por otro magistrado, el conjuez pierde toda facultad de intervención en el negocio; y que, finalmente, el conjuez llamado para reemplazar a un determinado magistrado no puede, por el sólo hecho de este llamamiento, entrar a actuar en vez de un magistrado distinto, con relación al cual no fue sorteado.

4. Al ocurrir esta última hipótesis, esto es, al entrar a sustituir a un magistrado impedido, el conjuez que se sorteó para reemplazar a otro magistrado que luego dejó de serlo, el interviniente como conjuez carece de competencia al efecto, no es tal conjuez para el caso, de donde resulta que la Sala falladora se ha constituído con un elemento extraño a la misma, sin poder alguno para integrarla válidamente. Así la incompetencia absoluta de uno de los componentes del cuerpo fallador se ha traducido en la incompetencia del cuerpo mismo.

5. En el caso sub judice es evidente que, en lugar del magistrado impedido doctor Alonso Penilla, ha debido actuar en la expedición de la sentencia, el conjuez llamado a reemplazarlo, doctor Ernesto Herrera Giraldo, y no el doctor Gerardo Cárdenas Martínez, que había sido sorteado como conjuez para sustituir al magistrado doctor Oscar Robayo, quien para el día en que vino a dictarse el pronunciamiento no era ya magistrado del Tribunal. De donde resulta que, por este defecto fundamental de su composición, la Sala falladora no era entidad competente para proferir la sentencia acusada, configurándose, así, la causal de nulidad por incompetencia de jurisdicción contemplada en primer término por el artículo 448 del Código Judicial.

6. La acusación es, pues, justificada y por lo tanto, dará lugar a la casación del fallo, con el objeto de declarar el estado en que queda el juicio de que se trata y devolver los autos al Tribunal de Buga para que, constituída la Sala de Decisión como en derecho corresponde, dicte el pronunciamiento a que haya lugar.

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 fecha cinco (5) de diciembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga; DECLARA que el juico queda en estado de proferir el fallo de segunda instancia; y DISPONE que se envíen los autos al Tribunal de su origen para que dicte nueva sentencia con arreglo a derecho.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y cúmplase.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

HEREDEROS

Prueba de la calidad de tales en juicio distinto del de sucesión. Deficiencias técnicas del libelo de casación.

1. Constituyen deficiencias de téncica las que se observan en la demanda de casación formulada en este recurso, las cuales podrían conducir a desestimarla: poner en la misma categoría la violación de normas de prueba y el quebranto de preceptos de derecho sustancial; formar de una consideración tocante a esta especie de derecho, un motivo de ataque en punto de valoración probatoria; acusar en forma global la apreciación por el Tribunal de los medios que se consideran vulnerados, sin determinarlos en su individualidad; y no señalar de modo completo el sentido en que se pretende fueron infringidas las disposiciones sustanciales con que toca la acusación.

2. Por el carácter universal del juicio de sucesión, que en ningún caso se abre sino con la demostración de la muerte del causante y en el que encuentra inmediata oportunidad la determinación de sus sucesores universales, es apenas obvio que las resoluciones que en el mismo se dicten sobre reconocimiento de herederos, hayan de servir, en cualquiera otro juicio en que sea parte la sucesión, para acreditar con relación a ésta la personería de quienes en el juicio universal fueron reconocidos como herederos. Para que así no ocurriera, sería indispensable que este reconocimiento fuese luego desvirtuado en debida forma.

Es así como la jurisprudencia de la Corte ha admitido invariablemente que la calidad de heredero puede probarse en juicio con copia de la providencia declarativa de tal carácter, proferida en el juicio de sucesión (6 junio 1.945, LIX, 2019/20/21, pág. 138; 22 febrero 1.952, LXXI, 2110/11, págs. 102 y 103; 6 octubre 1.953, LXXVI, 2135 pág. 532; 14 julio 1.954, LXXVIII, 2144, pág. 79; 22 octubre 1.956, LXXXIII, 2171/72/73, pág. 471).

Y si no es dado concebir la noción de heredero sin la de muerte del causante, como que ésta es supuesto ontológico de aquella, es claro que el proveído que reconoce a una persona la calidad actual de heredero de otra, por el mismo hecho predica la muerte de ésta y funda, por consiguiente, desde el punto de vista de la prueba, la aptitud del heredero reconocido para actuar por la herencia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, once de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. 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 Tunja, con fecha 21 de septiembre de 1.961, en el juicio ordinario seguido por Orosia Sierra G. en nombre de la sucesión de Juan Bautista Sierra, frente a Enrique Sierra G.

- I -

EL ASUNTO

En la causa promovida por Orosia Sierra G., como heredera ab intestato en su condición de hermana legítima de Juan Bautista Sierra G., en pro de la sucesión de éste, contra Enrique Sierra G., para que se decretase la rescisión por lesión enorme de la venta que de los predios denominados "San Agustín", "El Jordán" y "San Juan", ubicados en el municipio de Tibaná, hizo el causante al demandado, por medio de la escritura pública número 78 de 16 de febrero de 1.956, otorgada ante el Notario 1o. del Circuito de Ramiriquí, el juez de primera instancia profirió fallo en que se acoge la dicha acción.

Por alzada del demandado, tramitóse la segunda instancia, que culminó con la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, de fecha 21 de septiembre de 1.961, por la cual, con una modificación concerniente a la forma de declarar no probadas las excepciones propuestas, confirmó la decisión recurrida, con la reforma de establecer compensación entre el valor de los frutos de los bienes vendidos al demandado y el de los frutos del precio recibido por el vendedor.

Interpuesto por el demandado el recurso de casación, encuéntrase éste en el punto de ser resuelto.

- II -

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En su parte considerativa, se ocupa en primer término de estudiar la prueba con que la demandante Orosia Sierra ha acreditado su carácter de heredera del causante Juan Bautista Sierra G. y su legitimación en la causa.

A tal efecto, observa que en este proceso obran una copia de la copia de la partida original de defunción de Juan Bautista Sierra G. existente en el juicio de sucesión de éste y la copia del auto por el cual se declaró abierta dicha causa mortuoria y se reconoció como interesada en ella a Orosia Sierra García.

A la vista de estas piezas, argumenta que la copia del auto referido, al declarar abierto el juicio de sucesión de Juan Bautista Sierra, implica que éste falleció y que, si por el mismo proveído se reconoció como interesada a Orosia Sierra, es porque aun no ha aparecido heredero de mejor derecho y, por consiguiente, ella representa a la sucesión referida. A lo que se agrega la copia de la partida de defunción de Juan Bautista tomada de la copia que obra en el juicio de sucesión.

Apoyándose, luego, en la doctrina jurisprudencial que ha reconocido valor probatorio a la copia expedida por el Notario de la copia formal protocolizada de un acta original del estado civil, procede a concluir, en relación con la susodicha copia de la copia de la partida de defunción de Juan Bautista Sierra, aducida a petición de parte, dentro del término probatorio y que no fue impugnada por la contraparte, que la personería de la actora para demandar aparece acreditada; que quien demanda como heredera de una persona la rescisión de un contrato celebrado por ella, habla como parte y no como tercero; que las acciones de que podía disponer el de cujus pueden ser usadas por sus herederos con la misma amplitud; y que de lo anterior se desprende que Orosia Sierra goza de poder para demandar la rescisión por lesión enorme del contrato de venta en referencia.

Entrando seguidamente al fondo de la acción rescisoria en este litigio deducida, encuentra demostradas sus condiciones, por todo lo cual concluye en confirmar la decisión del juez a quo; con las modificaciones a que se hizo ya alusión.

- III -

EL RECURSO EXTRAORDINARIO

El libelo de casación, contestado por la parte opositora, acusa la sentencia, con respaldo en la causal primera, por dos motivos, cuyo planteamiento cabe sintetizar así:

Primero. Se hace consistir el reparo en que el Tribunal, al aceptar como prueba del estado civil de Orosia Sierra y de su calidad de heredera de Juan Bautista Sierra, como hermana del mismo, con personería para ejercitar la acción deducida en este pleito, las copias expedidas por el Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Ramiriquí, violó los artículos 632 del C. J., 1o. de la ley 92 de 1.938, 346 y 347 del C. civ., 22 de la ley 57 de 1.887, 19 y 21 de la ley 45 de 1.936 y 1008 del C. Civil. (Aunque en el encabezamiento y en el final de la exposición se citan los artículos 436 y 437 del C. civ., completamente ajenos a la materia discurrida, como en el curso de su argumentación el impugnante menciona los artículos 346 y 347 ibid., resulta claro que la mención de los primeros acusa un yerro caligráfico, consistente en la inversión mecánica de las dos primeras cifras).

Respecto al quebranto de los preceptos sobre pruebas del estado civil, comprendidos en la enumeración que se acaba de hacer, quebranto referido al hecho de que el sentenciador hubiera tenido como prueba del carácter de Orosia Sierra como heredera de Juan Bautista Sierra, en su calidad de hermana del mismo, y de la defunción de éste, tanto la copia del auto del juez que abrió el juicio de sucesión del último e hizo el reconocimiento de dicha calidad hereditaria, como la copia de la copia de las partidas de estado civil que obraron en aquel juicio, expedidos tales traslados por el Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Ramiquí, arguye el recurrente que incumbía a Orosia Sierra hacer esa demostración, no con las copias compulsadas por el mencionado secretario judicial, "sino con las actas expedidas por quienes están revestidos de esa función, en la forma ordenada por la ley, vale decir, bien por el Notario, ora por el cura párroco, ora por el alcalde, y si hubieran sido extendidas en el extranjero, por el cónsul respectivo y, en último término, trayendo la prueba supletoria".

Deduce, pues, que el Tribunal al otorgarle a la prueba aducida por la actora un valor que no tiene, violó indirectamente el artículo 1008 del C. C., disposición ésta de la que dice que por su virtud el heredero representa al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, como también se hirió el artículo 21 de la ley 45 de 1.936, en forma indirecta, a causa de error de derecho, "por el valor que se le dió a una prueba, inadmisible desde todo punto de vista, al reconocer como heredera de Juan Bautista Sierra a Orosia Sierra, como hermana legítima, porque sólo podía ser heredera en caso de haber demostrado el fallecimiento de sus padres. Prueba que ha debido allegarse al juicio..... brillan por su ausencia, las partidas de defunción de los padres de Orosia Sierra, es decir de Juan Agustín Sierra y Pilar García.....".

Se refiere a doctrinas jurisprudenciales completamente ajenas al caso debatido, como son las relativas a que la plena prueba respecto de lo que conste en el expediente de un juicio no es la certificación que de ello se expida, sino la copia formal de lo actuado, y a que sí, según el artículo 632 del C. J. hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, los instrumentos provenientes de funcionarios que ejerzan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, de ello no resulta que las actas sobre defunciones expedidas por un Director de Higiene puedan servir como prueba principal, sino como supletoria.

Y mirando a la doctrina que ha reconocido valor probatorio a las copias expedidas por los notarios de las copias de partidas de estado civil protocolizadas ante los mismos funcionarios, alega que "En el presente juicio no se trata de una copia de partidas acreditativas del estado civil que hubieran sido protocolizadas ante Notario, sino de copias de copias que se encontraban en un juicio de sucesión y expedidas por un funcionario distinto, como es el Secretario del Juzgado Civil del Circuito".

Por lo cual, reitera la afirmación de que el Tribunal infringió todos los preceptos legales atrás relacionados.

Segundo. Este motivo de acusación se hace consistir en el error de derecho en que se dice incurrió el Tribunal, al tener por prueba del carácter de Orosia Sierra como heredera de Juan Bautista Sierra, el auto proferido por el Juez Civil del Circuito de Ramiriquí, con fecha 28 de agosto de 1.958, en el juicio de sucesión de Juan Bautista, en cuya parte resolutiva, ordinal 5o. se dispuso tener a la nombrada Orosia "como interesada en el juicio en su condición de hermana legítima del causante".

Con el intento de demostrar el yerro, se arguye que el Tribunal dejó de analizar aquel proveído, en cuyos considerandos no se hace referencia a que se hubieran aducido las partidas de defunción de los padres de Juan Bautista Sierra, faltando las cuales, "no era posible que se hiciera el reconocimiento de heredera a Orosia Sierra, porque si éstos vivían, tenían mejor derecho que ella a heredar al causante Juan Bautista Sierra, por ser sus ascedientes legítimos, según lo ordenado por el artículo 19 de la ley 45 de 1.936"; y que, entonces, esa providencia por las fallas legales que se le anotan, "carece de valor probatorio y por lo mismo no podía ser aceptada por el Tribunal, y al tenerla, como idónea para acreditar la personería de la demandante, incurrió en error de derecho y violó los artículos 19 y 21 de la ley 45 de 1.936, 1008 del Código Civil y 632 del Código Judicial", que son los preceptos que en la formulación de este cargo se citan como infringidos.

- 1º -

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Haciendo caso omiso de las deficiencias de técnica que se observan en el libelo de casación, tales como poner en la misma categoría la violación de normas de prueba y el quebranto de preceptos de derecho sustancial; formar de una consideración tocante a esta especie de derecho, un motivo de ataque en punto de valoración probatoria; acusar en forma global la apreciación por el Tribunal de los medios que se consideran vulnerados, sin determinarlos en su individualidad; y no señalar de modo completo el sentido en que se pretende fueron infringidas las disposiciones sustanciales con que toca la acusación, las cuales fallas podrían conducir a desestimarla, con todo por vía de amplitud se pasa a indicar razones que en el orden probatorio la hacen imprósperа.

2. Como se vió, el hecho que sirve de tema y razón a los ataques de la censura, es el de que el Tribunal le hubiese reconocido a Orosia Sierra legitimación para obrar en nombre de la sucesión de Juan Bautista Sierra, con fundamento en las piezas procedentes de la dicha causa mortuoria, a saber: copia de la copia de unas actas de estado civil; y copia del auto de apertura de la sucesión, en el cual se reconoce a Orosia "como interesada en el juicio, en su condición de hermana legítima del causante, y declárase que acepta la herencia con beneficio de inventario y sin perjuicio de terceros".

3. Puesto que estos traslados procedentes del juicio de sucesión de Juan Bautista Sierra, seguido ante el propio Juez Civil del Circuito de Ramiriquí, se produjeron por el Secretario del Juzgado, en cumplimiento de orden del mismo Juez expedida en el presente juicio, a petición de la actora, quien los solicitó como pruebas de su parte y entraron al plenario en oportunidad, con la consiguiente audiencia del demandado, nada de irregular se encuentra en la forma de su aducción (arts. 597 ord. 3o. y 121 ord. 2o. C. J.), la que, por lo demás, no fue entonces objetada por el hoy recurrente. Quiere ello decir que en cuanto al modo de advenimiento de la prueba, no cabe reparo alguno.

4. En lo relativo al mérito probatorio de las mismas copias, se detiene la Sala a considerar lo tocante con el auto por el cual se abrió el juicio de sucesión de Juan Bautista Sierra y se tuvo a Orosia como heredera, porque ciertamente fue este proveído, el que le sirvió al sentenciador de argumento central para admitir la personería de la actora, como lo hace ver el siguiente pasaje de la motivación: "En el caso de este juicio aparece, como ya se advirtió, en primer lugar, la copia del auto que declaró a Orosia Sierra como interesada en el juicio de sucesión de Juan Bautista, lo cual implica que si se abrió judicialmente el juicio de sucesión de éste fue porque falleció; y en segundo lugar, si se declaró como interesada a Orosia Sierra es porque aun no ha aparecido heredero de mejor derecho y, por consiguiente, ella representa a la sucesión referida".

5. Se descarta, ante todo, cualquier posibilidad de tacha acerca del mérito formal de la copia del referido auto, porque, además de lo dicho atrás sobre el ingreso regular de este medio al proceso, ese mérito se ampara en el artículo 632 del C. J., cuando, refiriéndose a instrumentos distintos de las escrituras públicas, determina que hacen plena prueba acerca de su contenido, como documentos auténticos, las copias de los instrumentos provenientes de funcionarios que ejer-

zan cargos por autoridad pública, en lo referente al ejercicio de sus funciones, "expedidas formalmente y autorizadas por los secretarios o empleados encargados de los archivos".

6. En lo atinente al valor intrínseco probatorio del auto de apertura de la causa mortuoria de Juan Bautista y reconocimiento de su hermana Orosia como heredera, hay que presumir que si tal providencia se dictó, fue porque ante el Juez de la misma causa se demostró legalmente la muerte del causante y el parentesco que debía servir de base al reconocimiento hereditario.

7. Por el carácter universal del juicio de sucesión, que en ningún caso se abre sino con la demostración de la muerte del causante y en el que encuentra inmediata oportunidad la determinación de sus sucesores universales, es apenas obvio que las resoluciones que en el mismo se dicten sobre reconocimiento de herederos, hayan de servir, en cualquiera otro juicio en que sea parte la sucesión, para acreditar con relación a ésta la personería de quienes en el juicio universal fueron reconocidos como herederos. Para que así no ocurriera, sería indispensable que este reconocimiento fuese luego desvirtuado en debida forma.

Es así como la jurisprudencia de la Corte ha admitido invariablemente que la calidad de heredero puede probarse en juicio con copia de la providencia declarativa de tal carácter, proferido en el juicio de sucesión (6 junio 1.945, LIX, 2019/20/21, pág. 138; 22 febrero 1.952, LXXI, 2110/11 pag. 102 y 103; 6 octubre 1.953 LXXVI, 2135, pág. 532; 14 julio 1.954, LXXVIII, 2144, pág. 79; 22 octubre. 1.956, LXXXIII, 2171/72/73 pág. 471).

8. Y si no es dado concebir la noción de heredero sin la de muerte del causante, como que ésta es supuesto ontológico de aquélla, es claro que el proveído que reconoce a una persona la calidad actual de heredero de otra, por el mismo hecho predica la muerte de ésta y funda, por consiguiente, desde el punto de vista de la prueba, la aptitud del heredero reconocido para actuar por la herencia.

9. Aplicando estos conceptos al caso del pleito, tiénese que la copia formalmente expedida por el Secretario del Juez del Circuito de Ramiriquí, del auto que declaró abierta la sucesión de Juan Bautista Sierra y reconoció como interesada en el juicio, en su calidad de hermana legítima del causante, a Orosia Sierra, aceptante de la herencia con beneficio de inventario, es por sí solo prueba suficiente de la muerte de Juan Bautista y del carácter de heredera de Orosia. Vale decir que, sin necesidad de haber tenido que acudir en el presente litigio a la prueba por actas de estado civil, ese auto por sí mismo acredita la legitimación de Orosia Sierra para obrar en este juicio en pro de la sucesión de Juan Bautista Sierra.

10. Carece de toda pertinencia la pretensión de que, por no haberse aducido al presente juicio las partidas de defunción de los padres de Juan Bautista, y no estar acreditado ese punto por el auto en que se reconoció a Orosia como heredera del causante, tal auto no puede tenerse como prueba de la calidad hereditaria declarada, en cuanto en el orden sucesoral los ascendientes legítimos excluyen a los hermanos (art. 19, ley 45 de 1.936).

Porque, si como ya está expuesto, la declaratoria de heredero en juicio sucesorio se supone hecha en virtud de haberse aducido las pruebas del falleci-

miento del causante y de su parentesco con el sucesor reconocido, y si esa declaratoria vale en otro juicio como prueba de tal carácter hereditario, mientras no sea desvirtuada, resulta que, en el presente litigio, el hoy recurrente nada hizo para demostrar la ineficacia o invalidez sustancial del auto que reconoció a Orosia Sierra como heredera de Juan Bautista en su calidad de hermana legítima. Así, fuera de que no está acreditada la supervivencia de los padres de Juan Bautista con relación al mismo, no se produjo -ni se intentó hacerlo-, prueba alguna de que ellos hubieran sido judicialmente reconocidos como herederos del causante, ni siquiera de que se hubiesen presentado a aceptar la herencia o a discutirle a Orosia el carácter hereditario que le fue reconocido en el juicio de sucesión.

11. Por lo tanto, en el estado del proceso, tal como lo tuvo al estudio el sentenciador, la conclusión no puede ser otra que la ya destacada, de que el auto referido en cuanto hace a su mérito probatorio intrínseco, establece por sí mismo la legitimación de Orosia Sierra para obrar en este juicio en favor de la herencia de Juan Bautista.

12. Siendo lo expuesto suficiente para que la censura no pueda prosperar, se hace innecesario que la Corte entre a ocuparse de la acusación en lo relativo al hecho de que el Tribunal no hubiera desestimado como prueba la copia expedida por el Secretario del Juzgado del Circuito de Romitiqui, de la copia de las actas de estado civil existentes en el juicio de sucesión de Juan Bautista Sierra, referentes al parentesco de segundo grado de consanguinidad legítima en la línea colateral, que existió entre éste y la actora y a la defunción del mismo, actas de las cuales el Juzgador sólo se refirió expresamente a la última.

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 veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Enrique López de la Pava - Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

ACCIONES PAULIANA, DE NULIDAD ABSOLUTA Y SIMULACIÓN

Cada una de estas acciones es autónoma y exige medios probatorios adecuados a su naturaleza jurídica. El tercero puede demandar la simulación efectuada por su deudor. Autonomía del fallador de mérito en la apreciación de indicios. Casación. Ataque por supuesta omisión de análisis de hechos y pruebas.

1. Al amparo de un interés legítimo el tercero puede demandar la simulación efectuada por su deudor y su situación lo coloca en posibilidad, de probar el acto simulado valiéndose aún de la prueba de indicios.

2. Quien afirma la simulación de negocio jurídico y, en consecuencia, busca la prevalencia de la verdad, niega por lo mismo la posibilidad de error manifiesto respecto al hecho indicador, concretando el problema a estas dos cuestiones: si es posible y en qué supuestos incurrir en error palmario en las deducciones o indicios, y, esta otra, hasta donde llega el poder del Tribunal en la apreciación de los indicios y cuál es la función de la Corte ante la valoración dada por el sentenciador de mérito.

Ambos problemas han sido motivo de estudio repetido por la Corte, como puede verse en las sentencias más pertinentes que a continuación se citan: XLIII. 1907. 317 ss.; XLVII. 1.943. 461; LXXXVIII. 2198. 176.

3. Es necesario recordar, como rectificación doctrinaria, que son distintas entre sí la acción pauliana y las de nulidad absoluta y simulación.

La primera, aunque el Código emplea en el artículo 2491 la palabra nulidad, es lo cierto que, es acción de inoponibilidad del contrato serio frente al derecho del tercero que con esa acción se defiende del daño causado. En el ejercicio de esta pretensión deben distinguirse dos clases de contratos: a título oneroso y a título gratuito (1 y 2. 2491 C.C.). Si se trata de los contratos a título oneroso la pretensión está sujeta a dos modalidades esenciales: el *eventus damni*, o decir que el acto perjudique a los terceros, y el *consilium fraudis*, o entendimiento del deudor y el tercero con el objeto de defraudar a los acreedores. En el caso de actos a título gratuito, basta la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. Por regla general los individuos no gozan de completa libertad para efectuar actos gratuitos (1458), menos aún pueden hacerlo en perjuicio de sus acreedores. En esta hipótesis hay un evidente ánimo de causar perjuicios, por lo cual los acreedores tienen acción para reintegrar el patrimonio del deudor y obtener el pago de sus créditos.

La simulación de suyo no produce nulidad absoluta. La acción que busca destruir el acto simulado tiene por objeto la prevalencia del acto oculto.

En la pauliana el tercero invoca la inoponibilidad que contra él tiene el acto del deudor.

La de nulidad absoluta se funda en un concepto de orden público. Tiene por objeto destruir el negocio jurídico, por ilicitud de la causa o del objeto por omisión de formalidades que la ley establece como sustanciales al acto o contrato. La nulidad absoluta no indica falta de seriedad en el contrato. Las partes que lo celebran tienen intención y voluntad de ligarse. Causa u objeto pueden ser ilícitos o pueden faltarles formalidades esenciales al acto jurídico.

Cada una de esas acciones es autónoma y exige medios probatorios adecuados a su naturaleza jurídica. Intentada una de ellas, las pruebas deben dirigirse a establecer los hechos que la sustentan.

4. No sería razón suficiente para infirmar la sentencia la de que el fallador no hubiera visto hechos y pruebas que el recurso indica, si, como sucede en el caso de autos, los analizados por el Tribunal se sustraen a la jerarquía de la casación y, si la declaración de no existir prueba alguna que demuestre la simulación no afirmara la inexistencia de indicios que la patenticen. Esto en el supuesto del silencio a que se refiere la censura.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, trece de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Los antecedentes de este pleito son los siguientes:

1o. Por escritura número 2073 del 23 de septiembre de 1.958, pasada ante el Notario Primero de Palmira (V), Luis María Salazar dió en venta "en favor de su hijo" Luis Horacio Salazar el inmueble rural llamado "Villa Tulia", por la suma de veinte mil pesos "que recibe del comprador en este mismo acto, en presencia del infrascrito Notario y de los testigos instrumentales". Esta escritura se pudo registrar, según testimonio del Registrador puesto al final del instrumento "a pesar de existir vigente un embargo dictado dentro del juicio ejecutivo propuesto por Luis E. Salazar contra Luis María Salazar pero el ejecutante autorizó el registro por escrito y presentó además el certificado del Juez Primero Municipal de Palmira, con el que se comprueba que en dicho juicio no existen tercerías".

2o. Por escritura número 2151 de 3 de octubre de 1.958, pasada ante el mismo Notario, Luis María Salazar dió en venta "en favor de su hijo" Luis Horacio Salazar Muriel, una casa situada en Palmira, descrita allí y circunscrita por los linderos a que la escritura se refiere y, también, "todas y cada una de las mejoras existentes dentro de un lote de terreno que se dice ser de la nación, ubicado en el sitio de 'El Placer', jurisdicción del Municipio de Corinto....". El precio de esta venta se dijo ser de diez mil pesos que el vendedor declaró recibir "de manos de su comprador en este mismo acto, en la moneda estipulada y a su completa satisfacción, en presencia del infrascrito Notario y testigos instrumentales".

EL LITIGIO

Antonio José Arias, afirmando calidad de acreedor de Luis María Salazar, por la suma de doce mil pesos, inició este pleito frente a Luis María y Luis Horacio Salazar, a fin de obtener las siguientes declaraciones:

"A. Que son nulos, y por tanto, carecen de existencia jurídica los contratos de compra venta celebrados entre los señores Luis María Salazar y Luis Horacio Salazar por medio de las escrituras números 2073 y 2158 de veintitrés de septiembre y tres de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho, otorgadas en la Notaría Primera del Circuito de Palmira por no tener tales contratos existencia real por ser simulados.

"B. Que en consecuencia se ordene la cancelación de las escrituras mencionadas en los protocolos de la Notaría Primera del Circuito de Palmira y la cancelación del registro y matrícula de tales escrituras en la oficina de registro de los Circuitos de Tuluá, Palmira y Puerto Tejada.

"C. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y por no haber salido del dominio de Luis María Salazar los bienes que aparecen vendidos a Luis Horacio Salazar tales bienes deben quedar purgados de todo gravamen y limitación de dominio.

"D. Que se oficie a los señores Notario Primero del Circuito de Palmira y Registradores de Instrumentos Públicos de los Circuitos de Palmira y Tuluá y Puerto Tejada para el cumplimiento de los puntos B y C de esta demanda.

"E. Que se condene en costas a los demandados caso de que se opongan a la presente demanda".

Sustenta el actor sus peticiones en que es acreedor de Luis María Salazar; en que los contratos estipulados en las citadas escrituras públicas sólo han tenido por fin eludir el cumplimiento de la obligación contraída por Luis María; en que las ventas referidas lo perjudican y, en el hecho sexto afirma: "Como los contratos escriturarios de que se viene hablando no son reales sino simulados, no tienen objeto lícito, ni causa y está viciado el consentimiento, carecen por lo tanto de existencia jurídica y deben ser declarados nulos".

El Juez Primero del Circuito de Palmira en sentencia de 4 de marzo de 1.960, confundiendo la simulación con la nulidad absoluta, accedió a los pedimentos de la demanda.

El Tribunal Superior de Cali, en fallo de 27 de febrero de 1.961, proferido en virtud de apelación propuesta por la parte demandada, revocó el fallo del juzgador de primer grado y absolvió a los demandados de las pretensiones frente a ellos formuladas.

La parte demandante interpuso recurso de casación, el cual va a decidirse.

EL FALLO ACUSADO

A pesar de que el Tribunal reconoce que el certificado emanado del Juzgado Primero del Circuito de Tuluá, aducido a este proceso para demostrar la existencia del juicio ejecutivo iniciado por Antonio José Arias O. frente a Luis María Salazar Blandón y del cual aparece además que, "a la fecha en que en dicho juicio

fué comunicado el embargo preventivo, había sido inscrito otro embargo del fundo rural ubicado en Trujillo, y en el acto de la notificación de la orden de pago el deudor manifestó no tener nada que denunciar para el pago en vista de que el inmueble embargado lo había enajenado", fué aportado "en forma indebida" porque debieron presentarse las copias del aludido procedimiento según el artículo 632 del C. J. afirma: "con estos antecedentes" que "el demandado (sic) ha entendido ejercitar las acciones entre sí conexas de nulidad por simulación y la revocatoria o pauliana, por cuanto los contratos de compraventa a que se remiten (sic) las escrituras 2073 y 2158 fueron ficticios y celebrados en fraude de los derechos del actor, Sr. Antonio José Arias O. Para burlar el pago de la acreencia a favor de éste por $12.000.oo, la contenida en una letra de cambio cuyo plazo venció el primero de septiembre de 1.958, se dice que el demandado señor Luis María Salazar acudió al expediente de los referidos contratos, de suyo ficticios porque no hubo entrega de la cosa, pago del precio, intención del sedicente vendedor de entregar la cosa vendida ni ánimo del sedicente comprador de adquirir los inmuebles objeto de ellos", el Tribunal, con escaso acierto, ensaya un estudio sobre las acciones de simulación y pauliana, para concluir, sin embargo de haber afirmado que la demanda acumula "las acciones entre sí conexas de nulidad por simulación y la revocatoria o pauliana" que "si bien el hecho 'cuarto' de la motivación y el hecho de ser el acreedor perjudicado, el demandante en este juicio, pudieran suponer el ejercicio de la acción revocatoria al lado de la de simulación absoluta, es lo cierto que las peticiones de la demanda tan solo se refieren a esta última, de modo que en estricta técnica procesal la litis no ha podido contraerse sino al aspecto ficticio de las ventas, sin reparar en el concierto fraudulento que haya podido mediar entre el señor Salazar Blandón y el señor Salazar Muriel".

Y concluye así:

"Mas admitiendo, por vía de hipótesis, el ejercicio simultáneo de las dos acciones, la de simulación y la revocatoria, si por una parte puede aparecer demostrado el eventus damni que supone esta última, porque el deudor se desprendió de la totalidad de sus bienes al tiempo que debía dar cumplimiento a la obligación a favor del señor Arias, de otra el demandante no probó en absoluto el otro elemento de la acción, el consilium fraudis, el concierto doloso del señor Salazar Blandón con su hijo Horacio Salazar Muriel y por lo mismo la participación dolosa de éste en la celebración de los dos contratos de compraventa referidos".

En lo que respecta a pruebas dice el Tribunal:

"En las posiciones que absolvieron ante el a quo, los demandados negaron el carácter de simulados de los contratos en referencia, mas al paso que Luis María afirma que el precio lo pagó 'descontando el valor de la letra que yo -dice el absolvente- le había girado por $15.000.oo y el resto en dinero efectivo (pregunta duodécima), al referirse a la forma o especie en que dice haber efectuado el pago, Luis Horacio contestó así a la pregunta 'séptima':....'Yo sí pagué esa suma de $30.000.no moneda corriente, lo que ocurrió en la casa de esta ciudad perteneciente a mi padre y la cual hoy es mía en virtud de la negociación a que antes aludí'.

"De autos resulta demostrado y Luis Horacio lo confiesa en la 'cuarta' de las posiciones que absolvió, que también Luis María Salazar Blandón es o fué deudor de su hijo Luis Enrique Salazar, por lo que éste se vió obligado a demandarlo en juicio ejecutivo, y como Luis Horacio confesó haber intervenido en

dicha ejecución, el motivo de tal intervención lo explica así su respuesta a la pregunta 'cuarta': "Yo tenía una letra a cargo de mi padre por la suma de $22.500.oo y a mi favor letra que le endosé a mi hermado Luis Enrique porque yo le debía a éste una suma de dinero cuyo monto no recuerdo en este momento; por consiguiente, mi intervención en este juicio fue haberla endosado,.

"Lo anterior pone de manifiesto lo que él demandante llamaría la aparente capacidad económica de Luis Horacio Salazar Muriel como acreedor de su padre por la cantidad de $22.500.oo, sin embargo de que dijo ser a la vez deudor de su hermano Luis Enrique en cuantía que no expresó, y como poseedor de los $30.000.oo que pagó al contado como precio de los bienes comprados de las expresadas escrituras".

Estima el Tribunal que para desvirtuar la "presunción acerca de la suficiencia económica del señor Horacio Salazar Muriel y su hermano Luis Enrique se produjeron las declaraciones de los señores Nacianceno Gómez López, Enrique Gómez Restrepo, José Domingo Pérez Romero y Nacianceno Ospina Morales, las que aparecen acordes en lo siguiente: en que los hermanos Salazar Muriel de reducidos recursos económicos, pues en el tiempo que hace que los conocen, no menor de diez años, los han visto en las propiedades de su padre el señor Salazar Blandón, trabajando a su lado y bajo su dependencia, de modo que éste ha provisto a la subsistencia de ellos reservando para sí el exclusivo beneficio de los productos de los bienes. La afirmación de los declarantes es unánime al decir que no han sabido ni oído decir que Horacio Salazar Muriel pudiera poseer dinero suficiente como para haber comprado propiedades como las expresadas, en cuantía de $30.000.oo, y agrega que 'podría argumentarse que si estos testimonios no aparecen en manera alguna contradichos por otros elementos de juicio que hubieran producido los demandados en orden a desvanecer o mas bien a aclarar circunstancias cuyo enjuiciamento puede calificarse de indicios que se ciernen en contra de la verdad de las ventas de que tratan las escrituras 2073 y 2158, cuales son el haberse efectuado entre personas estrechamente unidas por los vínculos de la sangre y de la cordialidad para trabajar, y esto en los mismos días en que se vencía o hacíase exigible el valor de la obligación contenida en la letra de cambio a favor del señor Antonio José Arias, hay base para hallar en dichas circunstancias una ficción de compraventas porque a favor de aquellas no hubo entrega real de los bienes ni pago de precio'".

Para desechar los testimonios y rechazar los indicios, el Tribunal afirma:

"Repárese, sin embargo, que la prueba directa y principal aducida para demostrar la simulación consistente en las declaraciones de que se ha hecho mención, rendidas por los señores Gómez López, Gómez Restrepo, Pérez Romero y Ospina Morales. Sin embargo, tales testimonios no pasan de ser un indicio no necesario que se presta, al contrario, a conjeturas opuestas, pues que a favor de la protección de padre a hijo, y de la fidelidad de éste para con aquél en el trato íntimo y en el trabajo, el señor Salazar Blandón ha podido subvenir a las necesidades de subsistencia de su hijo Horacio mientras éste ahorraba, a través de los diez, quince o más años en que según los testigos ha trabajado con su padre, el producto de su trabajo y lo que podría percibir de los frutos de los bienes hasta completar la cantidad que pagó como precio de las ventas.

"Tampoco la discrepancia que se ha hecho notar sobre la forma en que según el señor Salazar Blandón y el señor Salazar Muriel se efectuó el pago de los $ 30.000,oo, ni las certificaciones que obran en el único cuaderno de pruebas son probanzas que pueden complementar la de las declaraciones, en forma de consti-

fuir con ésta una prueba indiciaria plena y eficaz que convenza de la simulación que se alega por ser precisa, grave y conexa".

Por fin, analiza la actitud de la parte demandada y asevera:

"Es cierto que la parte demandada ha observado una conducta de impasible pasividad, la que se desprende del hecho de no haber pedido la práctica de prueba alguna, por lo menos para contrarrestar las solicitadas por el demandante. Empero, si es al demandante a quien corresponde la carga total de la prueba, bien pueden los demandados, con base en la realidad de los contratos que dicen haber celebrado, no tener qué pruebas producir fuera de las escrituras que los contienen. Las observaciones hechas en el fallo del a-quo, relativas a las discrepancias entre las respuestas dadas por los demandados a las posiciones que absolvieron sobre la forma en que se efectuó el pago del precio, y la concerniente a la cuantía de las ventas, en absoluto prueban la simulación porque no la confesaron ni en el expediente hay base probatoria para afirmar el precio tres veces mas bajo por el que se llevaron a cabo las compraventas".

EL RECURSO

El primer cargo está formulado por "Error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas y consecuencial violación de la norma sustantiva por aplicación indebida.

"De las pruebas producidas el Tribunal menciona: a) contradicción entre los dichos de los dos demandados sobre forma de pago. b) los testimonios, c) las certificaciones que obran en el único cuaderno de pruebas, d) el tenor literal de las dos escrituras que refieren los contratos impugnados, e) el parentesco entre los miembros de la parte demandada.

"Natural que en ausencia de confesión verbal o escrita, la simulación solamente puede acreditarse a través de indicios, medios éstos de libre empleo tratándose de acción que intenta un tercero, acreedor, damnificado en su interés crediticio.

"El fallador tiene en cuenta, si que con grandes limitaciones, solo una mínima parte de las pruebas, indicios, que rezuman del haz probatorio. Entonces la principal anomalía de que padece su decisión es la de haber omitido hasta la sola mención de esos datos. A lo que se agrega el menguado influjo que otorga a los pocos que cita y el mínimo estudio que les dedica.

"El Tribunal no cayó en la cuenta de estos hechos y de la prueba que contienen:

"1. Salazar Blandón, siendo iletrado, aparece firmando (Luis M. Salazar) una letra de cambio por $1.500,oo a favor de su hijo Luis Enrique Salazar Muriel, precisamente la que sirvió de base para el embargo preventivo que impidiera el éxito de la medida cautelar de Antonio José Arias, instrumento que quien resulta aceptándolo y fue demandado por su causa, desconoce enfáticamente (folios 7 y 8 v. y respuesta 6a. folio 44).

"2. La letra de cambio por $1.500,oo, firmada por el iletrado Salazar Blandón el 24 de julio de 1.958, dio lugar a proceso ejecutivo en el juzgado 1o. Mu-

nicipal de Palmira, que concluyó por desistimiento de las partes el 5 de noviembre de 1.959 (folio 8 y vto. C. 2), y el aceptante la desconoce rotundamente al absolver posiciones el 7 de diciembre siguiente (folios 41 a 45), pese a tratarse de negocios con su hijo y que tuvieron bastante agitación.

"3. Salazar Blandón vendió a "Villa Tulia" el 23 de septiembre a su hijo Luis Horacio; finca cuyo embargo había sido decretado en el juicio de Arias desde el 9 de septiembre, medida que no tuvo vigor por hallarse vigente embargo 'anterior': el del juicio de Omar Lemos, cesionario al cobro de Luis Enrique Salazar Muriel, de 27 de septiembre (1).

"4. Salazar Blandón vendió a Salazar Muriel a 'Villa Tulia' el 23 de septiembre de 1.958 y la escritura pudo ser registrada y, por lo mismo, el vendedor cumplir con la entrega o tradición, el 13 de octubre siguiente, gracias al acreedor que la había embargado, otro Salazar Muriel (Luis Enrique), autorizó su registro por escrito (constancia al fin del instrumento notarial, C. 1o. fol. 6).

"5. Salazar Blandón dice en la escritura 2158 de octubre 3 de 1.958 que vende a su hijo Luis Horacio 'todas y cada una de las mejoras existentes en un lote de terreno ubicado en el sitio 'El Placer' jurisdicción del municipio de Corinto' (C. 1o. fol. 1o. v.-B), para luego manifestar en posiciones, diciembre 6 de 1.959: 'las mejoras de Corinto siempre han sido de mi hijo Luis Horacio, yo no se las he vendido' (C. 2o. fol. 45, respuesta 13a.).

"6. Luis Horacio Salazar vendè a su hermano Luis Anibal el predio 'Villa Tulia' el dia 26 de junio de 1.959, en la cantidad de $ 15.000.oo (escritura 1443, C. 2o. fls. 1 y 2), no obstante haberlo comprado un semestre antes por $ 20.000.oo (escr. 2073/958, C. 1o. fls. 4 a 6).

"7. Luis Horacio Salazar, habiendo vendido a su hermano Luis Anibal el inmueble 'Villa Tulia' en escritura 1443 de junio 26/59, que no pudo ser registrada por hallarse vigente la inscripción de la demanda ordinaria de Antonio José Arias (C. 1o. fls. 13, C. 2o. fls. 1 y 2, 21 v. y 22), niega dicha venta en posiciones absueltas el 7 de diciembre subsiguiente (11a. C. 2o. fol. 38 v.).

"8. Ambos demandados habían de un precio de $ 30.000.oo, según uno, pagado todo en efectivo y en un mismo lugar (Luis Horacio) según otro (Luis María), parte con el descuento de una letra de $ 15.000.oo y el resto en efectivo, como si se tratara de un contrato único, perdiendo de vista que se celebraron dos ventas con intervalo de tres semanas (sep. 23-Oct. 13).

"9. Salazar Blandón afirma no haber girado más letras a sus hijos que una a Luis Horacio por $ 22.500.oo que le debía y que le cubrió con la venta de Villa Tulia por $ 20.000.oo. Para en seguida contradecirse en términos de sostener que el precio de $ 30.000.oo sufrió el descuento de una letra por $ 15.000.oo girada a favor de su mismo hijo Luis Horacio (respuesta 4a. de Luis Horacio, fol. 38), respuestas 6a. y 12a. de Luis María, 44 y vto.).

"10. Salazar Muriel (Luis Horacio) dice haber intervenido en el juicio ejecutivo de su hermano Luis Enrique contra su padre, por el endoso que a éste hizo de letra de cambio a cargo del demandado por valor de $ 22.500.oo (respuesta 4a. folio 38) y acontece que el recaudo de Luis Enrique consistía en una letra firmada por su padre en cuantía de $ 1.500.oo (folio 8 v.).

"11. Luis Horacio Salazar dice haber recibido de su padre una letra de $22.500.oo por dinero que éste le debía (respuesta 4a.) y haber endosado tal instrumento a su hermano Luis Enrique, pues a su turno le estaba debiendo a él una suma de dinero cuyo monto no recuerda (la misma respuesta). En tanto que el deudor del instrumento (Salazar Blandón, el padre) declara que para pagar a Luis Horacio esa letra (de $ 15.000.oo), de la que ya no era tenedor el inicial beneficiario, le transmitió en venta el predio 'Villa Tulia'. (respuesta 6a y 12).

"12. Luis Horacio Salazar y las dos escrituras de compraventa sostienen que el precio se cubrió en efectivo, moneda corriente: pero mientras que los instrumentos dicen que en una oportunidad fueron $ 20.000.oo y en la otra $10.000.oo Salazar Múriel a una cantidad y oportunidad ($ 30.000.oo y en la casa). Y el vendedor habla de $ 15.000.oo en letra y el resto en efectivo.

"Todos estos son indicios que se desprenden de los documentos y las declaraciones de la parte demandada que no vio el Tribunal. A lo que se agrega que esa corporación incurrió en una confusión, pues hace funcionar la famosa letra de $ 22.500.oo en un sentido múltiple y contrario a la lógica; la toma como explicación de la suficiencia patrimonial del comprador, siendo así que éste motu propio se apresura a decir que habiéndola recibido de su padre la endosó a su hermano porque le estaba debiendo dinero, de suerte que si la transmitió en pago de deuda, mal podía contar con ella para compensarla con el precio de la compraventa y menos aún justificar con ella su potencial económico.

"Desgraciadamente el cargo se alarga por la misma naturaleza de la prueba y por la vaguedad y contradicción de los argumentos del Tribunal. Este tiene presente los dichos testimoniales y la contradicción entre padre e hijo concretada a si todo el precio fue efectivo o si parte se dio en letra y parte en dinero. El resto de los indicios permanece ignorado, tanto los que parten del contraste entre los documentos y las versiones orales, como los que resaltan en las posiciones, distintos de los que encontró el juzgador de segunda instancia.

"Ese el motivo para sostener que hubo error de hecho y para agregar que fue obstensible: No se consideraron los indicios apuntados, con ser que saltan a la lectura de las piezas del expediente. La evidencia del yerro se aprende mejor al pensar que no hace falta mucho celo en la pesquisa para ir anotando una a una las circunstancias que antecedieron, rodearon y subsiguieron a las sonadas 'ventas', para relacionarlas y tejerlas y llegar forzosamente a la conclusión que se le desliza al Tribunal cuando dice que 'hay base para hallar en dichas circunstancias una ficción de compraventa porque a favor de aquellas no hubo entrega real de los bienes ni pago de precio', y que posteriormente desconoce en una especie de malabar de palabras, lanzando conjeturas que por espontáneas e infantiles resultan más extrañas: el hijo ahorrador que pacientemente recoge lo que su padre le paga por su trabajo y que cubre el precio en el momento preciso en que su padre necesita salir del trance y eludir las deudas; el demandado táctico que considera que es tan firme su posición que le sobran pruebas distintas del tenor literal de las escrituras, etc.

"Esos errores de hecho en la estimación de las pruebas vulneran los arts. 1759 C. C. 632 y 606 C. J. en cuanto envuelven un desconocimiento de los medios probatorios directos que contienen los indicios, y más concretamente del art. 665 C. J. en lo que a éstos se refiere.

"En lo relativo al influjo de tales equivocaciones en el sentido de la decisión he de decir que si en materia de presunciones de hombre la autonomía del juzgador es mayor que en ninguna otra oportunidad, necesario le es razonar, tener en cuenta los datos, valorarlos, sopesarlos, y que en este juicio el Tribunal ni ponderó las pocos que menciona, ni tuvo en cuenta los enunciados en los 12 puntos del reclamo. Esto me permite afirmar que el problema no es de juego de la libre apreciación del funcionario, sino sencillamente de poner de relieve su descuido, la omisión múltiple en que incurrió, pues para aseverar que no hay base probatoria suficiente para la condena le era menester reparar el proceso y no limitarse a dos o tres facetas, importantes sí, más no exclusivas, ignorando el resto.

"Así la sentencia absolutoria quebranta los principios generales del derecho, recibidos como norma sustantiva conforme a la reiterada jurisprudencia por virtud de lo prescrito por el art. 8o. de la Ley 153 de 1.887, que para el tema de la simulación encuentran asidero en los 1759, 1765; 1766 y 1767 C. C., 91 a 93 de la Ley 153 de 1.887 y en la construcción doctrinaria decantada en años de experiencia y aquilatada con estudios foráneos y nacionales de valía y aceptación cierta.

"Principios generales que conceden la acción de prevalencia al tercero que vuelve por sus fueros e intereses desconocidos con el engaño de la apariencia, que le otorgan plena libertad probatoria, que dibujan el fenómeno simulatorio como un contraste entre las declaraciones pública y privada.

"Esos principios, elevados a la categoría de norma sustantiva y el citado art. 8o, de (sic) los llama y acepta fueron hollados aquí por defecto de aplicación".

El opositor en el recurso niega los fundamentos del cargo y afirma la autonomía del Tribunal para apreciar los indicios.

LA CORTE CONSIDERA:

1. Al amparo de un interés legítimo el tercero puede demandar la simulación efectuada por su deudor y su situación lo coloca en posibilidad de probar el acto simulado valiéndose aún de la prueba de indicios. El demandante afirmó su calidad de acreedor de obligación de plazo vencido, la simulación de los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas números 2158 y 2073 celebrados por su deudor Luis María Salazar Blandón con Luis Horacio Salazar Muriel en fraude de sus intereses, y la imposibilidad en que lo colocó "dejándole insoluta la obligación que Salazar contrajo....." y, como la sentencia de mérito absolvió a la parte demandada con fundamento en la prueba inicial, el recurso, en su primer cargo, ataca esas deducciones, porque en sentir del recurrente, otras debieron ser las inferencias y conjeturas del fallador, planteamiento que abre y despeja el campo para el tratamiento de la censura, porque quien afirma la simulación de negocio jurídico y, en consecuencia, busca la prevalencia de la verdad, niega por lo mismo la posibilidad de error manifiesto respecto al hecho indicador, concretando el problema a estas dos cuestiones: si es posible y en qué supuestos incurrir en error palmario en las deducciones o indicios, y, esta otra, hasta donde llega el poder del Tribunal en la apreciación de los indicios y cual es la función de la Corte ante la valoración dada por el sentenciador de mérito.

Ambos problemas han sido motivo de estudio repetido por la Corte, como pasa a transcribirse, citando únicamente las sentencias más pertinentes:

"Por regla general, dice el artículo 665 del C. J., los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación. . . . . La declaración sobre su ningún valor indicial está, pues, implícita al no haberlas considerado como base de lo que juzgó, y al no haberlas destacado al igual de otras a las que sí vió conducencia y algún valor de prueba" (XLIII. 1907, 317-ss.).

"El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidad que funda en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo por falta de conexión lógica con el hecho que se trata de demostrar" (XLVII. 1943. 461).

"Los indicios aunque pueden llegar a ser plena prueba y conducir a la convicción judicial, no son de carácter absoluto, por su naturaleza apenas probable, y su mérito se mide subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, a menos que, por excepción, el indicio obedezca a causalidad necesaria, por ser tal la correspondencia con el hecho que se averigua, que, si el uno existe, no puede menos que existir o haber existido el otro (663, C. J.).

"La correspondencia necesaria entre el hecho indicativo y el que se ventila en juicio, no difiere de la inferencia cierta que se desprende del cumplimiento invariable de leyes manifiestas de la naturaleza. Por eso, en todos los casos el indicio necesario prueba con plenitud. Habrá también hechos que, sin fundar relación necesaria de causa a efecto, son sin embargo de tal gravedad y precisión que un solo indicio sirva al juez para disipar la duda e inclinar su ánimo de acuerdo con su propio convencimiento para proveer la declaración jurisdiccional. (664).

"Pero ello no es lo que comunmente acontece, sino que la plenitud probatoria no llega a producirse a través de hechos indicativos si no son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí, y concurrentes a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. El hecho índice no puede ser establecido por inferencias, porque entonces la serie de conjeturas solo alcanzaría a formar un simple indicio. (665, 666 y 667).

"Si en la prueba por indicios se trata fundamentalmente de que el juzgador, por el hecho conocido, pase a descubrir el hecho que se controvierte, no existe duda alguna acerca de que por regla general el debate sobre su mérito queda cerrado definitivamente en la instancia, y que la crítica en casación se reduce a determinar si por error evidente de hecho o por error de derecho estuvieron admitidos como probados o como no probados los hechos indicativos; si todas

las conjeturas dependen exclusivamente en un indicio no necesario; y si la prueba por indicios es o no de recibo en el asunto debatido. Pero en lo que atañe a la gravedad, precisión, concordancia y nexo de los indicios con el hecho que se averigua, el sentenciador está llamado por la ley a formar su íntima convicción, que prevalece mientras no se demuestre en el recurso que contraría los dictados del sentido común o desconoce el cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza". (LXXXVIII, 176).

2. No sería razón suficiente para infirmar la sentencia la de que el fallador no hubiera visto hechos y pruebas que el recurso indica, si, como sucede en el caso de autos, los analizados por el Tribunal se sustraen a la jerarquía de la casación y, si la declaración de no existir prueba alguna que demuestre la simulación no afirmara la inexistencia de indicios que la patenticen. Esto en el supuesto del silencio a que se refiere la censura. El fallo, aunque someramente se refirió a las circunstancias anotadas en la demanda de casación y además de descartar las declaraciones traídas al juicio para demostrar la incapacidad económica del comprador, dijo: "Las observaciones hechas en el fallo del a quo, relativas a las discrepancias entre las respuestas dadas por los demandados a las posiciones que absolvieron sobre la forma en que se efectuó el pago del precio, y la concerniente a la cuantía de las ventas, en absoluto prueban la simulación porque no la confesaron ni en el expediente hay base probatoria para afirmar el precio tres veces más bajo por el que se llevaron a cabo las compraventas".

Tampoco es razón para romper la sentencia recurrida que el Tribunal hubiera afirmado que Luis Horacio Salazar durante los años en que ha trabajado con su padre, diez o quince, hubiera ahorrado, mientras éste atendía a los gastos de su subsistencia, porque, si bien es cierto que este acontecer no es el común u ordinario, no por su carácter de excepcional es absurdo, ni imposible y, también, porque, en verdad, no es que ese haya sido el fundamento del proveído y la razón para no declarar la simulación, sino que, no encontró el Tribunal indicios positivos para hacer una declaración distinta a la que hizo.

Segundo Cargo.

"Violación directa del art. 2491 C. C. Error evidente de hecho en la apreciación de la prueba que trajo como secuela la infracción del mismo precepto por falta de aplicación.

"Al despachar también adversamente la acción revocatoria de los contratos citados, el Tribunal echa de menos el factor 'consilium fraudis', después de haber reconocido a regañadientes el 'eventus damni'.

"En torno a éste no cabe duda de su demostración plena al leer la respuesta 15a. de Salazar Blandón en la diligencia de absolución de posiciones cuando confiesa que carece de toda clase de bienes, y la contestación al juez que le intimó el mandamiento de pago librado a favor de Arias en el sentido de no denunciar bienes por carecer de ellos y haber vendido el inmueble embargado".

Continúa la demanda refiriéndose al concepto fraudulento y, en sustancia, para vertebrar el cargo, expone:

"Pero hubo más aquí: fuera de la configuración defectuosa de la institución del fraude al acreedor y de su remedio, el Tribunal resuelve adversamente el

reclamo del señor Arias con esta sola frase: 'no se probó en absoluto el otro elemento de la acción, el consilium fraudis'. Por qué?. Nos deja la sentencia con la inquietud. Ni siquiera una luz que permita imaginar el motivo de tan rotunda afirmación. Hecho que contrasta con párrafos anteriores del fallo que reconocen como circunstancias graves para la calificación de la conducta de los Salazar Blandón y Muriel, su estrecha unión por los vínculos de la sangre y de la cordialidad para trabajar, el que en los precisos días de las enajenaciones se vencía o hacíase exigible la obligación contenida en la letra de cambio a favor del señor Antonio José Arias, y que riñe con la figura del hijo favorecido con la protección del padre gracias a su fidelidad en el trato íntimo y en el trabajo.

"Entonces si a los factores que en otras ocasiones cita el Tribunal se agregan hechos tales como: inmediación entre las dos escrituras, el que por ellas Salazar Blandón se despojó de íntegros sus bienes, y, cuanto lo primero, que el padre se hallaba en tan mala situación de negocios que uno de sus hijos llegó a embargarlo, y que el otro (el adquirente) tuvo preciso conocimiento de ese juicio e intervino en él, que hasta obtuvo de su hermano la gracia de la autorización para el registro de la primera escritura, sería absurdo sostener que Luis Horacio Salazar Muriel ignoraba 'la mala situación de negocios' de su padre Luis María Salazar Blandón. Que supiera de la letra de Arias o la ignoraba, es lo de menos, -y sí que la conocía-, pues, repito, un embargo por no pago de obligación de $1.500.oo solicitado por el propio hijo del deudor, no es propiamente índice de una situación boyante, y de todo esto se mantuvo enterado el adquirente Salazar Muriel, como lo reconoce y con amplitud en las posiciones".

SE CONSIDERA:

1o. Sólo pueden acreditarse por medio de certificaciones de juez hechos que pasan ante él en ejercicio de sus funciones y de que no quede dato en el proceso (632 C. J.). Para probar la existencia de otro juicio, el medio directamente previsto, aunque no exclusivo, es el de allegar las copias conducentes (Art. 28 Ley 100 de 1.892). Nada de lo ocurrido en el juicio ejecutivo puede establecerse en este por medio de atestación del Juez. Como las copias de ese juicio no aparecen en éste, resultan inconducentes las citas que de él se hagan para fundar determinadas consecuencias en el recurso.

2o. Al estudiar el primer cargo se vió como el Tribunal no incidió en error de hecho evidente en relación con la prueba de indicios. Ese análisis es procedente al segundo reparo presentado en casación en cuanto afirma la presencia del mismo error respecto a la prueba y, por tanto, la infracción del artículo 2491 del C. Civil, por falta de aplicación. Mas como a la vez se señala violación directa de la norma civil citada y, el Tribunal, sin necesidad de hacerlo, se refirió a la acción pauliana, para decir luego que esa no era la impetrada, es necesario, como rectificación doctrinaria, recordar que son distintas entre sí la acción dicha y las de nulidad absoluta y simulación.

La primera, aunque el código emplea en el artículo 2491 la palabra nulidad, es lo cierto que, es acción de inoponibilidad del contrato serio frente al derecho del tercero que con esa acción se defiende del daño causado. En el ejercicio de esta pretensión deben distinguirse dos clases de contratos: a título oneroso y a título gratuito (1 y 2, 2491 C. C.) Si se trata de los contratos a título oneroso la pretensión está sujeta a dos modalidades esenciales: el eventus damni,

es decir que el acto perjudique a los terceros, y el consilium fraudis, o entendimiento del deudor y el tercero con el objeto de defraudar a los acreedores. En el caso de actos a título gratuito, basta la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores. Por regla general los individuos no gozan de completa libertad para efectuar actos gratuitos (1458), menos aún pueden hacerlo en perjuicio de sus acreedores. En esta hipótesis hay un evidente ánimo de causar perjuicio, por lo cual los acreedores tienen acción para reintegrar el patrimonio del deudor y obtener el pago de sus créditos.

La simulación de suyo no produce nulidad absoluta. La acción que busca destruir el acto simulado tiene por objeto la prevalencia del acto oculto. En la pauliana el tercero invoca la inoponibilidad que contra él tiene el acto del deudor.

La de nulidad absoluta se funda en un concepto de orden público. Tiene por objeto destruir el negocio jurídico, por ilicitud de la causa o del objeto o por omisión de formalidades que la ley establece como sustanciales al acto o contrato. La nulidad absoluta no indica falta de seriedad en el contrato. Las partes que lo celebran tiene intención y voluntad de ligarse. Causa u objeto pueden ser ilícitos o pueden faltarles formalidades esenciales al acto jurídico.

3. Cada una de esas acciones es autónoma y exige medios probatorios adecuados a su naturaleza jurídica. Intentada una de ellas, las pruebas deben dirigirse a establecer los hechos que la sustentan. En el caso presente los falladores de instancia tuvieron la demanda como incoativa de simulación. No hubo protesta por parte de los litigantes. El recurso ataca la sentencia porque no declaró la simulación y, en el segundo cargo también, con base en error de hecho evidente, y se afirma falta de aplicación del artículo 2491 del C. C., como su violación directa.

No es necesario nuevo estudio -analizado ya el primer cargo-, sobre la autonomía del fallador de mérito en la valoración de indicios. Su poder discrecional en esta materia sólo tiene por límite la violación de leyes de la naturaleza que no aparecen quebrantadas por las conjeturas inferidas por el Tribunal. Lo cual, además, conduce a la afirmación de que no hubo violación directa del artículo 2491, por quedar en firme el criterio del fallador.

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 veintisiete (27) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el juicio ordinario de Antonio José Ariza Orozco contra Luis María Salazar Blandón y otro, sobre nulidad de unos contratos de compraventa.

Sin costas en el recurso en atención a la rectificación doctrinaria.

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

Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- José María Esguerra Samper. (Conjuez) Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRATO DE TRANSPORTE

Consonancia. No incurre en la causal de incongruencia el fallador que profiere una condena en abstracto. Obligaciones y derechos del cargador y del porteador en el contrato de transporte. Obligaciones del porteador con el consignatario. Confesión. A los Jueces compete deducir si es o no divisible. Término o plazo para el transporte de la mercancía cuando no se ha estipulado en el respectivo contrato. Prescripción de la responsabilidad del porteador por pérdida de la mercancía.

1. La consonancia dice relación a la conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones deducidas en la oportunidad debida. Para inferir esa conformidad o armonía es necesario considerar el contenido de las pretensiones, en razón de las personas contra quienes van dirigidas; por razón del bien que se reclama o que se niega; o en cuanto a los fundamentos de la pretensión misma.

La consonancia no requiere para su existencia, de manera necesaria y absoluta, una conformidad literal entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia; exige sí que haya una relación íntima y racional entre ellos, de tal manera que se falle sobre el mismo objeto y se conceda o se niegue, en todo o en parte, lo solicitado. El principio de la congruencia o consonancia obliga a no alterar o variar sustancialmente las pretensiones de las partes y a respetar en absoluto los hechos procesales, sin cambiar la causa petendi.

La Jurisprudencia ha estudiado frecuentemente lo relativo a la causal segunda de casación, consistente en "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes litigantes", y ha dicho que ella es procedente sólo cuando en el fallo se decide con exceso o con defecto; *ultra petita, extra petita, plus petita*, o *minima petita*. Solamente "cuando incurre el fallo en alguno de esos excesos u omisiones, es cuando podría decirse que rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia". (V. entre otras, la Casación de 6 de marzo de 1.952, LXXI. 350).

2. Cuando el sentenciador, en acatamiento a las normas directrices que le señala el artículo 480 del C. J., profiere una condena en abstracto, "a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia", no incurre en la causal de incongruencia, a que se refiere el artículo 520 del C. J., simplemente está cumpliendo un mandato de ley que le impone esa obligación.

3. Los artículos 289 y 290 del C. de Co. hacen parte, respectivamente, del conjunto de disposiciones legales que fijan y señalan las obligaciones y derechos del Cargador y del Porteador, es decir, de las personas que celebran entre sí el contrato de transporte.

Si bien es cierto que el artículo 289 contempla un caso de prelación de créditos a favor del Cargador, prelación en virtud de la cual tiene preferencia o privilegio frente a "todos los acreedores del porteador para ser pagado del importe de las indemnizaciones por causa de retardo, pérdidas, faltas y averías", y también es verdad que esa disposición legal está pregonando que entre Cargador y Porteador existen vínculos jurídicos que crean derechos y obligaciones recíprocos; y que el Cargador tiene derecho para reclamar del Porteador el pago de las indemnizaciones correspondientes por retardos, pérdidas, averías o faltas de las mercancías que debían ser transportadas en virtud del contrato. Si no fuera de esta manera, si jurídicamente el Cargador no tuviera ese derecho frente al Porteador, el artículo 289 sería inocuo y carecería de contenido jurídico, pues solamente quien tiene derecho a indemnización en los casos contemplados en ese canon legal, puede alegar el derecho de preferencia que allí se estatuye.

Si la primera parte del artículo 290 consagra o estatuye las obligaciones principales del Porteador, frente a lo estipulado con el Cargador, el segundo inciso declara de manera precisa que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones hace responsable al porteador de daños y perjuicios a favor del cargador.

4. En el contrato de transporte, es preciso tener en cuenta que el porteador, en virtud de la celebración del contrato contrae obligaciones no sólo con respecto del cargador sino también en relación con el consignatario, como se desprende del artículo 300 y otros del mismo Código de Comercio. Pero como lo dice el Tribunal, las obligaciones del porteador para con el consignatario surgen cuando las mercancías hayan llegado a su destino, momento en el cual debe entregárselas so pena de daños y perjuicios en su favor. No hay ninguna oposición entre lo dispuesto por el artículo 290 del C. de Co. y el 300 del mismo estatuto, porque el primero se refiere y regula las obligaciones del porteador para con el cargador, desde que se celebra el contrato hasta que las mercaderías lleguen a su destino; y el artículo 300, regula las obligaciones del mismo porteador para con el consignatario, a partir del término de la conducción de las mismas mercaderías.

El impugnante considera que el artículo 300 debe interpretarse "de acuerdo con el artículo 232 ibídem, que indica por cuenta de quien corren los riesgos de la cosa vendida"; pero olvida el mismo recurrente que en el segundo inciso del artículo 300 se dispone que "El porteador carece de personería para examinar la validez del título que tenga el consignatario para recibir los objetos consignados". Y esto es claro, pues el porteador es un tercero en relación con los contratos que existan entre el cargador y el consignatario. El porteador se compromete para con el cargador a conducir la mercadería objeto del contrato de transporte, y a entregarla a su debido tiempo, es decir, tan pronto hubiere llegado a su destino, al consignatario, sin que pueda discutir el título que el destinatario tenga para recibir dicha mercadería.

Las obligaciones y derechos surgidos recíprocamente entre porteador y cargador no se interfieren ni se destruyen por las que se crean entre el consignatario y el porteador, de acuerdo con la ley.

5. Cuando ya se tiene una prueba autónoma de la obligación y aparte de ella el adversario reconoce como cierto el hecho por la misma demostrado, no

puede tomarse este reconocimiento como confesión indivisible, por cuanto el acreedor no tenía necesidad de la confesión del deudor; en tal caso, éste no puede prevalerse de su propia declaración para demostrar la extinción de su deuda, fenómeno que tendría que acreditar por medios distintos.

Mientras no exista un flagrante error en la apreciación de la prueba de confesión, es de la autonomía del sentenciador la facultad de fijar el valor probatorio de los distintos medios aportados al juicio, pues como lo expresa la Corte: "La ley ha dejado a los jueces la facultad de analizar la prueba de confesión y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste" (Cas. de 30 de julio de 1.943, LV, 621).

Además para que la confesión deba tenerse como indivisible es necesario que el hecho que se añada al que se trata de demostrar éste ligado con éste no de cualquier manera sino íntimamente; no basta que haya relación del uno con el otro, sino una relación sustancial.

6. El artículo 291 del C. de Co. no contiene ni establece presunción alguna sino que consagra una regla para llenar el vacío del contrato de transporte en el cual no se haya estipulado expresamente el término dentro del cual debe conducirse la mercancía, esto es, acerca del plazo para el cumplimiento de la obligación de hacer. A falta de esa estipulación expresa, la ley suple el silencio del contrato y manda que el transporte se lleve a efecto en el primer viaje que el portedor emprenda al lugar a que fuere destinada la mercancía. Esta norma de interpretación de la voluntad de los contratantes, consagra un término o plazo, cuando él no se ha señalado en el contrato de transporte, pero no establece ninguna presunción de que efectivamente la carga se haya conducido dentro de él. Es, por consiguiente, al portedor a quien corresponde demostrar que cumplió su obligación de acuerdo con el contrato o con lo mandado por el referido artículo 291.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, trece de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid)

Ordinario de "Tejidos Celta Limitada" contra "Estaciones de Servicio Bolívar S. A", antes "Transportes Bolívar S. A.".

- I -

ANTECEDENTES

La sociedad "Tejidos Celta Limitada", con domicilio en la ciudad de Barranquilla, representada por José Manopla, instauró juicio ordinario contra la sociedad "Estaciones de Servicio Bolívar S. A." antes "Transportes Bolívar S. A." con domicilio en esta ciudad de Bogotá D. E., por ante el juzgado Sexto del Circuito Civil de Bogotá, impetrando las siguientes declaraciones:

"1o. Que se declare que la sociedad "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", celebró un contrato de transporte con la sociedad "Tejidos Celta Ltda.", el cual consta en la carta de porte distinguida

con la Serie F. Remesa No. 07967 de fecha 20 de enero de 1.960, contrato que tenía por objeto el transporte de dos bultos de mercancía a la ciudad de Cúcuta y cuyo destinatario era el señor José Olinto Niño. -

"2º. Que se declare que la sociedad "Estaciones de Servicio Bolívar S.A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", incumplió el contrato de transporte determinado en el punto anterior, a causa de la pérdida de la mercancía que debía ser transportada.

"3º. Que se condene a "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", a pagar a "Tejidos Celta Ltda.", el valor de las mercaderías perdidas al precio que tuvieron, a juicio de peritos que se designen dentro del juicio para este efecto, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución (art. 308 del C. de Co).

"4º. Que se condene a "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", a pagar a "Tejidos Celta Ltda.", la suma que resulte probada en el juicio por razón del daño emergente y lucro cesante proveniente del incumplimiento del contrato de transporte en referencia.

"5º. Que se condene a "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", al pago de las costas y gastos del juicio".

Como hechos fundamentales de la acción propuesta, la parte demandante expuso los que se sintetizan a continuación:

El 20 de enero de 1.960 "Tejidos Celta Ltda", entregó en esta ciudad, a "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", dos bultos de mercancías para ser transportadas a la ciudad de Cúcuta, y cuyo destinatario era el señor José Olinto Niño.

"Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A." entregó a "Tejidos Celta Ltda. la carta" de porte distinguida con la Serie F. número 07967" como" comprobante del contrato de transporte celebrado entre las citadas sociedades.

"Las mercancías despachadas por "Tejidos Celta Ltda.", por conducto de "Estaciones de Servicio Bolívar S. A." corresponden al contrato de compraventa celebrado entre las citadas personas (Tejidos Celta Ltda. y José Olinto Niño) y cuyas condiciones se encuentran determinadas en la factura No. 8892 de fecha enero 20 de 1.960 y de donde resulta que el valor de tales mercancías asciende a la suma de $7.255.78".

El 4 de marzo de 1.960, José Olinto Niño comunicó a "Tejidos Celta Ltda." que no había recibido la mercancía, y que según le había manifestado "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", "tal mercancía se había extraviado".

El siete (7) de marzo de mil novecientos sesenta (1.960), "Tejidos Celta Ltda." envió una carta al gerente de "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", solicitando información respecto de los dos bultos de mercancías que enviaron, por el conducto indicado, al señor José Olinto Niño; y el gerente de "Estaciones de Servicio Bolívar S. A"., el mismo día remitió a "Tejidos Celta Ltda." copia de la carta que había despachado al jefe de la Sección de carga de la empresa, carta en la cual le solicitaba averiguar sobre los dos bultos en cuestión

Hechas las averiguaciones acerca de la demora en la entrega de la mercancía, el señor gerente de "Estaciones de Servicio Bolívar S. A." manifestó a "Tejidos Celta Ltda." que la mercancía se había extraviado y que se estaban haciendo averiguaciones para establecer responsabilidades.

Después de muchas evasivas por parte de "Estaciones de Servicio Bolívar S.A." con relación a un arreglo sobre el particular, el gerente de esta empresa manifestó a "Tejidos Celta Ltda." que "los dueños del camión en que viajó la mercancía debían pagar el valor correspondiente y que en vista de sus escasos recursos económicos, los dueños del camión ofrecían la suma de $2.500.oo.".

"Estaciones de Servicio Bolívar S. A." no entregó la mercancía que le fue remitida para su conducción ni ha pagado su valor ni indemnizado en forma alguna por los objetos que se extraviaron por su culpa, al tenor del artículo 308 del Código de Comercio.

El destinatario o consignatario de las mercancías, señor José Olinto Niño, rechazó a Tejidos Celta Ltda. la letra de cambio que le enviaron para cubrir el valor de la factura, "por cuanto no ha recibido dicha mercancía" y al mismo tiempo, solicita que se formule el respectivo reclamo a la empresa transportadora.

Al descorrer el traslado de la demanda, el opositor se abstuvo de responder los hechos básicos del libelo y se limitó a oponerse "a que se hagan las declaraciones impetradas en el libelo de demanda, porque la parte actora carece de interés legítimo en sus pretensiones". Además propuso la excepción perentoria de prescripción de la acción

El catorce de mayo de mil novecientos sesenta y dos, se dictó sentencia de primera instancia, en la cual se declaró probada la excepción de prescripción, se absolvió a la parte demandada y se condenó en costas al demandante.

Por apelación de la parte actora, el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, al revocar la sentencia de primer grado, en providencia de cinco de agosto de mil novecientos sesenta y tres, dispuso lo siguiente:

"Primero. Declárase que entre las sociedades "Tejidos Celta Ltda.", domiciliada en Barranquilla, y "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A.", se celebró el contrato de transporte de que da cuenta la carta de porte distinguida con la Serie I°, Remesa No. 07967, de 20 de enero de (1.967) (sic).

"Segundo. Declárase que la sociedad demandada, "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", antes "Transportes Bolívar S. A." incumplió el referido contrato de transporte a causa de la pérdida de la mercancía que debía ser transportada.

"Tercero. Condénase a la sociedad demandada a pagar a "Tejidos Celta Limitada" el valor de las mercancías perdidas al precio que tenían en el día y lugar en que debió verificarse la restitución. El importe de tales mercaderías se establecerá por medio de peritos y previo el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial.

"Cuarto. Niégase la petición cuarta de la demanda, de cuyos cargos se absuelve a la sociedad demandada.

"Quinto. Las costas del juicio en la primera instancia son de cargo de la sociedad demandada. Sin costas el recurso".

El apoderado de la parte demandada propuso recurso de casación contra el fallo mencionado, y corresponde ahora decidir sobre él.

-II-

LA SENTENCIA ACUSADA

Entre las razones de la sentencia, el Tribunal expresa las siguientes:

"En el caso sub-lite se halla plenamente acreditado, con la carta de porte que obra al folio 11 del cuaderno primero y con la confesión del gerente de la sociedad demandada hecha en posiciones, la existencia del contrato de transporte celebrado entre las sociedades litigantes, mediante el cual la demandada se obligó a conducir dos bultos de mercancía de esta ciudad a Cúcuta, y a entregarlos al señor José Olinto Torres (sic). Como la sociedad demandante niega que el destinatario hubiera recibido los dos bultos de mercancía en cuestión, incumbía a la demandada demostrar que sí los entregó, pues por tratarse de una negación indefinida la carga de la prueba se desplaza a la contraparte. No habiendo producido dicha parte la prueba de que entregó la mercancía al consignatario, ha de presumirse que se perdió por culpa del porteador, de acuerdo con el artículo 306 y hay que presumir que se perdió, pues no es dable suponer que la empresa transportadora tenga tales mercancías en su poder y se niegue a entregarlas, ya que ello implicaría que está obrando de mala fé".

En apoyo de su razonamiento el Tribunal trae algunas citas de la doctrina de los autores, y enseguida expresa:

"En el caso de autos el demandante demostró la existencia del contrato de transporte y la entrega a la sociedad demandada de las mercaderías que debía transportar, mediante la carta de porte; y como dicha sociedad no probó haberlas entregado al consignatario, la pérdida de las mismas quedó legalmente establecida.

"Siendo, pues, verdad procesal la existencia del contrato de transporte a que se ha hecho referencia y la pérdida de las mercaderías por culpa del porteador, está obligado éste a pagarlas 'al precio que tengan, a juicio de peritos, en el día y lugar en que debió verificarse la restitución' según lo preceptúa el artículo 308 del C. de Co.".

Para refutar la alegación de la parte demandada, en relación con la legitimidad o legitimación en la causa, de la demandante, se refiere a los artículos 289 y 290 del C. del Co.; y en referencia al artículo 300 del mismo estatuto legal, dice:

"La disposición del artículo 300 del C. de Co. ..... contempla la hipótesis de que las mercaderías hayan llegado a su destino para establecer que si el porteador no las entrega se hace responsable de daños y perjuicios para con el consignatario: 'deberá (el porteador) entregarle las mercaderías (al consignatario) so pena de daños y perjuicios, tan luego como hubieren llegado a su destino'. Esa no es la hipótesis que se presenta en el caso sub-lite desde luego que las mercaderías no llegaron a su destino, y por consiguiente no es aplicable el precepto en referencia".

Para referirse y rechazar la excepción de prescripción propuesta por la sociedad demandada, el Tribunal argumenta así:

"....., habiendo fijado el legislador con absoluta precisión el momento a partir del cual empieza a correr el término de la prescripción, es a saber 'el día en que debió ser cumplida la conducción', debe hallarse plenamente probado en el proceso ese hecho para que pueda establecerse si se consumó o no la prescripción.

"Por tratarse de un hecho exceptivo corresponde a la parte demandada aportar la prueba plena del mismo, de acuerdo con el principio de derecho probatorio; onus probandi incumbit actori, reus in excipiendo fit actor. El incumplimiento de esa carga probatoria trae como consecuencia ineludible el rechazo de la excepción propuesta. Y acontece que en el proceso no se halla acreditado ese hecho, o sea el día en el cual debió llevarse a cabo la conducción de las mercancías, razón por la cual carece el Tribunal de base para determinar si hanscurrió o no el año a que se refiere la norma anteriormente transcrita".

Como la sociedad demandada pretende que el punto de partida del tiempo necesario para la prescripción de la acción si está probado con la manifestación hecha por lo misma parte, en la absolución de posiciones, considerando que se trata de una confesión indivisible, el Tribunal dice:

"Olvida, sinembargo, el señor apoderado de la sociedad demandada que es requisito indispensable para que pueda aplicarse el principio de la indivisibilidad de la confesión que no existe en el proceso ninguna prueba del hecho principal distinta de la confesión misma".

Y más adelante agrega la sentencia sobre este mismo particular lo siguiente:

"En el caso sub-lite se le preguntaba al absolvente simplemente si a la sociedad que él representa le entregó 'Tejidos Celta Ltda.' dos bultos de mercancía para que fueran transportados a la ciudad de Cúcuta, a lo cual contestó el Gerente de la Sociedad: 'Si es cierto porque revisando el archivo de la empresa se constató que el día 20 de enero de 1.950 (sic) se recibió la mercancía y fué despachada el mismo día a su destino'. Esta última declaración no forma un todo indivisible con la de haber recibido la mercancía, por la sencilla razón de que en el proceso existe la prueba de que esa mercancía fué recibida por la sociedad demandada el 20 de enero de 1.950 (sic), prueba consistente en la carta de porte que obra al folio 11 del cuaderno 1o., y por lo mismo no se puede aceptar como cierta. Por lo demás, se trata de uno de los hechos constitutivos de la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, y por lo mismo no puede ser probada con el propio dicho del excepcionante.....".

Hay que concluir, por tanto, que no habiendo demostrado el excepcionante el día en que debió cumplirse la conducción de las mercancías a Cúcuta, no hay base cierta para computar el año de prescripción y, por consiguiente, se ignora si el día en que se notificó el auto admisorio de la demanda, 6 de febrero de 1.961, se había consumado o no".

- III -

LA IMPUGNACION

El recurrente formula a la sentencia tres cargos: uno con base en la causal segunda, y dos con fundamento en la causal primera, ambas señaladas en el artículo 520 del C. J.

Primer cargo. (*Con fundamento en la causal segunda*)

Se acusa la sentencia del Tribunal Superior, "por cuanto el fallo no se halla en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes, esto es, por existir incongruencia entre lo pedido y lo decidido por el sentenciador de segundo grado. Por consiguiente, violó los artículos 471 y 478 del Código Judicial y 553 de la misma obra".

En corroboración de su impugnación, el recurrente después de transcribir la petición tercera de la demanda y la disposición consignada en el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia, afirma:

"Como puede observarse, el Tribunal falló extra petita, pues la parte demandante pidió que el valor de las mercancías en litigio se estableciera por medio de peritos, DENTRO DEL JUICIO, en la forma prevista en el artículo 308 del C. de Co. Terrestre. Y el Tribunal, a pesar del principio dispositivo que gobierna nuestro procedimiento, en contra de la petición misma de la demanda, resolvió que el valor de dichas mercancías se estableciera por medio de peritos, previo el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., sin haberse pedido la aplicación de esta norma, que solo tiene virtualidad para establecer perjuicios consecuenciales, según el contexto claro del artículo 480 del C. J.".

Afirma enseguida que el sentenciador no puede cambiar el petitum de la demanda, ni puede suplir la ausencia de medios probatorios, para determinar una condena en abstracto que viene a sustituir el elemento material de la obligación, o sea el objeto de la misma.

Agrega que "Como lo tiene establecido la jurisprudencia, para determinar el importe posterior de una condena, es necesario que esas obligaciones tengan la categoría de accesorias;..... no cuando se trata de indemnizaciones compensatorias, de aquellas a que se refiere el artículo 1731 del C. Civil".

Con base en esa alegación infiere el recurrente que "hay una incongruencia en el fallo, puesto que la misma parte demandante pidió, interpretando acertadamente el artículo 308 del C. de Co., que el valor de las mercancías, objeto de la controversia, SE DETERMINARAN POR MEDIO DE PERITOS, DENTRO DEL JUICIO. El sentenciador de segundo grado fué más allá de lo pedido, encontrándose por consiguiente la sentencia dentro del segundo motivo de casación previsto en el artículo 520 del C. J.".

Hace enseguida referencia al artículo 553 del C. J. y manifiesta que la sola lectura de dicha disposición demuestra que se le dió una aplicación indebida y se la interpretó erróneamente. Hace un recuento del procedimiento que debe seguirse cuando se trata de la aplicación del artículo 553 mencionado, y termina diciendo que el Tribunal le dió aplicación extensiva a dicho canon legal "pues de antemano determinó que el importe de las mercancías en controversia, debía fijarse por medio de peritos, en la forma establecida en el artículo 553 tantas veces citado".

Para finalizar su exposición en relación con este cargo de incongruencia, afirma que "Dentro del incidente en el caso de objeción, son admisibles todos los medios de prueba, y el sentenciador no puede convertirse en agente oficioso de la parte demandante, que no cumplió el onus probandi, para permitirle que lo cumpla en un incidente, donde no se puede discutir la existencia del objeto material de la prestación, que viene a sustituirse por otra. Luego, repito, la senten-

cia falló extra petita, y por consiguiente violó el último inciso del artículo 471 del Código Judicial y los artículos 480 y 553 ibidem".

SE CONSIDERA:

La consonancia dice relación a la conformidad entre la sentencia y la pretensión o pretensiones deducidas en la oportunidad debida. Para inferir esa conformidad o armonía es necesario considerar el contenido de las pretensiones, en razón de las personas contra quienes van dirigidas por razón del bien que se reclama o que se niega; o en cuanto a los fundamentos de la pretensión misma.

La consonancia no requiere para su existencia, de manera necesaria y absoluta, una conformidad literal entre lo pedido en la demanda y lo resuelto en la sentencia; exige sí que haya una relación íntima y racional entre ellos, de tal manera que se falle sobre el mismo objeto y se conceda o se niegue, en todo o en parte, lo solicitado. El principio de la congruencia o consonancia obliga a no alterar o variar sustancialmente las pretensiones de las partes y a respetar en absoluto los hechos procesales, sin cambiar la causa petendi.

La jurisprudencia ha estudiado frecuentemente lo relativo a la causal segunda de casación, consistente en "No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes litigantes", y ha dicho que ella es procedente sólo cuando en el fallo se decide con exceso o con defecto: ultra petita, extra petita, plus petita, o minima petita. Solamente "cuando incurre el fallo en alguno de esos excesos u omisiones, es cuando podría decirse que rompe la armonía que por ministerio de la ley debe prevalecer entre lo pedido en el juicio y lo decidido en la sentencia". (V. entre otras, la casación de 6 de marzo de 1.952, LXXI, 350).

Cuando el sentenciador, en acatamiento a las normas directrices que le señala el artículo 480 del C. J., profiere una condena en abstracto, "a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia", no incurre en la causal de incongruencia, a que se refiere el artículo 520 del C. J., simplemente está cumpliendo un mandato de ley que le impone esa obligación.

Dar evasión o cumplimiento al mandato legal del artículo 480 del C. J., fué lo que hizo el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá cuando, al resolver el presente litigio, dispuso: "CONDENASE a la Sociedad demandada a pagar a "Tejidos Celta Limitada" el valor de las mercancías perdidas al precio que tenían en el día y lugar en que debió verificarse la restitución. El importe de tales mercaderías se establecerá por medio de peritos y previo el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial".

El recurrente impugna la sentancia con base en la causal segunda de casación, por considerar que el Tribunal falló extra petita, al remitir al procedimiento del artículo 553 del C. J., y por medio de peritos, el señalamiento del valor de las mercaderías, a cuyo precio condenó a la parte demandada, cuando la actora había solicitado que esa tasación o señalamiento se hiciera por peritos dentro del mismo juicio.

Si se tiene en cuenta la petición tercera de la demanda, lo mismo que la declaración tercera de la sentencia, que antes se ha copiado, se verá indudablemente

que existe entre las dos una perfecta consonancia, una íntima armonía y relación, pues en la sentencia se decide congruentemente con las pretensiones deducidas oportunamente por las partes litigantes.

En efecto, en la sentencia se declaró que la sociedad demandada incumplió el contrato de transporte a causa de la pérdida de la mercancía; y como consecuencia de esa declaración, y, en aplicación del artículo 308 del C. de Co., condenó a la misma sociedad al pago del precio de las mercaderías, es decir a indemnizar el perjuicio y daño sufridos por la parte demandante en razón del incumplimiento del contrato referido.

Mas como el Tribunal no encontró base para hacer dentro del juicio la liquidación correspondiente al importe del precio de las mercancías, o valor del daño sufrido, acogiéndose al texto del artículo 480 del C. J. hizo la condena en abstracto y reservó la fijación de dicho importe para el incidente sobre cumplimiento de la sentencia, de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

No puede considerarse, por consiguiente, que haya habido inconsonancia o incongruencia entre lo pedido en la demanda y lo decidido en la sentencia, ya que hay identidad entre el contenido de la pretensión y lo sentenciado por el Tribunal. No hubo variación sustancial ni alteración o cambio del objeto de la demanda, sino en cuanto al medio de hacer cumplir la obligación reconocida en la primera parte de la declaración tercera de la sentencia. El petitum de la demanda quedó idéntico a lo reconocido y declarado en la sentencia, sólo que, como se ha dicho, el fallador tomó pié de lo preceptuado por el artículo 480 para sentar las bases del cumplimiento de la obligación, a cargo de la entidad demandada.

Segundo Cargo *(Primero de la demanda)*

En la demanda de casación se acusa la sentencia, "por violación directa de los artículos 283, 289, 300, 308, 260 y 261 del C. de Comercio".

En sustentación del cargo se refiere el demandante al siguiente pasaje de la sentencia: "La alegación del señor abogado de la sociedad demandada, referente a la falta de legitimación en la causa de la demandante, es infundada, pues los artículos 289 y 290 del C. de Co. consagran expresamente en favor del cargador del derecho a reclamar el importe de las indemnizaciones 'por causa de retardo, pérdidas, faltas y averías'".

"La disposición del artículo 300 del C. de Co.....contempla la hipótesis de que las mercaderías hayan llegado a su destino.....".

En referencia a la aplicación del artículo 289, expresa el recurrente que el Tribunal interpretó erradamente esa disposición "que consagra una preferencia, una jerarquía de los créditos que allí se establecen, en el evento de que se presente un concurso de acreedores o quiebra, y que por consiguiente sea necesario establecer la prelación de créditos". A continuación, expresa: "Y como consecuencia de esa errada interpretación hizo una aplicación indebida a un caso no gobernado por la misma norma, toda vez que en el caso sub-lite, para determinar el interés jurídico y la legitimación en causa activamente considerada, es necesario como premisa previa determinar la clase de acto jurídico que pudo haber existido entre el cargador y el consignatario, y en el caso particular sub-judice, precisar por cuenta de quien corrían los riesgos de la cosa vendida, según las reglas del contrato de compraventa determinadas en los artículos 232, 233, 238 y 239 así como el

260 del C. de Co., normas violadas por el sentenciador por falta de aplicación y como consecuencia de la errada interpretación del artículo 289 ibidem, que regula todas las situaciones jurídicas que se pueden presentar como consecuencia del contrato de transporte, pero no determina en un caso concreto y particular quién tiene la legitimación activa para exigir una indemnización 'compensatoria' de perjuicios".

Con relación al artículo 290 del C. de Co., afirma el impugnante que el Tribunal interpretó erradamente el mencionado estatuto, porque esa "norma no se refiere a quien pueda tener la legitimación activa, para exigir una indemnización 'compensatoria', sino que se refiere a las obligaciones del porteador que recibió las mercancías, y de acuerdo con éstas, cargarlas según el uso de personas inteligentes, situación jurídica que no es materia de controversia en el presente proceso". Y de lo dicho deduce que, "como consecuencia de su interpretación errada al aplicarla a un caso no gobernado por ella, se violó directamente la precitada norma por aplicación indebida".

Cuando se refiere a la aplicación que el Tribunal dió al artículo 300 del Código de Comercio, el impugnante considera que interpretó erradamente esa disposición, según la cual "el transporte obliga directamente al transportador con el consignatario designado" y señala cuáles son las obligaciones del porteador y la responsabilidad que le acarrea su incumplimiento. Al respecto dice el recurrente: "Como es obvio, esta disposición es necesario interpretarla de acuerdo con el artículo 232 ibidem, que indica por cuenta de quien corren los riesgos de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato de compraventa".

De lo anterior desprende el impugnante que el sentenciador violó directamente "por falta de aplicación los artículos 232 y 236 del C. de Co."; y concluye: "En efecto, si se trata de una compraventa comercial, pura y simple, no sujeta a modalidades, los riesgos de la cosa vendida, corresponden al comprador de la mercancía, según el precitado artículo 232; y si ese comprador tiene la calidad de consignatario, es obvio que sólo él, tiene legitimación activa para exigir la indemnización compensatoria de que trata el artículo 308 del C. de Co.

"La sentencia estableció una legitimación activa en quien no la tenía, pues la indemnización sólo correspondía exigirla al comprador de las mercancías, según los artículos 232 y 283 del C. de Co., en concordancia con el artículo 1876 del Código Civil".

Finalmente dice el recurrente que el Tribunal interpretó erradamente el artículo 308 del C. de Co. "al darle un alcance extensivo que no tiene, y creer que la valoración de las mercancías que allí se exige puede hacerse mediante el incidente previsto en el artículo 553 del C. J., pues dice que los peritos "tienen que ser nombrados y posesionados dentro del proceso, por cuanto dentro del mismo debe establecerse la cuantía del nuevo objeto de la obligación"; y que "En el caso de autos, la condena se refiere a lo que constituye el objeto principal de la demanda y no a un pedimento accesorio de la misma, como erradamente lo consideró el Tribunal, interpretando también erradamente el precitado artículo 308 del C. de Co.".

SE CONSIDERA:

El recurrente censura la sentencia por interpretación errónea en que, según dice, incurrió el Tribunal en relación con los artículos 289 y 290 del C. de Co.,

al fundarse en ellos para reconocerle legitimación en causa a la parte demandante, poque dice que para determinar esta legitimación y el interés jurídico para reclamar las indemnizaciones, es necesario determinar previamente la clase de acto jurídico que pudo existir entre el Cargador y el Consignatario, para precisar por cuenta de quien corren los riesgos de la cosa vendida.

En el caso de este proceso, que tiene por fundamento el incumplimiento de un contrato de transportes, celebrado entre las partes demandante y demandada, no se trata de saber qué relación jurídica, qué vínculo contractual existía entre "Tejidos Celta Limitada" y José Olinto Niño, por razón de las mercancías que la primera despachó al segundo, por intermedio de la empresa demandada. Para ésta, la convención que existiera entre aquellos era "res inter alios acta" que, por consiguiente, no modificaba en manera alguna la posición jurídica de la parte demandada.

En razón del contrato de transporte celebrado entre "Tejidos Celta Limitada" y "Estaciones de Servicio Bolívar S. A.", ésta última se vinculó jurídicamente frente a aquélla, y a la misma, por esa razón, debía indemnizar en caso de pérdida de las mercaderías objeto del contrato de transporte.

Los artículos 289 y 290 del C. de Co. hacen parte, respectivamente, del conjunto de disposiciones legales que fijan y señalan las obligaciones y derechos del Cargador y del Porteador, es decir, de las personas que celebran entre sí el contrato de transporte.

Si bien es cierto que el artículo 289 contempla un caso de prelación de créditos a favor del Cargador, prelación en virtud de la cual tiene preferencia o privilegio frente a "todos los acreedores del porteador para ser pagado del importe de las indemnizaciones por causa de retardo, pérdidas, faltas y averías", y también es verdad que esa disposición legal está pregonando que entre Cargador y Porteador existen vínculos jurídicos que crean derechos y obligaciones recíproeos; y que el Cargador tiene derecho para reclamar del Porteador el pago de las indemnizaciones correspondientes por retardos, pérdidas, averías o faltas de las mercancías que debían ser transportadas en virtud del contrato. Si no fuera de esta manera, si jurídicamente el Cargador no tuviera ese derecho frente al porteador, el artículo 289 sería inocuo y carecería de contenido jurídico, pues solamente quien tiene derecho a indemnización en los casos contemplados en ese canon legal, puede alegar el derecho de preferencia que allí se estatuye.

Y en cuanto al artículo 290 ibídem, basta con leerlo completo para concluir que ninguna violación cometió el Tribunal al sustentar, también, sobre él la legitimación en causa de la sociedad demandante. Con efecto, esa disposición es del siguiente tenor: "El porteador está obligado a recibir las mercancías en el tiempo y lugar convenidos, a cargarlas según el uso de personas inteligentes, y a emprender y concluir el viaje en el plazo y por el camino que señale el contrato.

"La violación de cualquiera de estos deberes sómete al porteador a la responsabilidad de daños y perjuicios a favor del cargador".

Si la primera parte de este artículo 290 consagra o estatuye las obligaciones principales del porteador, frente a lo estipulado con el cargador, el segundo inciso declara de manera precisa que el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones hace responsable al porteador de daños y perjuicios a favor del cargador.

Por consiguiente, al reconocer la sentencia que la parte demandante tenía legitimación en causa o interés jurídico para demandar y exigir la indemnización de que trata la demanda, no interpretó erradamente el artículo 290 del C. de Co., pues siendo absolutamente clara la norma legal no había por qué desconocer su sentido literal, ni darle una interpretación diversa a la que surge de ese sentido literal, pues dicha norma no acusa ningún equívoco, ninguna vaguedad, ninguna obscuridad, por lo cual tiene aplicación el principio del artículo 27 del C. C., en su primer inciso.

Dice el recurrente que "como consecuencia de su interpretación errada al aplicarla a un caso no gobernado por ella, se violó directamente la precitada norma (el artículo 290) por aplicación indebida".

Sobre el particular es conveniente recordar lo dicho por la Corte:

"Como acertadamente lo dice el opositor, no es de recibo atacar simultáneamente por aplicación indebida o interpretación errónea de una misma norma, ya que la primera noción significa que aquella no ha debido hacerse operar sobre la cuestión litigiosa, por ser ajena a ésta, mientras que la segunda consiste en hacer actuar la norma que corresponde al caso controvertido, pero en sentido diverso del que ella tiene. En otros términos: la indebida aplicación se presenta cuando entendida rectamente una norma se aplica a un hecho o a una situación no prevista o regulada por ella, al paso que la errónea interpretación se produce cuando el juzgador acierta en la norma que debe aplicar, pero yerra en su verdadero significado". (Cas. de 11 de junio de 1.959, XC, 625).

Hecha la observación anterior cabe agregar que aún bajo el supuesto de que la censura estuviera bien formulada, que no lo está, por los motivos expresados por la Corte, también era obligación del recurrente señalar las disposiciones o disposición legal aplicable al caso del litigio, lo que no hizo, por lo cual, y por lo expresado en cuanto a la inteligencia del artículo 290, es el caso de rechazar este aspecto de la censura.

Tampoco puede considerarse que interpretó erróneamente el Tribunal el artículo 300 del C. de Co., porque como lo dice el mismo Tribunal "La disposición del artículo 300 del C. de Co.,... contempla la hipótesis de que las mercaderías hayan llegado a su destino para establecer que si el porteador no las entrega se hace responsable de daños y perjuicios para con el consignatario; ....Esa no es la hipótesis que se presenta en el caso sub-lite desde luego que las mercaderías no llegaron a su destino, y por consiguiente no es aplicable el precepto en referencia".

En el contrato de transporte, es preciso tener en cuenta que el porteador, en virtud de la celebración del contrato, contrae obligaciones no sólo con respecto del cargador, según las disposiciones legales antes mencionadas, sino también en relación con el consignatario, como se desprende del artículo 300 y otros del mismo Código de Comercio. Pero como lo dice el Tribunal, las obligaciones del porteador para con el consignatario surgen cuando las mercancías hayan llegado a su destino, momento en el cual debe entregárselas so pena de daños y perjuicios en su favor. No hay ninguna oposición entre lo dispuesto por el artículo 290 del C. de Co. y el 300 del mismo estatuto, porque el primero se refiere y regula las obligaciones del porteador para con el cargador, desde que se celebra el contrato hasta que las mercaderías lleguen a su destino; y el artículo 300, regula las obligaciones del mismo porteador para con el consignatario, a partir del término de la conducción de las mismas mercaderías.

El impugnante considera que el artículo 300 debe interpretarse "de acuerdo con el artículo 232 ibidem, que indica por cuenta de quien corren los riesgos de la cosa vendida"; pero olvida el mismo recurrente que en el segundo inciso del artículo 300 se dispone que "El porteador carece de personaría para examinar la validez del título que tenga el consignatario para recibir los objetos consignados". Y esto es claro, pues como antes se dijo el porteador es un tercero en relación con los contratos que existan entre el cargador y el consignatario. El porteador se compromete para con el cargador a conducir la mercadería objeto del contrato de transporte, y a entregarla a su debido tiempo, es decir, tan pronto hubiere llegado a su destino, al consignatario, sin que pueda discutir el título que el destinatario tenga para recibir dicha mercadería.

De manera que, como lo dice el Tribunal, la hipótesis contemplada en el artículo 300 no es la que dice relación al presente litigio; y, en cambio, sí lo es la contenida en el artículo 290; y por ello no puede considerarse que el Tribunal haya violado, por errónea interpretación, las disposiciones mencionadas, ni por no aplicación las normas 232 y 236 relativas al contrato de compraventa comercial, porque ya se ha dicho que esta es materia ajena al presente litigio. Ni tampoco pudo violar los artículos 283 del C. de Co., y 1876 del C.C., por la misma razón de que se refieren al contrato de compraventa.

Por último, en cuanto dice relación al artículo 308 del C. de Co., en virtud del cual el sentenciador condenó a la sociedad demandada a pagar a la demandante el valor de las mercancías a justa tasación de peritos en el día y lugar en que debía verificarse la entrega o restitución, tampoco hay reparo que hacerle a la sentencia, porque habiendo incumplido el porteador sus obligaciones contraídas para con el cargador, y no habiendo conducido las mercaderías de acuerdo con el contrato, el porteador se hizo responsable de su pérdida y, en consecuencia, obligado a pagar la indemnización de perjuicios, indemnización que es la señalada en el artículo 308 del C. de Co. Y no puede decirse que el fallador le haya dado a esta disposición una interpretación extensiva, porque al estudiar la segunda causal de casación se dijo cómo sí tenía facultad suficiente para remitir al procedimiento del artículo 553 del C.J., el señalamiento del importe de la indemnización.

En consecuencia, se rechazan los motivos de censura expuestos bajo este segundo cargo.

Tercer Cargo (*Segundo de la demanda*).

Asevera el recurrente que "El Tribunal en la sentencia censurada incidió en los siguientes errores de valoración probatoria, que lo llevaron a violar la ley material" y para fundamentar el cargo expone:

"Incidió en manifiesto error de derecho, al dividir la confesión del Gerente de la sociedad demandada, cuando ella forma un todo indivisible, según el contexto del artículo 609 del C. J., norma quebrantada por el Tribunal sentenciador.

"La primera pregunta de las posiciones dice textualmete: 'Diga cómo es cierto, sí o no, que la sociedad TEJIDOS CELTA LTDA., entregó a la sociedad TRANSPORTES BOLIVAR S.A., hoy ESTACIONES DE SERVICIO BOLIVAR S.A., dos bultos de mercancía para que fueran transportados a la ciudad de Cúcuta'. 'Contestó: Sí es cierto porque revisando el archivo de la Empresa se constató que el día 20 de enero de 1.950 (sic) se recibió la mercancía y FUE DESPACHADA EL MISMO DIA A SU DESTINO' ". (folios 3 y 3 vto. del cuaderno nº 2)".

A continuación dice el recurrente que esa confesión es absolutamente indivisible, según el contexto del artículo 609 del C. J. y corresponde exactamente al contenido del hecho preguntado.

"La tesis del Tribunal, expresa el impugnante, de que se trata de una confesión divisible, es desde todo punto de vista contraria a los principios jurídicos que gobiernan la doctrina de la confesión indivisible. Al decir el absolvente que el mismo día en que la mercancía fué recibida, fué despachada, no estaba agregando ningún hecho distinto, no estaba agregando excepciones, sino dando la aclaración y la explicación concerniente al mismo hecho y de acuerdo con la pregunta formulada de que si la mercancía había sido recibida para despacharla a Cúcuta.

"No se trata de un hecho distinto que no tenga íntima relación con el hecho escueto de que las mercancías sí fueron recibidas. Puede decirse que esa confesión queda estructurada así: sí recibí las mercancías para despacharlas a Cúcuta, despacho que se hizo el mismo día en que fueron recibidas. Luego esa confesión es indivisible, y el Tribunal no puede arbitrariamente separarla en perjuicio del absolvente.

"Además, esa confesión concuerda con el manifiesto relacionado en el cuaderno nº. 3, folio 1o."

Y concluye este reparo con la siguiente afirmación:

"No existe una confesión divisible, sino una confesión indivisible y por consiguiente, el error de derecho cometido por el Tribunal es ostensible y manifiesto, violatorio del artículo 609 del C.J.".

Impugna también el recurrente el fallo de segundo grado por concepto de error manifiesto de hecho consistente en no haber tenido en cuenta algunos elementos allegados al juicio y que el demandante en casación considera de mérito probatorio. La presentación del reparo la hace en los ordinales 2º., 3º., 4º. y 5º. del cargo que se estudia.

En el ordinal 2º. expone que "Incidió el Tribunal en manifiesto error de hecho, al no percatarse de la confesión contenida en el ordinal c) de los hechos del libelo de demanda..... que dice textualmente: 'Las mercancías despachadas por Tejidos Celta Ltda. al señor José Olinto Niño, por conducto de Estaciones de Servicio Bolívar S.A., antes Transportes Bolívar S.A., y a las cuales nos hemos referido en los puntos anteriores corresponden al contrato de compraventa celebrado entre las citadas personas y cuyas condiciones se encuentran determinadas en la factura nº. 8892 de fecha enero 20 de 1.960, y de donde resulta que el valor de tales mercancías asciende a la suma de $7.225.78'. Esta confesión de la parte demandante, que tiene la categoría de plena prueba, la pasó por alto la sentencia acusada, en detrimento del artículo 607 del C.J. Como consecuencia de ese error de hecho el Tribunal no se percató de que entre el consignante o cargador y el consignatario, existía un contrato de compraventa comercial pura y simple, no sujeta a modalidades, y que por consiguiente la legitimación activa correspondía al consignatario".

En el ordinal 3º. manifiesta el recurrente que: "incidió el Tribunal en manifiesto error de hecho, al no percatarse de la factura presentada y adjuntada al libelo de demanda y que obra al folio 12 del mismo cuaderno nº. 1, y en donde dice que las mercancías despachadas corren por cuenta y riesgo del com-

prador, factura que complementa la confesión relacionada en el punto 1º. de este segundo cargo".

En el ordinal 4º. apunta el recurrente que "Incidió igualmente en manifiesto error de hecho el Tribunal, al no tomar nota del documento que obra a folio 1º. del cuaderno nº. 3º., y que se llama MANIFIESTO No. 04576, que están obligadas a llevar las Empresas Transportadoras en cumplimiento de Resoluciones del Ministerio de Fomento.

Y, por último, en el ordinal 5º. acusa la sentencia diciendo que "Erró de hecho el Tribunal al dar por establecida la pérdida de las mercancías, sin establecer prueba alguna en el proceso que determinara esta situación jurídica. La pérdida no puede presumirse, ni puede cambiarse la carga de la prueba, pues toda persona que quiera ampararse en una presunción legal, tiene que probar los supuestos fáctico-jurídicos sobre los cuales descansa esa presunción.

"Es evidente que la obligación del transportador implica que desarrolle todo el cuidado y diligencia necesarios para su efectividad, es una obligación de seguridad. Pero también es evidente que para que surja esa obligación es necesario que se demuestre la pérdida o el deterioro de la mercancía. En los autos no existe prueba alguna que demuestre que las mercancías se perdieron. Luego, darlas por perdidas, sin prueba alguna de ello, es incidir en manifiesto error de hecho".

Como consecuencia de lo expuesto afirma el impugnante que el sentenciador violó indirectamente los artículos 232, 283, 291, 300, 313 numeral 4o., del C. de Co. y 609 del C. J.; y que no dió aplicación al artículo 291 del C. de Co. "que concuerda con el numeral 4o. del artículo 313 de la misma obra, según el cual, en caso de pérdida, la prescripción principiará a correr desde el día en que debió ser cumplida la conducción". Y agrega: "Según el artículo 291 ibidem, no habiendo plazo prefijado para la carga, el porteador deberá recibirla y conducirla en el primer viaje al lugar para el cual fué destinada".

Continúa su argumentación en el sentido de que si el sentenciador no hubiera dividido arbitrariamente la confesión del Gerente de la Empresa demandada, que tiene pleno respaldo en el manifiesto antes relacionado, hubiera tenido que dar aplicación al artículo 291 y al numeral 4o. del 313, pues dice que el primero "está indicando una presunción de donde se infiere que él cumplió con la obligación de la conducción". Y agrega que "A la parte demandante le correspondía demostrar que el porteador no cumplió con la obligación de despachar la mercancía en el primer viaje de la Empresa al lugar donde se destinaba".

Dice que la obligación se extinguió por prescripción de corto tiempo "que tiene categoría más bien de caducidad y que por consiguiente se aprecia y valora de acuerdo con un criterio meramente objetivo".

Anuncia como violados, fuera de los mencionados antes, los artículos 1876, 2512, 2535 y 2454 del Código Civil.

CONSIDERACIONES:

El recurrente, en un primer término plantea su ataque contra la sentencia, desde el punto de vista de un error de derecho en la valoración de la confesión

hecha por el Gerente de la parte demandada, error que consistió -como lo afirma- en que el Tribunal dividió esa confesión y no la tomó como indivisible.

"La confesión -dice el artículo 609 del C.J.- se admite como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho; pero si el confesante agrega hechos distintos y separados que no tengan íntima relación con el primero, constituyen verdaderas excepciones que tienen la obligación de probar".

En el caso presente se preguntó al representante de la sociedad demandada si la compañía "Tejidos Celda Ltda." le había entregado dos bultos de mercancía para ser transportados a Cúcuta; y a ello contestó el interpelado: "Si es cierto, porque revisando el archivo de la empresa se constató que el día 20 de enero de 1.950 (sic) se recibió la mercancía y fué despachada el mismo día a su destino".

Para el Tribunal esta confesión no puede tomarse como indivisible "por la sencilla razón de que en el proceso existe la prueba de que esa mercancía fué recibida por la sociedad demandada el 20 de enero de 1.950 (sic), prueba consistente en la carta de porte que obra al folio 11 del cuaderno lo..... por lo demás se trata de uno de los hechos constitutivos de la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada, y por lo mismo no puede ser probado con el propio dicho del excepcionante".

En efecto, el contrato de transporte celebrado entre demandante y demandada, está demostrando, conforme a lo dispuesto por el artículo 276 del C. de Co., por medio de la carta de porte que obra en el expediente, en sus dos ejemplares, respectivamente aportados por una y otra parte. De suerte que la prueba de confesión resulta vana en este proceso y, en la hipótesis de que no lo fuese, tendría que tenerse como divisible en armonía con la doctrina, según la cual, cuando ya se tiene una prueba autónoma de la obligación, y aparte de ella el adversario reconoce como cierto el hecho por la misma demostrado, no puede tomarse este reconocimiento como confesión indivisible, por cuanto el acreedor no tenía necesidad de la confesión del deudor; en tal caso, éste no puede prevalerse de su propia declaración para demostrar la extinción de su deuda, fenómeno que tendría que acreditar por medios distintos.

Mientras no exista un flagrante error en la apreciación de la prueba de confesión, es de la autonomía del sentenciador la facultad de fijar el valor probatorio de los distintos medios aportados al juicio, pues como lo expresa la Corte: "La ley ha dejado a los jueces la facultad de analizar la prueba de confesión y deducir y calificar si el hecho confesado y añadido como explicación del principal es o no separable de éste". (Cas. de 30 de julio de 1.943, LV, 621).

Además, para que la confesión deba tenerse como indivisible es necesario que el hecho que se añada al que se trata de demostrar esté ligado con éste no de cualquier manera sino íntimamente; no basta que haya relación del uno con el otro, sino una relación sustancial. Y en el presente proceso la confesión acerca del recibo de la mercancía para ser transportada a Cúcuta no tiene una concatenación íntima con el hecho agregado por el Gerente de que la envió el mismo día. Esto última parte, como lo dice el Tribunal, constituye un hecho independiente que no puede probarse por la mera afirmación del declarante.

El error de hecho afirmado por el recurrente en el punto segundo del cargo que se contempla, consistente en el contenido del ordinal c) de la parte motiva de la demanda, y del cual se afirma que nó fué tenido en cuenta por el Tribunal carece de transcendencia en este juicio, pues ya se ha dicho, al estudiar otro de los cargos de la demanda de casación, que las relaciones jurídicas que puedan o pudieran haber existido entre el cargador demandante y el señor José Olinto Niño, consignatario, constituyen un caso cierto de "res inter alios acta" respecto a la parte demandada en su condición de porteadora de las mercancías, pues como ya se expresó, el contrato de transporte se celebró entre la compañía demandante y la empresa demandada, aquella como cargadora y ésta como porteadora, y ese contrato generó entre ellas recíprocos derechos y obligaciones, sin consideración a la persona del consignatario ni a las relaciones o vínculos jurídicos que pudieran existir entre éste y el cargador. Las obligaciones y derechos surgidos recíprocamente entre porteador y cargador no se interfieren ni se destruyen por los que se crean entre el consignatario y el porteador, de acuerdo con la ley.

Y el hecho de aparecer en el juicio la factura que relaciona las mercaderías materias del contrato de transporte no corrobora, como lo pretende el recurrente, que exista ningún contrato de compraventa comercial entre el cargador y el consignatario, ni mucho menos que ese pretendido contrato contenga las condiciones y estipulaciones que allí se mencionan, entre otras consideraciones, porque no aparece que tal factura haya sido aceptada por el consignatario, única manera en que, quizás, pudiera concluirse que hubiera existido una determinada especie de vinculación jurídica entre el cargador y el destinatario. La factura de que se trata no comporta valor probatorio a este respecto por lo cual el Tribunal no la apreció como prueba, pues carece de los más elementales requisitos para ello, ya que no fué aceptada, se repite, por el destinatario de la mercancía. De allí que la omisión que se imputa al Tribunal, aun cuando fuera evidente, no tiene ninguna trascendencia jurídica en este recurso extraordinario, en órden a la falta de legitimidad en causa de la parte demandante.

Tampoco tiene trascendencia el hecho de que el Tribunal no se haya detenido en el estudio del "MANIFIESTO nº. 04576", porque dicho documento carece de valor jurídico, se trata de un papel privado que fué redargüido de falta de autenticidad, por la contraparte, como consta a folio 4º. del cuaderno nº. 3, sin que se procediera por quien lo presentó de acuerdo con lo previsto por el artículo 649 del C. J. De manera que careciendo de valor probatorio legal, el Tribunal no podía considerarlo ni asignarle ningún mérito, por lo cual no es dable hablar de error de hecho, en el caso, y mucho menos, de error evidente de hecho.

En cuanto a que el Tribunal supuso o dió por establecida la pérdida de las mercancías, "sin establecer prueba alguna en el proceso que determinara esta situación jurídica", observa el Tribunal lo siguiente: "Como la sociedad demandante niega que el destinatario hubiera recibido los dos bultos de mercancía en cuestión, incumbía a la demandada demostrar que sí los entregó, pues por tratarse de una negación indefinida la carga de la prueba se desplaza a la contraparte. No habiendo producido dicha parte la prueba de que entregó la mercancía al consignatario, ha de presumirse que se perdió por culpa del porteador, de acuerdo con el artículo 306".

Más adelante el Tribunal corrobora su tesis con lo expuesto por connotados expositores de Derecho, según los cuales el cargador para probar la pérdida, "probará en primer lugar, el contrato de transporte, y probará, en segundo lugar, la entrega

de las mercaderías mediante la carta de porte, puesto que ésta se otorga después de entregadas las mercaderías; deberá probar que éstas se perdieron? No, porque, como hemos dicho hay pérdida en el sentido legal, no sólo cuando las mercaderías se pierden efectivamente sino también cuando el porteador no prueba que las entregó al consignatario en el lugar de su destino o las depositó en poder de la justicia".

En este proceso la parte actora afirma, en el literal d) de la demanda, que, según manifestaciones de la empresa porteadora, la mercancía se había extraviado, es decir, afirmó la pérdida en manos del transportador. Esta afirmación de carácter indefinido no fué contradicha por la empresa opositora, que no contestó propiamente la demanda sino que se limitó a interponer la excepción de prescripción de la acción instaurada.

La demandante demostró la celebración del contrato de transporte y la entrega de la mercadería, y como no fué ésta entregada al consignatario, afirmó que se había perdido, en el sentido legal, en manos del porteador; y como éste no probó que hubiera puesto la mercancía en manos del destinatario, es claro que ha quedado demostrada la pérdida, sin que pueda considerarse que el Tribunal haya supuesto, con error de hecho evidente, una prueba inexistente en el juicio. Existe, además, en el proceso una carta del consignatario, no redargüida por la sociedad demandada, en la cual comunica al cargador o remitente de la mercadería que ésta no ha llegado a su poder, y que hechas las averiguaciones con la entidad transportadora o porteadora, le manifestaron que se había extraviado.

Por otra parte, si la mercancía no se hubiera perdido, como lo afirmó la demandante sin objeción de la demandada, un elemental deber de lealtad procesal y contractual obligaba a la compañía demandada a demostrar en contra de la afirmación hecha, y a poner el objeto del contrato en manos del consignatario. Si así no procedió, ello se debe a que evidentemente el evento de la pérdida se había operado, pues, como lo dice el Tribunal, "no es dable suponer que la empresa transportadora tenga tales mercancías en su poder y se niegue a entregarlas".

En cuanto a la última parte del alegato de casación, en la cual se ataca la sentencia porque "No dió aplicación a la presunción contenida en el artículo 291 del C. de Co., norma violada por falta de aplicación, que, concuerda con el numeral 4o. del artículo 313 de la misma obra", debe considerarse que aquélla norma no contiene ni establece presunción alguna sino que consagra una regla para llenar el vacío de contrato de transporte en el cual no se haya estipulado expresamente el término dentro del cual debe conducirse la mercancía, esto es, acerca del plazo para el cumplimiento de la obligación de hacer. A falta de esa estipulación expresa, la ley suple el silencio del contrato y manda que el transporte se lleve a fecto en el primer viaje que el porteador emprenda al lugar a que fuere destinada la mercancía. Esta norma de interpretación de la voluntad de los contratantes, consagra un término o plazo, cuando él no se ha señalado en el contrato de transporte, pero no establece ninguna presunción de que efectivamente la carga se haya conducido dentro de él. Es, por consiguiente, al porteador a quien corresponde demostrar que cumplió su obligación de acuerdo con el contrato o con lo mandado por el referido artículo 291.

Aún cuando la parte demandada propuso la excepción de prescripción de que trata el artículo 313, en su ordinal 4°., los hechos básicos, que la constituyen no fueron establecidos, pues no existiendo legalmente la presunción que invoca

la compañía demandada, y no habiéndose establecido realmente el día en que debía haberse cumplido la conducción de la mercancía, se carece de base para computar el término o lapso de la prescripción, y por consiguiente, para saber si cuando se notificó la demanda, el 6 de febrero de 1.91, (sic) ya había transcurrido o no el término señalado por el ante-dicho artículo 313, ordinal 4º. del C. de Co.

Se sabe, en el presente caso, cuándo se celebró el contrato y cuándo se entregó la mercancía para su transporte; se sabe que el porteador, de acuerdo con la ley, debía cumplir la conducción en el primer viaje que emprendiera a Cúcuta; se sabe cuándo fue notificada la demanda que instauró la acción; pero no se sabe cuándo se hizo o debió hacer el primer viaje al lugar del destino de la mercancía, ni se ha determinado la fecha en que habría de llegar a su destino y ser entregada a su consignatario. Por consiguiente se desconoce uno de los extremos necesarios para saber si se cumplió o no el fenómeno exceptivo de la prescripción alegada por la parte demandante; por lo cual no le quedaba al Tribunal otro camino que declarar no probada la excepción propuesta.

De lo dicho se deduce que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho y de derecho, ni en la falta de aplicación o en la violación de las disposiciones que menciona el recurrente.

Por consiguiente, se rechaza el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco (5) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el juicio seguido por "Sociedad de Tejidos Celta Ltda." contra "Estaciones de Servicio Bolívar S.A.", antes "Transportes Bolívar S.A".

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese, en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

El concubinato y las relaciones estables y notorias a que se refiere el estatuto de filiación. Lapso a que debe aludir la prueba de las relaciones sexuales o de la posesión notoria del estado de hijo natural. Paternidad natural. La prueba directa de ésta tiene un valor apenas indiciario.

1. El escrito de casación incurre en el error de dar a la sentencia de 5 de marzo de 1.948 (G.J. T. LXIV, pág. 48), un alcance y un sentido que no tiene. Cuando en esa providencia la Corte comparó el concubinato con las relaciones estables y notorias a que se refiere la ley de filiación natural, no lo hizo de manera absoluta, ni para inferir que sólo con la demostración del concubinato podía configurarse la filiación natural. En lo dicho allí, no se sostiene que en esta clase de acciones deba demostrarse el concubinato, en cuanto este signifique comunidad de habitación, sino la existencia de relaciones sexuales que para hacer posible la declaración de paternidad deben reunir las calidades determinadas en la ley y a que la aludida sentencia se refiere de manera concreta e indudable. Posiblemente no se ajustó el citado fallo en su concepto sobre el concubinato a la definición que de esa voz dá el añejo Diccionario del señor Escriche, pero no desconoció el significado ni menospreció la letra de la ley colombiana que debía aplicar para soltar la controversia.

Mas si para el recurrente la sentencia, blanco de su acerba crítica, ofrece oscuridad o dudas, antes de enjuiciar su criterio, pudo consultar sentencias como las de 29 de febrero de 1.960 (XCII, 102) y 28 de abril de 1.962 (XCVIII 365), amén de otras en las que expresó su pensamiento sobre el particular.

2. Las causales que la Ley 45 creó para demostrar la filiación natural necesitan pruebas adecuadas a la naturaleza de cada una de ellas. Si el hijo alega la posesión notoria de su estado respecto al padre, no sería indispensable dar el nombre de la madre. Inútil sería la acción de filiación fundada en relaciones sexuales sin indicar entre quiénes se tuvieron, porque esas relaciones suponen los dos extremos procreadores. Las pruebas de las relaciones se refieren a una época anterior al nacimiento, coetáneas a la de la concepción, y, las de la posesión notoria, a un período posterior al nacimiento y desde luego a la de la concepción.

3. La prueba directa de la paternidad, por elementales razones, no puede resultar de declaraciones de testigos, ni aún de los que hubieren presenciado las relaciones carnales. Su valor es apenas indiciario y, por esta razón, el

Tribunal tiene autonomía de juicio, porque en el fondo, es el íntimo convencimiento moral del sentenciador de mérito, dotado de facultad legal para apreciar la prueba por indicios, lo que atribuye o niega valor a estos elementos de convicción.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

Expone el demandante Anastacio Velásquez que en el Municipio de Junín, Cundinamarca, sección de Hoya Grande, fracción Chuscales, en la finca denominada "Chorrillos", José Antonio González de la Peña y Rosa Velásquez tuvieron relaciones sexuales estables y notorias y que él es resultado de ellas; que, además, tuvo posesión notoria de hijo natural con respecto al padre y que con fundamento en esas dos causales invoca reconocimiento y declaración judicial de filiación natural con relación a José Antonio González de la Peña, y al efecto señala como demandados a las siguientes personas:

"a), JULIO ALBERTO, LUIS ALEJANDRO y JORGE EUGENIO GONZALEZ DE LA PEÑA, mayores de edad, vecinos de Bogotá, D. E., como herederos del padre natural de mi mandante, doctor José Antonio González de la Peña, y como representantes de su sucesión; b), JUSTINO GONZALEZ RODERO, mayor de edad, vecino de Bogotá, como heredero del causante doctor José Antonio González de la Peña, por derecho de representación de su finado padre Justino González de la Peña, hermano legítimo del causante; c), PEDRO FELIPE GARZON, ADELMO ROJAS R. y ANANIAS RODRIGUEZ ROJAS, mayores de edad, vecinos del municipio de Gama, Cundinamarca, en su condición los dos primeros de cesionarios de determinados derechos y acciones hereditarios de los demandados Julio Alberto, Luis Alejandro y Jorge Eugenio González de la Peña, y del demandado, Justino González Rodero, en la sucesión del causante doctor José Antonio González de la Peña, y el tercero o sea Ananías Rodríguez Rojas, en su calidad de cesionario a su vez de los derechos y acciones hereditarios adquiridos de los precitados herederos demandados por el mencionado demandado y cesionario Adelmo Rojas R., a los cuales se ha hecho referencia; d), ANDREA MORENO, BAUDILIO MARTIN MARTIN, ELISEO MARTIN M. y MARTIN ACOSTA BONELL, mayores de edad, vecinos de Gachetá, en su calidad de cesionarios de los supuestos herederos Julio Alberto, Luis Alejandro y Jorge Eugenio González de la Peña, y Justino González Rodero, en la sucesión del causante doctor José Antonio González de la Peña; e), MARIA GARZON viuda de VELASQUEZ, mayor de edad, vecina de Gachetá, en su condición de cónyuge sobreviviente y heredera del señor WENCESLAO VELASQUEZ, y como representante de su sucesión, por la razón legal de que dicho señor Wenceslao Velásquez fué cesionario de determinados derechos y acciones hereditarios de los herederos hasta ahora reconocidos Julio Alberto, Luis Alejandro y Jorge Eugenio González de la Peña, y Justino González Rodero, en la sucesión del causante doctor José Antonio González de la Peña; f), ROSALBA BEATRIZ, ALFONSO MARIA DE LICORIO o LIBORIO, JOSE LUIS MARIA o LUIS MARIA, GRACIELA DE JESUS, LAURA INES y LINA RAQUEL VELASQUEZ GARZON, menores de edad, vecinos de Gachetá, hijos del finado cesionario Wenceslzo Velásquez y de su cónyuge sobreviviente demandada señora María Garzón v. de Velásquez, representados dichos menores por ésta como madre legítima, en su calidad ellos de herederos de su

padre legítimo Wenceslao Velásquez, cesionario de derechos herenciales en la sucesión del causante doctor José Antonio González de la Peña".

Tramitada la primera instancia con la presencia de todos los demandados el Juez de ese grado profirió sentencia en que dijo que por no haber encontrado probados los hechos de la demanda no declaraba la filiación reclamada por el demandante. Este apeló de ese pronunciamiento y como la sentencia de segunda instancia le fuera igualmente adversa, trajo el litigio ante la Corte en recurso de casación.

LA SENTENCIA DE MERITO

El principal fundamento de la sentencia del Tribunal está en que las declaraciones de testigos allegadas al juicio para demostrar las relaciones notorias y estables entre los pretendidos padres y la posesión de estado de hijos con relación al padre, no son suficientes para probar los hechos que configuran la causa de las peticiones.

Al avocar el estudio de las declaraciones, una a una, y todas en conjunto, el Tribunal las encuentra deficientes, por su inverosimilitud unas, otras por no referirse a hechos que den posibilidad para deducir esas relaciones y la posesión notoria.

Tiene en cuenta la situación irregular ocurrida en primera instancia en cuanto se refiere a los contrainterrogatorios que no se hicieron en el acto de declarar los testigos, como lo prescribe el artículo 690 del C. J., y expresa que esa anomalía no es bastante para dejar de valorar las respuestas a los contrainterrogatorios, puesto que se hicieron antes de la citación para sentencia y el Tribunal, por facultad expresa, puede meritar las pruebas que, pedidas en tiempo, se adujeron inoportunamente.

"En punto relacionado con la existencia de relaciones sexuales -expone el Tribunal- aluden los testigos citados a 'caricias', a 'regalos' a trato afectuoso, por parte de González de la Peña para con Rosa Velásquez, y a 'cuidados, atenciones', y 'servicios' de ésta para con aquel. Y en cuanto a episodios significativos de verdadera relación sexual, cada quien relata ciertos hechos, de que particularmente fue testigo, pero que por su naturaleza, y por las circunstancias referentes a la calidad y situación personal de los testigos y a la forma como dicen haberse sucedido, resultan, en concepto de la Sala falladora, indudablemente inciertos o inverosímiles.

"...respecto a tal circunstancia -se refiere al tiempo de las relaciones sexuales-, los testigos de que se hace mérito, no sólo son inciertos, sino que resultan contradictorios y otros, o guardan silencio, o resultan ineptos para atestiguar fehacientemente sobre fechas en razón de la calidad personal del declarante". Cita los testigos a que el anterior concepto se refiere, pone de presente las épocas en que por razón de otras pruebas, como la de inspección ocular, aparece que el presunto padre no pudo estar en la hacienda de "Chorrillos", porque permanecía en Gachetá donde ejercía la profesión de abogado y era concejal, y concluye:

"Concurre con lo anterior, el hecho de que la afirmación de los testigos con respecto a la permanente residencia de González en la finca de 'Chorrillos,

resulta contradicha por lo que se estableció en la referida diligencia de inspección ocular practicada a instancia de la parte demandada en los archivos del Concejo y de los Juzgados de Gachetá, en la cual se comprobó una regular actividad de González en dichas dependencias, lo que de modo necesario hace suponer que allí, y no en su finca de 'Chorrillos', fue este (sic) tuvo su residencia habitual, por lo menos en el lapso a que particularmente aluden tales testigos, y así lo corroboran también, el testimonio de los actuarios en la diligencia, señores Ernesto José Díaz y Tomás Prieto.

"Remontándose el tiempo de la concepción, de acuerdo con las referidas afirmaciones de la parte actora, al 26 de octubre de 1.925, y acreditados mediante la inspección ocular que el día 2 de noviembre subsiguiente, o sea a los seis días, González concurrió, y fue elegido Presidente del Concejo, lo que supone de modo cierto actividades políticas previas, y permanencia constante en el lugar, resulta que el hecho básico sobre el cual puede presumirse la concepción, carece de base efectiva, en virtud de no aparecer demostrada la estabilidad de relaciones sexuales para esa época. Y con mayor razón, si estas tenían que haberse cumplido en lugar tan distante de Gachetá, como afirmaron los testigos Díaz y Prieto, serlo de la finca de 'Chorrillos'.

"Tratándose de una prueba que no puede ser simplemente indiciaria sino plena, resultaría improcedente conjugar los hechos a que particularmente se refiere cada testigo, para tratar de deducir la existencia de una prueba a la cual pudiera darse esa calidad. Porque según resulta de la anterior relación, las pruebas aducidas por la parte actora, ni particularmente, ni en su conjunto, acreditan de modo fehaciente que la ley requiere, todos y cada uno de los extremos que estructuran la causal de relaciones sexuales que sirve de base a la declaración judicial de paternidad natural, de acuerdo con el numeral 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.

"Y otro tanto cabe decir de la causal fundada en la notoria posesión del estado civil de hijo natural, que también aduce la actora para fundar su demanda. Pues, como aparece de manifiesto del contexto de las declaraciones examinadas, aparte de adolecer todas ellas de falta de fundamentación derivada del hecho de no exponer los declarantes la razón circunstanciada de su dicho para dar así al juzgador la convicción acerca de sus afirmaciones, no precisan hechos de los cuales pudiera deducirse, no sólo que González de la Peña daba a Anastasio Velásquez el trato de hijo natural suyo, sino que este tratamiento creó en el grupo de sus deudos y amigos o del vecindario, la fama y reputación de ese estado civil, y que tales hechos se cumplieron durante el lapso que la ley señala para que se lleve a cabo la posesión del estado civil".

Dijo también la sentencia del Tribunal, refiriéndose a los conceptos de notoriedad y estabilidad:

"La notoriedad de las relaciones sexuales implica el hecho de que sean comunmente conocidas en el lugar donde residan los amantes dentro del vecindario o círculo social donde se desarrollaron, de tal modo que toda persona que se mueva dentro de él pueda tener conocimiento de ellas; y, además, que tales relaciones configuren -como lo tiene establecido la doctrina jurisprudencial- un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción.

"La calidad de estables de las relaciones sexuales supone -por oposición al concepto de efímeras o pasajeras- que hayan permanecido en el tiempo, con

la notoriedad indispensable, por lo menos durante todo el periodo legal en que la concepción se presume.

"La prueba testimonial que se aduzca para establecer tales circunstancias debe contener, por consiguiente la relación de hechos concretos que configuren la notoriedad y estabilidad de las relaciones sexuales que se acusen, y en cuya virtud estas aparezcan sustraídas del ambiente de intimidad y secreto en que hayan podido realizarse".

Y en lo que respecta a los contrainterrogatorios formulados a los testigos, el Tribunal, expresa:

"Por la parte actora, y con ocasión de la diligencia de contrainterrogatorio de los testigos por ella presentados, se planteó la cuestión de si tal contrainterrogatorio podía formularse, y resultaba procedente, surtiéndose en fecha posterior a aquella en que el testigo sujeto a él, había rendido su exposición. Pero como el Juzgado del conocimiento declaró que la actuación así surtida (sic), y esa declaración así surtida quedó firme y constituye ley del proceso, ningún reparo cabe ahora formular sobre tal materia y, por consiguiente, los referidos testimonios deben tomarse en su conjunto con la diligencia de contrainterrogatorio. Con mayor razón si se tiene en cuenta que, habiéndose practicado esta con anterioridad a la citación para sentencia, cualquier defecto relativo a la oportunidad de su práctica, no impide su consideración por el juez de segunda instancia a términos de lo preceptuado por el artículo 588 del Código Judicial".

LOS CARGOS EN CASACION

Es el primero por violación de ley sustantiva "en forma indirecta, por falta de aplicación de artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, y consecuencialmente, de los artículos 20 de la misma ley 45 de 1.936, 1321, 1323 y 964 incisos 2o. y 3o. del Código Civil, proveniente de error de derecho en la apreciación de unas pruebas, y de error de hecho evidente o error manifiesto de hecho en la apreciación de otras.

"

"Para acreditar las relaciones invocadas, y la posesión notoria, produjo la parte actora abundante prueba testimonial la que en conjunto, arroja de manera indudable y evidente, la absoluta y total convicción de la existencia y verdad de dichas relaciones, sin la comisión de los mencionados errores; pero el juzgador de la segunda instancia, considera que no existe plena prueba de esas relaciones por faltarle a los testimonios determinados requisitos o puntos que realmente no les falta.

"Para llegar a esta conclusión, utiliza en parte el examen y valoración de las siguientes pruebas que, en su producción, adolecen de defectos tales, que determinan en derecho su no apreciación: tuvo en cuenta, para menoscabar el mérito probatorio de los testimonios producidos por la parte actora a fin de acreditar las relaciones sexuales estables y notorias, dichas pruebas, sin que legalmente debiera hacerlo, incurriendo así en un error de derecho en la apreciación de tales pruebas....".

Con ánimo de revaluar el criterio del Tribunal y ensayar la fundamentación del cargo, el censor indica las declaraciones que el fallador desechó, para luégo señalar los errores en que según su entendimiento incurrió aquél, siendo el primero, el que hubiera tenido en cuenta las respuestas a los contrainterrogatorios, cuando "basta leer el expediente -dice-, para ver que ese contrainterrogatorio no podía legalmente hacerse, y que aunque se hiciera, no tiene legalmente valor porque su producción defectuosa quedó para siempre así, y debía verse así al tiempo de dictar sentencia, para efecto de no tenerla en cuenta o desestimarla.

"

"Pero fue y es un error de derecho haber apreciado tales contrainterrogatorios, ora por las razones que ya expuse en el aparte a) de los antecedentes, y que doy aquí por reproducidas, como porque los razonamientos del sentenciador de segundo grado, son nitidamente injurídicos".

En este segundo aparte del cargo se afirma error del Tribunal por haber tenido en cuenta las declaraciones de Ernesto José Díaz y Tomás Prieto Vergara, "a guisa de testigos comunes, cuando ellos apenas fueron llamados a ser testigos actuarios en una inspección ocular, y sin que durante la inspección, se les ordenara por el Juez comisionado recibirles declaración, y además, sin que se les recibiera juramento alguno, legal o ilegal.

"

"También cometió error de derecho el Tribunal al sentar la tesis para su sentencia, de que si un testigo declara que vió realizar el hecho sexual, su dicho no se tiene en cuenta o no se debe tener en cuenta para las pruebas de las relaciones sexuales. Error que le hizo desestimar equivocada y perjudicialmente el valor probatorio de los testigos que sobre tal hecho declararon como percibido directamente.

"Incurre en el error de derecho de tomar como indicio necesario un indicio apenas leve y creo que tevisimo, el que en los archivos de los Juzgados de Gachetá y del Concejo, dizque se hubiese comprobado una regular actividad, para pensar que allí y no en su finca de "Chorrillos", fue que (sic) tuvo su residencia habitual.

"

"Se niega por tanto el juzgador de esta sentencia, a conjugar los hechos indiciarios de relaciones sexuales estables y notorias, porque cree que esa conjugación, esa reunión en un conjunto no arrojaría nunca una plena prueba. Y es este pasaje de la sentencia, el que prueba plenamente, que el juzgador, aunque en otra parte teóricamente y en abstracto da a entender que ha examinado y pesado o ponderado en su conjunto los hechos indiciarios aludidos, en realidad no lo hizo para efectos del fallo y sobre todo la apreciación de la prueba en derecho. Es inexplicable tal hecho.

"Equivale esta otra curiosa tesis del sentenciador, a sostener que la prueba simplemente indiciaria nunca puede ser plena. De modo que el indicio necesario, por ejemplo, nunca formá plena prueba. De modo que una presunción de derecho, (C. J., art. 660) no puede probar plenamente. De modo que tampoco puede haber plena prueba en los casos a que se refiere el art. 661 del C.J., o sea cuando, como en el caso de este pleito, los antecedentes en que se apoya

una presunción legal, aunque se establezcan plenamente, nada prueban en favor del que tiene la presunción. De modo que en el caso del art. 663 del C. J., por tratarse de un indicio, no puede haber plena prueba".

Los reparos por error de hecho evidente, de esta primera parte de la demanda de casación, los plantea el recurrente del siguiente modo:

"1). El sentenciador no tuvo en cuenta en modo alguno, la prueba que se deriva del conjunto de los testimonios producidos por la parte actora para demostrar las relaciones sexuales invocadas. Existiendo la prueba en autos, no la apreció, como si fuera inexistente.

"2). El juzgador mencionado, no tuvo en cuenta en modo alguno, la prueba poca o mucha que se deriva de los testimonios en la parte referente a la posesión notoria del estado de hijo natural, debiendo tenerla en cuenta, para prueba de relaciones sexuales, en calidad de medios corroborantes en que se apoya la demanda, en vista de que no alcanzaban a probar plenamente la posesión notoria.

"Ya transcribí la jurisprudencia de la Corte al respecto.

"3). Pretende la sentencia que 'en punto relacionado con la existencia de vinculaciones sexuales, aluden los testigos citados a caricias, a regalos, a trato afectuoso, por parte de González de la Peña para con Rosa Velásquez, y cuidados, atenciones y servicios de ésta para con aquél'. Y en cuanto a episodios significativos de verdadera relación sexual, cada quien relata ciertos hechos de que particularmente fue testigo, porque por su naturaleza, y por las circunstancias referentes a la calidad y situación personal de los testigos y a la forma como dicen haberse sucedido, resultan, en concepto de la Sala falladora, inciertos e inverosímiles'.

"Entra luego a examinar los testimonios de Rozo Beltrán, Carrión, Reyes Acosta, la Rodríguez de Beltrán, la Velásquez de Ramos, Leopoldo Beltrán, Eleázar Rodríguez y González Gutiérrez.

"Esto después de haber prescindido, de haber dejado a un lado como si no existieran ni significaran nada, los hechos sobre comunidad de habitación y prueba directa.

"Presentaré el examen que hace.

"a). Sobre Rozo Beltrán.

"Rozo Beltrán relata, como quedó consignado en el compendio de su testimonio, que 'vió varias veces a González ejecutando en su dormitorio actos sexuales con Rosa, lo cual infirmó, cuando al propio tiempo había declarado que el dormitorio de González no tenía ventanas, que estando afuera no se podía ver para adentro, y que si vió aquellos actos fue porque dejaban la puerta abierta, sin embargo de lo cual dijo que los padres de Rosa, habitaban en la misma casa, no se daban cuenta de ello'.

"El reparo del fallador se limita concretamente a que hubiera visto o hubiera podido ver los actos sexuales.

"Pero, dejando de lado este aspecto para el final, observo que el testigo habla nítidamente de cariños, no comunes, hacia el año de 1.925 en adelante,

especialmente cuando íbamos a salar ganado,..... le hacía cariños a Rosa Velásquez, la abrazaba, y la besaba directamente delante de los peones'. 'Cuando él, don José Antonio González, venía a Gachelá o a Junín, y regresaba nuevamente a su casa, llevaba su gratificación, y al saludarla a su llegada le decía que hay mijito y tal, la abrazaba, la besaba... ellos vivían así; 'lo atendía como su mujer'; 'se dejaba abrazar y besar como su amante'; 'ellos se iban a ranchar en la misma pieza'.

"A estos hechos, que son indicadores de relaciones sexuales, no se refiere concretamente el sentenciador. Los omite de hecho. Los pasa por alto. Como si no existieran. Pero, si no los hubiera omitido, lógicamente habría encontrado probadas las relaciones, habría aplicado el artículo 4o. de la ley 45 de 1.936, y habría hecho la declaración de filiación. Cosa semejante ocurre con los demás testimonios.

"En cuanto a hechos sexuales mismos, no existe infirmación alguna del testigo en su declaración original, única que debe tenerse en cuenta. En el contrainterrogatorio, que no debe tenerse en cuenta, es en donde aparecen las manifestaciones que hacen ver infirmación al falladar, y sin embargo, no como se expone, pues el contrainterrogatorio lo que dice es 'veces dejaban abierta la puerta', es decir, que por descuido o exceso de confianza, pudo algunas veces dejar sin cerrar la puerta González, lo cual es verosímil que sucediera a veces, no siempre, teniendo en cuenta que la vida era rural, campestre, de caracteres muy diferentes a los de una ciudad densamente poblada.

"b) Sobre Carrión, apenas recoge esto: 'cogía a Rosa del brazo y la metía en su pieza'; 'probablemente dormían juntos'; 'una mañana vio salir a Rosa del dormitorio de González como acabada de levantarse'; y pretende que el testigo desvirtúa esas afirmaciones al fundamentarlas sobre una mera posibilidad.

"Pretermite: 'él la acariciaba delante de la gente y ella se dejaba'; 'él la trataba como si hubiera sido la mujer de él'; 'en la misma casa habitaba la señorita Rosa Velásquez'; 'me dí cuenta de que dormía en la misma pieza con don José Antonio González, porque una mañanita, de seis a seis y media de la mañana, salía Rosa de la pieza, como cuando uno sale de la cama desprovista'.

"c). En forma semejante, sobre Reyes Acosta. No tiene en cuenta 'dormía en una misma pieza con Rosa', 'llamaba a Rosa y la encerraba en la pieza y luego seguía llamando lista'; omite, 'la acariciaba, la besaba, la alzaba'; 'vivió en junta en dicha casa'.

"d). Sobre la testigo Bárbara Rodríguez de Beltrán, omite 'vivió en esa casa don José Antonio González', 'yo iba allá diariamente'; 'de ahí en adelante fue que nació el niño'; 'todavía no había nacido Anastasio, al poco tiempo hubo el niño, a los nueve meses'.

"e). Sobre Mariqueta Velásquez de Ramos, le desconoce las circunstancias en que percibió, pero ella, en la declaración dice que Bárbara Rodríguez y una tal Zoila, miraban por una endija, se ponían a mirar, de donde se colige que fué en la época a que se refiere la Rodríguez, habiendo nacido después el actor, como a los nueve meses.

"f). No menciona a Leopoldo Beltrán, Avelino Ramos, Eleázar Rodríguez y Abelardo Gutiérrez.

"4). Sobre la época pretende el sentenciador que no se precisaron fechas y meses, pero lo indispensable es el principio, la estabilidad y la terminación de las relaciones notorias, en el tiempo en que se presume la concepción. La ley no habla de fechas y meses, sino de la época en que se presume la concepción.

"Hay sin embargo prueba plena de la época, pues todos los testigos, exceptuando unos dos o tres, hablan de las relaciones estables y notorias, indicando hechos sobre estabilidad y notoriedad, y que permiten al juzgador verla o apreciarla, y dan datos sobre el tiempo. Se refieren a relaciones comenzadas en 1.925 por lo menos, y terminadas en 1.928 o de ahí en adelante. Es decir, comprenden implícitamente el tiempo a que alude el art. 4o., num. 4o., de la ley 45 de 1.936.

"Rozo habla de 1.925 hasta 1.930 más o menos.

"Francisco Antonio Beltrán, al contestar el punto 10º. del interrogatorio, referente a las relaciones en 1.925 y 1.926, dice que le consta, e indica los hechos por los cuales le consta. La época queda aseverada implícitamente.

"Camilo Carrión, 1.925 o principios de 1.926 en adelante hasta 1.930.

"Emilio Reyes, desde principios de 1.926.

"Bárbara Rodríguez, de 1.922 o 1.923 en adelante.

"Avelino Ramos, en 1.925 y 1.926.

"Eleázar Rodríguez, de 1.923 a 1.930.

"Mariquita Velásquez, al hablar de los 11 meses, implícitamente abarca la época requerida.

"5). En cuanto a la estabilidad de las relaciones, dice la sentencia que no hay, porque las fechas en que según la inspección ocular referida aparece González en Gachetá, y según el dicho de los actuarios a que me referí, contradice el dicho de los testigos de la parte demandante.

"Sin embargo, el dicho de tales actuarios no es testimonio, y la fecha en que adquirió el causante casa en Gachetá, junio o julio de 1.928, inventarios, petición de apertura de la sucesión, hechan por tierra la pretensión del fallador.

"La inspección ocular misma, arroja unas fechas diseminadas, tan raras y alejadas, que no establecen una interrupción, una verdadera solución de continuidad, en relación con el dicho de los testigos del actor.

"No existe en verdad la tal contraprueba.

"Habiendo nacido el actor en 28 de julio de 1.926, (partida de nacimiento), se presume legalmente concebido entre 28 de enero de 1.926 y 26 de octubre de 1.925.

"Según tal inspección, González habría estado en Gachetá, como los propios testigos del actor dicen que iba más o menos cada ocho o quince días, y regresaba en estas fechas:

"Octubre de 1.925: ningún día.

"Noviembre de 1.925: 9, 21, 25 y 30.

"Diciembre de 1.925: 6, 14, 20, 29 y 31.

"Enero de 1.926: 3, 7, 21, 23 a 25 y 30.

"Se ve que hay una interrupción de siete y ocho días como constante, lo que coincide en general con los testimonios del actor, sobre viajes cortos a Gachetá, y regreso inmediato. (No era a pié, era a caballo el regreso, para agrandar el error de la contraparte). La prueba de la permanencia en Gachetá, no existe, entendiendo por tal, que solo excepcionalmente no estuviera allí, de lo cual repito, hay ausencia de prueba en el expediente".

Posteriormente y dentro del término legal se adicionó la demanda de casación para hacer "algunas observaciones más en relación con los errores de hecho y derecho expuestos en el Capítulo I, a manera de epílogo, y agregando un capítulo sobre una causal diferente.

"Las observaciones consisten en expresar que a la violación de las normas legales sustantivas indicadas al principio del capítulo I, por el concepto allí indicado, fué llevado el juzgador de segundo grado, por los errores de derecho en la apreciación de las pruebas examinadas, y por los errores evidentes de hecho cometidos en la apreciación de las mismas, dado que lógicamente, sin la comisión de esas dos clases de errores, se habría hallado legalmente probado, en forma plena, el caso o hecho contemplado en el numeral 4º. del artículo 4º. de la ley 45 de 1.936, se habría aplicado dicha norma en su inciso 1º., y la parte resolutiva de la sentencia habría sido de despacho favorable a las peticiones del actor".

Vuelve el recurrente a impugnar el criterio del Tribunal en el análisis de las pruebas en cuanto éste las tuvo como inverosímiles e inciertas, así como cuando afirmó la necesidad de estudiarlas severamente y, como no hubiera citado las disposiciones del sistema probatorio que se hubieran podido infringir, lo hace ahora, así:

"a), para el error de derecho, artículos 598, 690 y 597, numeral 3o., del C. J., (en lo relativo a la incorporación del contrainterrogatorio de los 4 testigos a que me referí en el aparte a) de los Antecedentes y a la apreciación en una sola unidad o todo con la declaración original de cada uno de estos testigos:

"b), los artículos 728, 148, 683, 684 y 693 del C. J., en lo concerniente a la admisión, consideración y valoración probatorias de los pretendidos testimonios de los testigos actuarios Ernesto José Díaz y Tomás Prieto Vergara, recibidos en las condiciones ya examinadas, durante la inspección ocular;

"c), en cuanto a la pretendida 'identificación de la persona del doctor José Antonio González', y al pretendido reconocimiento de las firmas de éste en el archivo del Concejo Municipal de Gachetá y en expedientes en los juzgados municipales y de circuito del mismo lugar, a que alude el acta de tal inspección como verificado por los tales testigos actuarios, sin haber sido nombrados peritos para un cotejo, o para una identificación de personas o de firmas, ni haberse pedido ni decretado tal prueba en su oportunidad, los artículos 705, 715, 716, 653, 654, 656, 728, 148 y 597, numeral 3º. del C.J.;

"d), si las actas de sesiones del Concejo Municipal de Gachetá constituyen instrumentos públicos, entonces lo procedente para la producción de la prueba habría sido solicitar copia de esos documentos públicos, para que la prueba fuese producida de manera legal, ya que este es el medio y la manera de probar previstos en el art. 632 del C.J., que fue violado entonces, ya que solamente hace plena prueba de su contenido las copias de tales documentos expedidas formalmente

y autorizadas por los Secretarios y empleados encargados de los archivos', y no un cotejo de firmas, ni reconocimiento de las mismas, ni un reconocimiento de una persona ya fallecida, inhumada hace muchos años y no exhumada, todo esto en relación con el pretendido reconocimiento de personas y de firmas que los testigos actuarios en la inspección ocular hicieron, sin ser peritos, ni haberse pedido cotejo de firmas o reconocimiento de personas, sin haberse pedido esa prueba ni haberse decretado por el comitente o por el comisionado, y sin que concurrieran de otra parte los requisitos expresados en artículo 654 del C.J., el que también resulta violado a este respecto, como también el art. 728 del C.J.;

"e), el artículo 207 del C.J., en cuanto el fallador no tuvo en cuenta al dictar sentencia, los instrumentos o copias legalizadas acompañados con la demanda, sobre el escrito de petición de apertura del juicio de sucesión de González, el acta de la diligencia de inventario y avalúo de bienes relictos de dicho causante, y la escritura número 6075 de fecha 28 de diciembre de 1.934, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, instrumentos de los cuales, correlacionados, se desprende nítidamente que el causante no habitaba en 1.925 y en 1.926 en una casa ya propia por haberla adquirido a cualquier título, ubicada en el área de la población de Gachetá, de la nomenclatura que dan los tales testigos actuarios, por cuanto dicha casa solo fue adquirida en 1.928 por dicho causante, según se discriminó en su lugar;

"i), el artículo 697 del C.J., en cuanto el fallador no dió el valor probatorio pleno correspondiente a los testimonios que establecen prueba directa de las relaciones sexuales, sino que prescindió del hecho así demostrado, con base en jurisprudencia de la Corte pésimamente interpretada y aplicada, según se vió, y lo propio puede decirse en cuanto a todos los testimonios que establecen la comunidad de habitación, elemento constitutivo de concubinato, junto con el vivir juntos los amantes;

"g), el mismo artículo 697 del C.J. en cuanto a todos los demás hechos que mediante casi todos los testimonios producidos por el actor constituyen plena prueba indirecta de las relaciones, pero que el fallador desestimó porque dizque no tienen significado ni trascendencia sin presentar principio alguno general de sana crítica, y los artículos 661, 664, y 665 del C.J., en cuanto al desconocimiento total que el fallador hizo, del valor probatorio emanado del conjunto o totalidad de los testimonios producidos para efecto de establecer las relaciones sexuales invocadas por el actor, desconocimiento que no funda, en principios generales de sana crítica y por ende inconsistentes, vagos e injustificables. Para los errores de hecho, entre otros, los artículos 207 y 597, en su inciso 1º. y los numerales 1º. y 3º., del C.J.".

La segunda impugnación es por interpretación errónea del numeral 4º. de artículo 4º. de la Ley 45 de 1.936.

Estima el recurrente que el fallo impugnado "se atrinchera en la sentencia de la Corte de fecha 5 de marzo de 1.948, G.J. Nos. 2060 y 2061, pág. 47 y ss. (.....), en la que se sentó la tesis no solamente discutible sino infundada a la luz de la norma legal puramente colombiana, de que las relaciones sexuales a que se refiere el numeral 4º. de la ley 45 de 1.936, no son sino única y exclusivamente las relaciones de concubinato".

Después de interpretar la sentencia de la Corte, en los términos copiados, el recurrente pretende darle una fección de actualidad jurídica y exagerando el alcance

de la sentencia de 1.948 y con desconocimiento de lo que esta Entidad ha sentado, como más adelante se verá, comenta:

"A mí me parece, con todo respeto a la Corte, que tal tesis es reaccionaria, exagerada, contraria al texto mismo de la ley, desconocedora de lo que en Colombia se ha entendido y definido por concubinato en leyes que rigieron, y que sencillamente constituye el tercer zarpazo dado por la mentalidad reaccionaria colombiana desde la Corte, contra el espíritu, las finalidades y los motivos de la ley 45 de 1.936, a fin de recortarle lo más posible su contenido y alcance, e imposibilitar por semejante medio o de esa manera, en muchísimos casos en el país, la declaración judicial de la filiación".

Y más adelante:

"También esta tesis ha venido segando los derechos de muchos hijos naturales en el país, con mengua permanente y silenciosa de la verdadera justicia en Colombia".

Sin cautela y sin respaldo, por desconocimiento de lo que la Corte ha dicho sobre la materia, el censor le insinúa que "vale por tanto la pena, revisar juiciosamente esa tesis, porque en realidad no tiene por qué estar sirviendo mecánicamente de criterio para administrar la cumplida justicia".

Y agrega que "Es negligente y culposo suponer que el legislador, ignorara al expedir la ley, y durante la discusión de la misma, qué es concubinato, cuáles son sus elementos constitutivos, hasta cuando rigió en Colombia la ley penal que lo consideraba como delito, qué elementos integrantes le asignó tal ley penal, y que se olvidara del nombre preciso, de la calificación de ese estado de relación entre hombre y mujer".

Como encontrase en el Diccionario de Legislación y Jurisprudencia de Escriche la definición de la palabra concubinato, la cita como respaldo de sus enunciados y le sirve para increparle a la tesis flagrante violación de la ley sobre filiación natural.

Dice:

"Se viola por tanto flagrantemente, se ha venido violando en la Corte desde la citada sentencia, no solo el artículo 4º., numeral 4º., al restringir al concubinato las relaciones a que se refiere dicha norma, sino también el artículo 28 del C. C., aunque para efectos de la casación, la norma cuya violación da entrada al recurso, es la del artículo 4º. precitado".

Y para no decaer en el áspero ánimo que informa la demanda, el recurrente agrega:

"Queda comprobado que la tesis no revisada de la Corte, sobre restricción de las relaciones al concubinato, es un machetazo injustificable ante las normas legales vigentes, asestado y victorioso, por mentalidades y corrientes reaccionarias en materia de filiación natural. La ilegalidad de la tesis, salta ahora a la vista. —

"..... .....

"Posteriormente, en una sospechosa labor de mutilación, de estrangulamiento del contenido y alcance de la ley, es que se ha buscado en forma ama-

ñada, artificiosa, nutrida tan solo por un lastre reaccionario, asimilar y equiparar al concubinato únicamente, exclusivamente, las relaciones que menciona el citado numeral 4o".

LA CORTE, CONSIDERA:

1o. El agrio escrito de casación destinado también a revaluar el "amañado", "artificioso" y "reaccionario" criterio de la Corte a la que se le atribuye "asimilar y equiparar al concubinato únicamente, exclusivamente" con las relaciones estables y notorias a que se refiere la ley de filiación natural, incurre en el error de dar a la sentencia de cinco de marzo de 1.948, y que tanta ira suscita al recurrente, un alcance y un sentido que no tiene. Cuando en esa providencia la Corte comparó esas situaciones, no lo hizo de manera absoluta, ni para inferir que sólo con la demotración del concubinato podía configurarse la filiación natural. Posiblemente no se ajustó la sentencia en su concepto sobre el concubinato a la definición que de esa voz da el añejo Diccionario del señor Escriche, pero no desconoció el significado ni menospreció la letra de la ley colombiana que debía aplicar para soltar la controversia. Refiriéndose a las relaciones sexuales estables y notorias previstas por el numeral 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936 dijo "que han de configurar socialmente un estado de concubinato notorio, entendiendo el concubinato en su más amplia acepción.

....."Y como para no dejar dudas, en el párrafo siguiente expresó:

"Claro está que el conocimiento del concubinato, máxime cuando entre sus extremos personales no ha de mediar comunidad de habitación..." Y más adelante al analizar el carácter de las relaciones sexuales, afirma: "...que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, es premisa sobre la cual la ley edifica una presunción de paternidad derivada de la época probable de la concepción, en un todo idéntica a la contenida en el artículo 92 del C. C. armonizado con el 214 ibidem". Lo transcrito no es sostener que en los juicios de filiación natural deba demostrarse el concubinato, en cuanto este signifique comunidad de habitación, sino la existencia de relaciones sexuales que para hacer posible la declaración de paternidad deben reunir las calidades determinadas en la ley y a que la aludida sentencia se refiere de manera concreta e indudable.

Mas si para el recurrente la sentencia, blanco de su acerba crítica, ofrece oscuridad o dudas, antes de enjuiciar ese criterio, pudo consultar sentencias como las de 29 de febrero de 1.960 (XCII. 102) y 28 de abril de 1.962 (XCVIII. 365), amén de otras en las que expresó su pensamiento, en estos términos:

"Ni la sociedad ni el estado pueden a esta hora desentenderse de las uniones irregulares, designense con el nombre de 'concubinato' o de 'relaciones sexuales', a pesar de tratarse de formas ilegítimas de entendimiento sexual entre varón y mujer y ello especialmente por razón de los hijos, siempre en número creciente (Ver Einrich Leheman, 'Tratado de Derecho Civil'. V-IV-39), cuyo carácter de seres humanos tampoco pueden ignorar".

"Es el concubinato la mayor expresión de las relaciones sexuales cumplidas por fuera del matrimonio, sin que esto entrañe que únicamente el ayuntamiento de esta naturaleza, dé receptibilidad a la fijación de la paternidad natural, ya que sin existir amancebamiento propiamente dicho, puede haber relaciones

sexuales que por notorias y estables autoricen probar la filiación natural -numeral 4o. del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936-, el cual consagra las relaciones estables como presunción de paternidad, tanto las que constituyen concubinato como las otras, que sin esta característica son estables y notorias, conceptos estos que se oponen a lo transitorio u ocasional en esa clase de amores sexuales. Por eso no se encuentra motivo plausible para afirmar como con tanta frecuencia se hace que sea necesario probar el concubinato para inferir la paternidad, cuando por modo expreso la ley admite la prueba de relaciones estables y notorias para determinarla, interpretación esta a que con amplitud, según comentadores franceses, ha llegado la jurisprudencia de ese país al aplicar la Ley de 16 de noviembre de 1.912. (Mazeaud. 'Lecciones de Derecho Civil'. Primera parte. Volumen 3o., número 963, página 471)".

2o. No fue la falta de demostración del concubinato en sentido estricto lo que llevara al Tribunal a negar la filiación discutida en este juicio. Fue la ausencia de elementos de convicción respecto a las relaciones sexuales estables y notorias durante el tiempo en que la ley presume el fenómeno de la concepción. Después de reproducir varias sentencias de la Corte, entre ellas la de 5 de marzo, y transcribir el numeral 4o. del artículo 4o. de la ley de filiación natural, el Tribunal sienta las bases del criterio que informa la sentencia, en estos términos:

"Dos son por lo tanto, los presupuestos en que se debe fundamentar la declaración de paternidad natural con causa en la existencia de relaciones sexuales entre la madre natural y el pretenso padre: 1o.- Que dichas relaciones fueron notorias y estables, y 2o.- Que el hijo nació después de los ciento ochenta días siguientes al en que comenzaron, o dentro de los trescientos al en que terminaron".

Comenta el fallador el sentido de la norma en lo tocante a estabilidad y notoriedad, estudia las declaraciones aducidas para probarlas y concluye que estas no demuestran tales relaciones Es decir, que el Tribunal no desconoce la norma ni su sentido, ni le atribuye uno distinto, sino que no encuentra establecidos los motivos que harían posible su aplicación. Por este aspecto, como se ve, no incurrió el fallador de mérito en "violación en forma indirecta, por falta de aplicación del artículo 4o. de la ley 45 de 1.936.....".

3o. En lo que respecta a la valoración de pruebas, denuncia el recurrente errores de hecho y de derecho, indicativos de falta de aplicación de la disposición referida. Dice que en estos se incurrió por utilizar en parte "el examen y valoración de las siguientes pruebas que, en su producción, adolecen de defectos tales, que determinan en derecho su no apreciación.....".

A). Las diligencias de contrainterrogatorio de los testigos Manuel Rozo, Francisco Antonio Beltrán, Camilo Carrión y Emilio Reyes Acosta, por haberse hecho muchos días después que cada testigo había declarado;

B). Los conceptos de Ernesto José Díaz y Tomás Prieto Vergara, testigos en la diligencia de inspección judicial, sin que durante esta se ordenara por el Juez recibirles declaración y, además, sin que se les recibiera juramento;

C). No reconocer mérito probatorio alguno a los testimonios que suministran prueba directa de las relaciones sexuales, o sea los de Manuel Rozo, Bárbara Rodríguez y Mariquita Velásquez de Ramos; y

D). Atribuir valor de indicio necesario de la prueba obtenida de los juzgados de Cachetá y del Concejo sobre la residencia habitual del presunto padre en esos lugares y no en la finca "Chorrillos", donde Alberto González de la Peña tuvo su residencia.

Como errores evidentes de hecho, dentro del mismo cargo, la demanda señala dos:

a). El que "el sentenciador no tuvo en cuenta en modo alguno, la prueba que se deriva del conjunto de los testimonios producidos por la parte actora para demostrar las relaciones sexuales invocadas, inspirado por un criterio equivocado. Existiendo la prueba en autos, no la apreció, como si fuera inexistente.

b). "El juzgador mencionado, no tuvo en cuenta en modo alguno, la prueba poca o mucha que se deriva de los testimonios en la parte referente a la posesión notoria del estado de hijo natural, debiendo tenerla en cuenta, para prueba de relaciones sexuales, en calidad de MEDIOS CORROBORANTES en que se apoya la demanda, en vista de que no alcanzaban a probar la posesión notoria".

4o. El enunciado de los errores evidentes de hecho, es suficiente para patentizar su improcedencia, pues afirma que el fallador estudio la prueba, aunque no haya deducido las consecuencias queridas por el actor en el juicio. Y en cuanto a los "medios corroborantes", mal podría el fallador tenerlos en cuenta, si había desestimado la prueba directa sobre las relaciones sexuales notorias y estables; en la hipótesis de que esta actitud constituyera error palmario. Negada la causa no se puede afirmar la existencia del efecto. Las causales que la Ley 45 creó para demostar la filiación natural necesitan pruebas adecuadas a la naturaleza de cada una de ellas. Si el hijo alega la posesión notoria de su estado respecto al padre, no sería indispensable dar el nombre de la madre. Inútil sería la acción de filiación fundada en relaciones sexuales sin indicar entre quienes se tuvieron, porque esas relaciones suponen los dos extremos procreadores. Las pruebas de las relaciones se refieren a una época anterior al nacimiento, coetáneas a la de la concepción, y, las de la posesión notoria, a un período posterior al nacimiento y desde luego a la de la concepción.

5o. Cuando el juez del conocimiento ordenó contrainterrogar a los testigos Manuel Rozo, Francisco Antonio Beltrán, Camilo Carrión y Emilio Reyes Acosta, con posterioridad a su declaración, no se hizo protesta alguna. Aceptada esa situación por la parte a quien pudiera perjudicar, no puede constituir ahora motivo de casación, porque la instancia cerró la posibilidad de discutir sobre ese aspecto. Por lo demás, tampoco afectaría el contenido de la sentencia el supuesto enunciado, porque ella tuvo por fundamento no solo las declaraciones dichas, sino las de otros testigos que en el proceso declararon.

Tampoco constituye error de derecho haber aceptado y valorado la prueba resultante de los conceptos periciales de Ernesto José Díaz y Tomás Prieto Vergara, en razón de que la inspección fue decretada por el Tribunal en auto de 24 de febrero de 1.958; Comisionado el Juez de Cachetá para practicarla, facultándolo para nombrar peritos; designados éstos por el comisionado en auto de 22 de abril del mismo año y, posesionados con la formalidad del juramento: Tomás Prieto Vergara el 5 de mayo y Ernesto José Díaz el 9 del mismo mes, según puede verse en los folios 32 vuelto y 33 del cuaderno número 6.

El concepto o declaración pericial reune las condiciones legales para poder ser apreciado y, por tanto, el reparo es ineficaz.

6o. No desatendió el Tribunal el estudio de las épocas en que el presunto padre permaneció en Gachetá en ejercicio de su profesión de abogado y como Presidente del Concejo, según resulta de la inspección judicial, ni de las épocas en que permaneció en su finca "Chorrillos", como lo afirman los testigos, y de la comparación de esas probanzas infiere que, "el hecho básico sobre el cual puede presumirse la concepción, carece de base efectiva, en virtud de no aparecer demostrada la estabilidad de relaciones sexuales para esa época. Y son mayor razón, si estas tenían que haberse cumplido en lugar tan distante de Gachetá como afirmaron los testigos Díaz y Prieto, serlo de la finca de Chorrillos'".

Estudió el fallador la prueba, tomó las fechas como aparecen de las declaraciones y de la inspección. Por eso, el error evidente no es posible.

7o. La prueba directa de la paternidad, por elementales razones, no puede resultar de prueba por testigos, ni aún de los que hubieran presenciado las relaciones carnales. Su valor es apenas indiciario y, por esta razón, el Tribunal tiene autonomía de juicio, porque en el fondo, es el íntimo convencimiento moral del sentenciador de mérito, dotado de facultad legal para apreciar la prueba por indicios, lo que atribuye o niega valor a estos elementos de convicción. Y, si en el recurso, como sucede ahora, los cargos por error de hecho evidente y derecho, no se demuestran, queda indemne la sentencia recurrida.

Visto que el Tribunal no dejó de aplicar el artículo 4o. de la Ley 45 de 1.936, en su numeral 4o., pues no desconoció que las relaciones sexuales estables y notorias, sin ser concubinato, dan posibilidad para declarar la filiación natural cuando se demuestran en el juicio y, visto también, que no hubo aplicación errónea de la precitada norma, no es posible infirmar la sentencia objeto del recurso 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 Bogotá, de fecha dieciseis (16) de agosto de mil novecientos sesenta (1.960), proferida en el juicio ordinario de Anastasio Velásquez contra Julio Alberto González de la Peña y otros, sobre filiación natural.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

BALDIOS

Su adquisición por la ocupación. El régimen legal de baldíos frente a las normas comunes de la accesión. La violencia generalizada como vicio del consentimiento. Ni en la instancia y menos en casación, puede el actor combatir el vínculo jurídico-procesal.

1. En principio y con la natural salvedad de las tierras incluídas en las reservas de la nación, el destino económico-jurídico de los baldíos consiste en ser objeto propio de la adjudicación por el Estado, precisa y principalmente a quien demuestre haber adquirido el dominio del suelo mediante cultivos u ocupación con ganados.

Así el artículo 65 del Código Fiscal estatuye que "la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados de acuerdo con lo dispuesto en este Código". Y en armonía, ordena el artículo 9º. de la Ley 34 de 1.936 que "en las adjudicaciones de baldíos decretadas a título de cultivador, lo que transfiere el dominio tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinan las leyes respectivas, es el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación". Y es visible el celo del legislador en reconocer, garantir y dejar siempre a salvo los derechos de cultivadores y colonos de tierras baldías.

Quien, por consiguiente, incorpora su trabajo a los baldíos de la Nación y los mejora con edificaciones, plantaciones o sementeras que acrecientan la riqueza pública, adquiere de inmediato el dominio del suelo, no por transferencia alguna, sino por el modo originario de la ocupación con que el ordenamiento protege y respalda al poseedor económico de tierras sin otro dueño que el Estado. La adjudicación posterior encaminada a solemnizar la titularidad, ha de basarse en la prueba que demuestre plenamente haberse cumplido en las condiciones legales el modo adquisitivo por ocupación.

2. El régimen legal sobre baldíos aleja la idea de que al fundador de nuevas heredades le sean aplicables las normas comunes de la accesión para quien hubiere edificado, plantado o sembrado en tierra ajena. Tanto menos cuanto que en materia de terrenos incultos la entidad principal es el hecho económico que aumenta el bienestar público, y no la indefinida yacencia que a nadie beneficia. De donde el dominio del suelo es adquirido por el ocupante, y las mejoras en tal caso se incorporan a la entidad económica que así se integra bajo el mismo señorío. Es lo que el Estado reconoce y declara al expedir la adjudicación conforme a derecho, para servir de título con destino al registro público y validez *erga omnes*.

3. Es indudable que la violencia determinante de la voluntad contractual, contradice por su base la normación jurídica, y constituyo un hecho ilícito cuando es obra del otro contratante o de un tercero. Pero ello no significa ausencia de consentimiento, desde luego que el contrato se ha querido, aunque no sea en sí mismo sino para evitar el mal que se teme. Por lo que es justo y equitativo que el negocio así formado sea rescindible a petición de la víctima que, por serlo, presupone estar exenta de ilicitud.

Si entonces el consentimiento existe, pero en su formación está viciado por consecuencia de rompimiento violento del orden público que dio lugar al estado de sitio en el país, no se predica nulidad absoluta del contrato como cuando obedece a causa ilícita, sino sólo nulidad relativa al vicio del temor que determinó el querer de uno de los contratantes, en desventaja tal que llene el supuesto contemplado por la ley 201 de 1.959 para que la justicia disuelva las vinculaciones civiles emanadas de esa fuente viciosa.

4. Si por modo claro el fundamento de la demanda inicial vincula las súplicas de invalidez a que la voluntad del vendedor estuvo viciada al consentir en la enajenación a precio vil de su derecho sobre tierras baldías, a consecuencia del temor y la angustia anexos a los hechos de violencia cometidos por las guerrillas irregulares que por entonces azotaban la región, mal podría el actor en la instancia y menos aún en el recurso extraordinario cambiar el vínculo jurídico-procesal, atado como aparece a la rescisión por vicio del consentimiento, y tomar en su reemplazo la nulidad absoluta que la causa ilícita comporta.

Y ese cambio ocurriría si ante la Corte fuera de recibo la alegación de existir causa ilícita en el contrato litigioso, por muy claro que sea la inmoralidad envuelta en la fuerza determinante del consentimiento, cuando es obra del hombre como parte contratante o como tercera persona. Porque es inadmisible que para atacar el fallo con que terminó en la instancia el debate judicial, se sustituya con otro el objeto de la pretensión, se varíe el contenido del lazo procesal, y se muden así las bases mismas que hubo de tener el sentenciador para aplicar las normas en el pronunciamiento. Habría algo más que un medio nuevo en casación. Sería romper el marco procesal después de terminado el litigio.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Estas son las súplicas de la demanda corregida con que se inició el presente pleito, a que se refiere el doble recurso de casación al estudio de la Corte:

"1a. Que es nulo, por vicio en el consentimiento de la vendedora, el contrato de compraventa celebrado entre mi mandante Ana Dolores Barreto v. de Camacho y mi demandado Ismael Pineros Guerrero, mayor y vecino de San Luis de Gaceno, consignado en la escritura pública número 77, de la Notaría 1ª de Gualeque, fechada el 28 de febrero de 1.952, cuya prestación por parte de la vendedora fue un terreno ubicado en la vereda de Ceiba Chiquita, en el Corregimiento de Santa María, del Municipio de Macanal, y que se halla comprendido dentro de los siguientes linderos generales:.....

"2a. Que consecuencialmente, se declare rescindido, por causa de nulidad, el mencionado contrato y sin ningún efecto jurídico la escritura que lo recoge, arriba citada.

"3a. Que por consiguiente se condene a mi demandado a restituir, a mi poderdante, el terreno alinderado en la primera petición junto con las edificaciones en él levantadas, sus cercas, mejoras y en general todos los bienes que forman parte del terreno por considerárseles inmuebles, por conexión con el.

"4a. Que de la misma manera, se condene a mi demandado a pagar los frutos naturales y civiles del terreno materia del contrato, no solamente los percibidos sino los que con mediana inteligencia y cuidado hubiera podido percibir mi patrocinada si lo hubiera tenido en su poder, según las normas pertinentes a la buena o mala fe y su prueba; y, a pagar los perjuicios que por la no restitución oportuna pueda causar llegado el caso.

"5a. Que se ordene la cancelación, en los libros de la Oficina de Registro de II. PP. y PP. de este Circuito, de la inscripción de la escritura que contiene el contrato que por medio de esta acción pretendo anular; y

"6a. Que se condene a mi demandado a pagar las costas del presente juicio".

La causa para pedir fue planteada así:

Que los cónyuges Luis Jorge Camacho Rodríguez y Ana Dolores Barreto de Camacho ocuparon y poseyeron materialmente desde 1.936 en forma continua y permanente el terreno de que se trata, "lo desmontaron, cercaron y sembraron de maíz, arroz, plátano, café, cacao, árboles frutales, pastos, etc.; y edificaron en él tres casas de habitación y allí vivieron con su familia, el primero hasta su muerte -1.945- y la segunda hasta la fecha en que la violencia política ejercitada por las guerrillas que operaban en aquella región le permitieron".

Que los cónyuges Camacho-Barreto disfrutaron a su albedrío de los cultivos antedichos, por haber tomado posesión con el carácter de dueños, "con el convencimiento positivo de buena fe de que el terreno aludido era baldío y de que no había sido adjudicado por parte de la Nación a ninguna otra persona.

Que a la muerte de Camacho Rodríguez en 1.945, la viuda, junto con sus menores hijos, continuó en posesión hasta el 28 de febrero de 1.952, "en que a causa de la violencia desatada en la región y a la presión ejercitada por los vecinos, contra su voluntad tuvo que salir para salvar su vida y la de sus pequeños hijos".

Que el fundo en referencia "está ubicado precisamente en una de las regiones que fueron más azotadas por las guerrillas organizadas hacia la parte de los Llanos orientales, por los años de 1.949, 1.950, 1.951, 1.952, etc., que perturbaron el orden público y originaron la declaratoria del estado de sitio en toda la Nación".

Que Ana Dolores, "por su estado de viudedad, porque las guerrillas operaban a sus alrededores y porque sus vecinos, incluso mi demandado, la esposa de éste y los familiares de ambos, lo notificaban para que saliera de allí, le amenazaban con matarla y matarle también a sus hijos, se vió en la apremiante necesidad de vender el terreno en las condiciones más desventajosas que se puedan concebir". Porque colocada ella y su familia "en una situación de hecho

violenta, que cada día tomaba para ella caracteres más graves y angustiosos, tuvo que vender a mi demandado el susodicho terreno en tales condiciones tan desfavorables que de no haber mediado la violencia no hubiera contratado, y así fue como tuvo que otorgar a favor de mi demandado, la escritura número 77 de la Notaría 1a. de Gualeque, fechada el 28 de febrero de 1.952, hasta la entrega material del fundo, recibir la insignificante suma de $2.100.oo en cambio y como precio, y huir de allí con su familia, cuando el verdadero precio del inmueble y sus mejoras es superior a los $50,000.oo; y

Que el demandado Piñeros Guerrero "se aprovechó del clima de violencia, de las amenazas, de la indefensión e inferioridad de mi mandante, para inducirla a contratar en condiciones tan desfavorables que de no haber existido esa situación angustiosa, como ya se dijo, no habría contratado, y por tal motivo aquél está en posesión material e inscrita del fundo referido".

No aceptó el demandado ninguno de los hechos, se opuso a las súplicas y adujo como "excepciones perentorias, la falta de legitimación para obrar y la falta de personería sustantiva en la parte demandante".

Terminó el debate en primera instancia con fallo plenamente absolutorio proferido el 20 de agosto de 1.962 por el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa.

La demandante apeló, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja hizo el 12 de julio de 1.963 este pronunciamiento:

"1o. REVOCAR la sentencia proferida el 20 de agosto de 1.962 por el Juzgado Civil del Circuito de Garagoa en este juicio;

"2º. Declarar nulo el contrato de compra y venta celebrado entre Ana Dolores Barreto v. de Camacho e Ismael Piñeros Guerrero y que consta en la escritura número 77 de la Notaría 1ª. de Guateque, otorgada el 28 de febrero de 1.952;

"3º. Ordenar la cancelación del registro de este título en virtud de la declaración de la anterior nulidad;

"4º. Ordenar la restitución de la fundación vendida y determinada dentro de los linderos que en la escritura número 77, otorgada por Ana Dolores Barreto v. de Camacho, a favor de Ismael Piñeros Guerrero, se relacionan y que son los mismos que se expresan en la demanda;

"5º. Ordenar la devolución de la cantidad de $2.100.oo o sea el precio recibido por la citada Ana Dolores Barreto v. de Camacho, devolución ésta que se hará simultáneamente con la entrega que se le haga de la fundación. Estas restituciones se harán dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la ejecutoria de este fallo;

"6º. Ordenar el registro de esta sentencia.

"7º. Se absuelve de las demás peticiones a la parte demandada.

"Costas a cargo de la parte vencida".

MOTIVACION DEL FALLO ACUSADO

Muestra el sentenciador que en los términos de la escritura el objeto compravendido fue 'una fundación con todas sus mejoras existentes', por linderos, en

el citado paraje de Caibo Chiquito, Municipio de Macanal, Y después de consideraciones previas, de tomar en cuenta la relación de hechos de la demanda y otros pormenores, entra al fondo, así:

"En la segunda instancia tuvo cabida la práctica de una prueba pericial; y los peritos, de común acuerdo, rindieron su dictamen acerca del valor de las mejoras de la fundación por la época en que se celebró el contrato antes citado. Observan que recorrieron e identificaron el inmueble en donde se halla la fundación; que observaron, que ésta hoy se encuentra en abandono y desmejora en relación con épocas anteriores. Literalmente se lee, entre otros, el siguiente pasaje:

"'.... Al examen del estado actual de la finca y retrotrayéndose a la época de la venta, 1.952, es fácil deducir que en ese entonces estaba dedicada a potreros y apta para la ceba, engorde y crianza de ganado mayor, ya que los descumbres de árboles maderables, toyales, malezas y palmeras que en ese lugar abundan mucho, tienen vestigio de haber sido hechos desde mucho más de diez años y aún se observan cercas antiguas y pastos, lo mismo que un gran camino real que indica a las claras el destino anterior del inmueble. De ahí deducimos que las mejoras de la finca, consistentes en el desmonte, datan desde antes de la venta. A idéntica conclusión se llega al observar los árboles frutales, mangos, mandarinos, etc., todos adultos y con una edad superior a los diez años. El estado, actual, en cambio, es de absoluto abandono. No se han verificado las limpiezas necesarias para mantener el predio apto para el servicio de potreros, por lo cual se encuentra con malezas. Las cercas, las cuales se nota que son antiguas, también se hallan en mal estado. Por lo tanto, conceptuamos que, fuera de las mejoras que debieron ser hechas desde antes de la venta, no existen otras distintas y, por el contrario, aquellas se han perjudicado notoriamente por el abandono actual. Igualmente, pudimos observar la existencia de botes como los usuales para echarle sal al ganado, ya inservibles y con más de diez años, lo que nos confirma una vez más el anterior destino del predio....'.

"Y, luego, agregan los mismos peritos en su dictamen:

"'..... El inmueble, en nuestro concepto, tiene una extensión aproximada de 60 hectáreas. Por su destino de entonces, por el costo de los desmontes indispensables para habilitarlo como potreros, de lo cual se ve y quedan aún signos inequívocos de que en la época de la venta -febrero de 1.952- y naturalmente antes de ella a eso estaba destinada, la sola habilitación del terreno, casi todo quebrado, debió tener un costo, promedio, de $200,oo por hectárea, es decir, las mejoras en ese entonces valían, habida consideración del menor costo de la mano de obra, un valor global de $12.000,oo. Esto, se repite, en cuanto atañe a las mejoras, que en verdad es lo que le da el precio a la tierra, puesto que el fundo enmontado sin signos de posesión bien poco valía. Ese, pues, el precio justo de esa fundación en la aludida época de la venta.....'.

"Como se observa, los peritos rinden un dictamen motivado y razonado, dictamen éste que no fue objetado por ninguna de las partes al darlo en traslado. Ellos aprecian el valor de las mejoras de la fundación en cantidad muy superior a la que aparece en la escritura de compra y venta que Ana Dolores Barreto v. de Camacho otorgara a Ismael Piñeros Guerrero".

A continuación el Tribunal se refiere a las normas de la ley 201 de 1.959, interpretativas del artículo 1513 del Código Civil, para mostrar que en defensa de la libertad de contratación el legislador prescribe que cualquier aprovechamiento de la anormalidad, en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria de estado de sitio, se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento, cuando las condiciones del negocio sean tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiera contratado.

Sobre esta base expresa el fallo:

"El contrato celebrado entre Ana Dolores Barreto v. de Camacho e Ismael Piñeros Guerrero queda comprendido dentro de una época de anormalidad jurídica. Bien se sabe que en 1.949 se declaró turbado el orden público y en estado de sitio todo el territorio nacional, situación esta de anormalidad que se extendió hasta el 27 de agosto de 1.958 en forma ininterrumpida.

"Los testimonios rendidos por Cayetano Piñeros, Fidel Barreto, Luis Antonio Piñeros, Neftalí Vargas y Eva Montenegro dan cuenta de que en la región en donde se halla la fundación vendida por Dolores Barreto v. de Camacho a Ismael Piñeros fue campo de guerrillas por la época en que se hizo el contrato. También cuentan que la citada Dolores Barreto tuvo que retirarse de aquel lugar en 1.952 debido al estado de inseguridad que allí reinaba.

"Si se tiene en cuenta el precio fijado en el contrato de compra y venta, por los peritos y el precio por el cual vendió Ana Dolores a Ismael Piñeros, y la circunstancia de anormalidad que por entonces imperaba en la región, es lógico deducir que la vendedora contrató desfavorablemente para ella y en ventaja enorme para el comprador.

"El demandado alega que la vendedora no era dueña de la finca.

"Esto es cierto. Como cierto es que ella apenas le vendió la fundación. Basta leer la escritura en donde consta el contrato.

"Una vez que el comprador Ismael Piñeros se hizo al título escriturario de las mejoras que Ana Dolores le vendiera procedió a hacerse al título de adjudicación de la extensión territorial en donde se hallaban aquellas. Esta adquisición de título no limpia el vicio de que adolece el contrato de venta de la fundación a que hemos hecho referencia".

Aludé el Tribunal a las afirmaciones de la demanda sobre que la vendedora "fue víctima de ataques hasta del propio comprador Ismael Piñeros", y a que el examen de las pruebas aducidas lleva a la conclusión de que el contrato "se cumplió bajo las repercusiones de un estado de violencia generalizada y legalmente reconocida, circunstancia ésta que de acuerdo con la Ley 201 de 1.959 lo dejó viciado de nulidad".

En cuanto a las consecuencias, dice:

"De la prueba pericial practicada en la segunda instancia, se deduce claramente el menoscabo de las mejoras vendidas, sufrido durante el tiempo en que han estado en poder del comprador Ismael Piñeros Guerrero.

"La ley previó estos casos y por eso en el inciso 2º. del artículo 1746 del Código Civil se lee lo siguiente:

"...En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes;...

"La ley dice que en la declaración de nulidad las partes deben ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo. Claro está que esta restitución debe entenderse en cuanto los bienes dados no hayan desaparecido o sufrido detrimento; porque si esto último ha sucedido, tal restitución debe ser de su equivalente en dinero.

"En el juicio que estamos estudiando se estableció que la fundación vendida sufrió fuerte menoscabo en poder del comprador o sea del ahora demandado Ismael Piñeros Guerrero; pero se estableció pericialmente el valor de esas mejoras consideradas en el momento mismo del contrato contenido en la escritura número 77 otorgada el 28 de febrero de 1.952 por Ana Dolores Barreto v. de Camacho a favor de Ismael Piñeros Guerrero. Este valor corresponde a la cantidad de doce mil pesos ($12.000.oo).

"Respecto al pago de frutos que solicita el actor debe tenerse en cuenta la compensación de los que corresponden al valor o precio pagado por el comprador".

LA DOBLE IMPUGNACION

Dentro del contenido que el fondo de la cuestión comporta, primero conviene exponer los cargos aducidos por cada una de las dos partes, para estudiarlos conjuntamente después.

A) El libelo del actor-recurrente.

Invoca la causal 1ª. por aplicación indebida del artículo 1746 del Código Civil. "Infringió -dice- el citado precepto por vía directa porque resolvió el litigio referente a un contrato que adolece de causa ilícita y sobre la posesión de un inmueble, mantenido de mala fe, con disposiciones relativas o reguladoras de la nulidad relativa y la posesión de buena fe. Puso el artículo 1746 a resolver un caso que le es extraño, que no está comprendido en él, porque las consecuencias de la nulidad absoluta engendrada por el contrato que es ilícito en su causa se regulan por las disposiciones contenidas en los artículos 1524, 1525, 946 y concordantes del Código Civil".

Transcribe varios pasos del fallo, y expresa en seguida:

"La sentencia empieza reconociendo o dando por sentado que el contrato se celebró en un terreno de inseguridad y de atropello; en un momento de angustia y de miedo para la vendedora, puesto que ésta fue golpeada y amenazada, por el propio comprador.

"Es cierto. Lo que movió a la vendedora a contratar, los resortes que impulsaron su voluntad fue (sic) la violencia generalizada y no otra cosa. La causa eficiente del contrato, aquello que lo produjo como efecto necesario fue la violencia generalizada, el miedo que la vendedora tuvo a la violencia, el horror a la criminal persecución política desencadenada en la zona de ubicación del inmueble, de manera que la libertad para ella se encontraba totalmente menguada por el

temor. El contrato fue el efecto del constreñimiento, del miedo que existía en un ambiente de zozobra, de intranquilidad y de arbitrariedad por las guerrillas organizadas y la presión de los vecinos que pusieron en peligro inminente la vida de la vendedora y de su familia".

Alude a que el comprador "contra toda ética, contra toda consideración de humanidad, contra las buenas costumbres, contra la buena fe", aprovechó esa situación para contratar con la viuda de Camacho. Y agrega:

"Esta es la causa del contrato. Plena de ilicitud naturalmente. No otra cosa hizo que Ana Dolores Barreto v. de Camacho vendiera por la suma de $2.100.oo una fundación que no obstante el estado de abandono en que la ha dejado caer el comprador hubiera valido $12.000.oo en aquella época".

Sostiene así que el consentimiento de la vendedora no "se hallaba viciado sino anulado, menguado, esto es que no hubo consentimiento". "Igualmente -añade- resultó probado que el comprador comerció vulgarmente con la situación anómala. De donde se desprende que la ilicitud en la causa del contrato es palmaria. Y como el H. Tribunal le da aplicación al artículo 1746 del Código Civil, ha violado en forma directa esta norma por aplicación indebida, puesto que los preceptos aplicables al caso de autos son los contenidos en los artículos 1524, 1525 y 964 ibidem a fin de condenar al comprador con la no devolución del dinero y con el pago de los frutos civiles y naturales.

B). El libelo del demandado-recurrente.

Se funda la causal 1a. en "violación directa de la ley sustantiva, por falta de aplicación del artículo 739 del Código Civil e indebida aplicación de los artículos 946 y 950 del mismo estatuto".

El argumento consiste en que a un terreno baldío de propiedad del Estado se le incorporaron las mejoras vendidas por la v. de Camacho a Ismael Pifieros Guerrero. "La accesión -dice el libelo- constituye un modo de adquirir el dominio, de tal manera que el Estado se hizo propietario incondicionado de tales mejoras, de conformidad con el artículo 739 del Código Civil". Y continúa:

"La introducción de tales mejoras estableció entre la Nación y la incorporante, una serie de relaciones jurídicas reglamentadas por el referido texto legal en virtud de las cuales Ana Dolores Barreto v. de Camacho adquirió un derecho personal o de crédito a cargo del Estado, cuya materia propia está constituida por una indemnización aún indeterminada, en tanto que el Estado se hizo propietario de las referidas mejoras. Esto en el supuesto de que el Estado no hubiera tenido conocimiento de la incorporación de las construcciones efectuadas por la Barreto.

"Si tales construcciones se hubieran efectuado con pleno conocimiento del Estado, ésta (sic) habría adquirido un derecho a enajenarle el terreno ocupado y la Barreto soportaría la obligación correlativa de pagar su precio.

"No cabe otra alternativa puesto que la disyunción establecida por el artículo 739 del Código Civil es completa y no da lugar a tercera hipótesis distinta".

Así el demandado-recurrente halla que la viuda de Camacho apenas tendría derecho a percibir una indemnización en dinero, a través de vínculo personal exigible nada más que frente al deudor: el Estado como dueño del terreno en la fecha de incorporación de las mejoras.

"El error del Tribunal —expresa el demandado-recurrente— consistió en darle el tratamiento de derecho real a una relación jurídica evidentemente creditual y en suponer que la dueña de las mejoras seguía siendo su incorporante en terreno ajeno, como si el fenómeno de la accesión no se hubiera producido.

"El Tribunal ignoró la existencia del artículo 739 del Código Civil y aplicó equivocadamente los textos propios de la acción reivindicatoria, que constituye atribución privativa de los derechos reales".

SE CONSIDERA:

1. En principio y con la natural salvedad de las tierras incluídas en las reservas de la nación, el destino económico-jurídico de los baldíos consiste en ser objeto propio de la adjudicación por el Estado, precisa y principalmente a quien demuestre haber adquirido el dominio del suelo mediante cultivos u ocupación con ganados.

Así el artículo 65 del Código Fiscal estatuye que "la propiedad de los baldíos se adquiere por su cultivo o su ocupación con ganados de acuerdo con lo dispuesto en este Código". Y en armonía, ordena el artículo 9o. de la Ley 34 de 1.936 que "en las adjudicaciones de baldíos decretadas a título de cultivador, lo que transfiere el dominio tanto sobre el sector cultivado como sobre el adyacente que determinen las leyes respectivas, es el hecho del cultivo reconocido en la respectiva providencia de adjudicación". Y es visible el celo del legislador en reconocer, garantir y dejar siempre a salvo los derechos de cultivadores y colonos de tierras baldías.

2. Quien, por consiguiente, incorpora su trabajo a los baldíos de la nación y los mejora con edificaciones, plantaciones o sementeras que acrecientan la riqueza pública, adquiere de inmediato el dominio del suelo, no por transferencia alguna, sino por el modo originario de la ocupación con que el ordenamiento protege y respalda al poseedor económico de tierras sin otro dueño que el Estado. La adjudicación posterior encaminada a solemnizar la titularidad, ha de basarse en la prueba que demuestre plenamente haberse cumplido en las condiciones legales el modo adquisitivo por ocupación.

3. El régimen legal sobre baldíos aleja la idea de que al fundador de nuevas heredades le sean aplicables las normas comunes de la accesión para quien hubiere edificado, plantado o sembrado en tierra ajena. Tanto menos cuanto que en materia de terrenos incultos la entidad principal es el hecho económico que aumenta el bienestar público, y no la indefinida yacencia que a nadie beneficia. De donde el dominio del suelo es adquirido por el ocupante, y las mejoras en tal caso se incorporan a la entidad económica que así se integra bajo el mismo señorío. Es lo que el Estado reconoce y declara al expedir la adjudicación conforme a derecho, para servir de título con destino al registro público y validez erga omnes.

4. Es indudable que la violencia determinante de la voluntad contractual, contradice por su base la normación jurídica, y constituye un hecho ilícito cuando es obra del otro contratante o de un tercero. Pero ello no significa ausencia de consentimiento, desde luego que el contrato se ha querido, aunque no sea en sí mismo sino para evitar el mal que se teme. Por lo que es justo y equitativo que el negocio así formado sea rescindible a petición de la víctima que, por serlo, presupone estar exenta de ilicitud.

5. Si entonces el consentimiento existe, pero en su formación está viciado por consecuencia de rompimiento violento del orden público que dió lugar al estado de sitio en el país, no se predica nulidad absoluta del contrato como cuando obedeça a causa ilícita, sino sólo nulidad relativa al vicio del temor que determinó el querer de uno de los contratantes, en desventaja tal que llene el supuesto contemplado por la Ley 201 de 1.959 para que la justicia disuelva las vinculaciones civiles emanadas de esa fuente viciosa.

6. Resulta pues que si por modo claro el fundamento de la demanda inicial vincula las súplicas de invalidez a que la voluntad de la vendedora estuvo viciada al consentir en la enajenación a precio vil de su derecho sobre tierras baldías, a consecuencia del temor y la angustia anexos a los hechos de violencia cometidos por las guerrillas irregulares que por entonces azotaban la región, mal podría el actor en la instancia y menos aún en el recurso extraordinario cambiar el vínculo jurídico-procesal, atado como aparece a la rescisión por vicio del consentimiento, y tomar en su reemplazo la nulidad absoluta que la causa ilícita comporta.

Y ese cambio ocurriría si ante la Corte fuese de recibo la alegación de existir causa ilícita en el contrato litigioso, por muy clara que sea la inmoralidad envuelta en la fuerza determinante del consentimiento, cuando se obra del hombre cómo parte contratante o como tercera persona. Porque es inadmisible que para atacar el fallo con que terminó en la instancia el debate judicial, se sustituya con otro el objeto de la pretensión, se varíe el contenido del lazo procesal, y se nuden así las bases mismas que hubo de tener el sentenciador para aplicar las normas en el pronunciamiento. Habría algo más que un medio nuevo en casación. Sería romper el marco procesal después de terminado el litigio. Lo que no abre prosperidad a la censura.

RESOLUCIÓN:

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 12 de julio de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el presente litigio de Ana Dolores Barreto v. de Camacho contra Ismael Piñeros Guerrero.

Sin costas en casación.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco.- Enrique López de la Pava.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

MINAS DE CARBON

Régimen Legal

1. Las minas, abstracción hecha del terreno donde se ubican, constituyen entidades económico jurídicas con aptitud propia para figurar como objeto patrimonial de posible enajenación. Por lo mismo, no hay óbice para que el suelo esté en determinado patrimonio, mientras las minas radican en otro diferente. Pero resulta del mismo modo indudable que si la regulación legal atribuye al dueño del suelo la propiedad de algunas minas de carbón, es el dominio de la tierra la categoría principal a que accede esa precisa propiedad minera, y la prueba del señorío sobre el suelo envuelve a un tiempo la demostración de la propiedad de esa determinada suerte de minerales, siempre que la controversia se mueva dentro del perímetro circunscrito de pleitos entre particulares. Porque si la ley minera, por razones de orden público otorga una determinada suerte de yacimientos carboníferos al dueño del suelo, ello significa a ojos vistas que en cuanto a la titularidad sobre tales bienes existe referencia formal del derecho minero al derecho civil, sin conflicto posible entre las dos regulaciones. Así se evidencia que en la decisión de litigios sobre minas de carbón suscitados exclusivamente entre particulares, le basta al juez conocer la titularidad prevaleciente sobre la tierra para atribuírla también a sus accesorios, sin que el pronunciamiento afecte de ningún modo el patrimonio minero del Estado ni el régimen legal que le es propio. Quiere esto decir que la sentencia favorable al dueño del terreno carece en sí misma de valor como título minero oponible al Estado, supuesto que en juicio no fue oído por juez competente, ni con el lleno de los trámites previstos por la legislación aplicable.

La reserva nacional sobre las minas de carbón quedó constituida con referencia al día 28 de octubre de 1.873, en que empezó a regir el anterior Código Fiscal, sin perjuicio de los derechos adquiridos por los particulares. Por consiguiente, no es uniforme el tratamiento jurídico de las carboneras, puesto que las de dominio privado obedecen en principio a las reglas de la accesión, en tanto que las de la reserva nacional se hallan regidas por las normas especiales aplicables a esos bienes del Estado. Por ello no pueden ser objeto de denuncio ni de adjudicación, sino de contratos celebrados con el gobierno para la exploración y explotación de esos yacimientos.

Hay sin embargo una característica común que surge de las leyes vigentes: Que nadie puede exhibir contra el Estado título de dominio sobre una mina de carbón, sin la prueba incontrovertible del hecho afirmativo de estar ese determinado yacimiento por fuera de la reserva nacional. Pero esto no significa que sea de rigor tal probanza dentro de la relatividad del debate destinado

entre particulares a tutelar la posición jurídica del propietario del inmueble frente a las vías de hecho de terceras personas que, sin cumplir las prescripciones normativas, emprendan lisa y llanamente la explotación de yacimientos carboníferos ubicados en tierras ajenas, con ignorancia imposible de que no les pertenecen: porque o son del Estado o son del propietario del suelo, pero de ningún modo de quien en los hechos resulta ser apenas un invasor.

No se trata entonces de controversia en que particulares discutan al Estado la propiedad de las hulleras, puesto que si de este evento se tratara, no habría prevalencia posible sin la prueba idónea de que el yacimiento está por fuera de la reserva nacional establecida con referencia al 28 de octubre de 1873. En ausencia del Estado el fallo judicial no trasciende *erga omnes*, sino que se limita a decidir cual de los litigantes está llamado a la protección jurídica. Y así prevalece quien acredite mejor derecho sobre el terreno. Entonces no se mezcla en la materia cosa alguna que no caiga bajo el imperio del derecho privado.

Mal podría legitimarse el detentador de yacimiento carbonífero, no con título que acreditara su derecho, sino sólo con el aserto de ser la mina de propiedad del Estado, de quien no es representante en juicio. Se rompería el orden, la seguridad, e incluso la paz social podría verse gravemente afectada, si cualquiera persona con sólo invocar la reserva general del Estado sobre ciertas minas, tuviese carta franca para explotar las que se encuentren en inmuebles del dominio privado. No se legitima la exploración y menos aún la explotación de minas ajenas, si no es con la aquiescencia del representante del Estado. Lo cual prohibe las vías de hecho. Y puesto que en general se entiende que el dueño del terreno lo es también de todos los elementos que lo forman, suelo y subsuelo, no es posible desconocer el régimen legal de permisos y contrataciones para las minas que el empresario entienda ser de la reserva nacional, aunque se hallen en tierras privadas.

Si a consecuencia de cualquiera de estas iniciativas o en cualquier evento litigioso llegare a saberse que determinada mina de carbón está dentro de la reserva nacional, no habría duda de que en el dueño del terreno recae la responsabilidad correspondiente al menoscabo patrimonial sufrido por el Estado a consecuencia del hecho dañoso consistente en el laboreo de la mina sin el lleno de los requisitos que los permisos o las contrataciones exigen. Lo cual corrobora y hace tangible la legitimación en causa del dueño del terreno contra quien de hecho viene en el disfrute de los yacimientos carboníferos allí existentes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Textiles Samacá S. A. entabló demanda por vía ordinaria contra Miguel Cárdenas con súplicas para obtener la restitución del subsuelo y señaladamente las minas de carbón del terreno denominado Cañaditos, vereda de La Chorrera, jurisdicción de Samacá, junto con sus productos y el valor de los deterioros y menoscabos experimentados por las carboneras, con tratamiento de mala fe para el demandado, además de condenación al pago de perjuicios y costas.

Cárdenas se opuso. Alegó en su defensa carencia de acción, por pertenecer las minas, no a la compañía demandante sino al Estado; carencia de personería, porque la demanda debiera ser dirigida contra la Nación; y falta de causa, porque sin la adjudicación legal de las susodichas carboneras, nada podría pedir la demadante.

En primera instancia desató la litis el Juez 2º. Civil del Circuito de Tunja el 6 de diciembre de 1.961, así:

"1º. Declárase que la sociedad Textiles Samacá S. A., domiciliada en Bogotá, es dueña del subsuelo mineral, ya sea de hulla o de cualquiera otra clase, y por consiguiente, de las carboneras minerales existentes dentro del terreno denominado Coñoditos, ubicado en la vereda de La Chorrera del Municipio de Samacá, alinderado así:.....

"2º. Condénase al demandado Miguel Cárdenas, mayor y vecino de Samacá, a restituir a la sociedad Textiles Samacá S. A. el subsuelo a que se refiere el punto 1º. anterior, y las carboneras minerales allí existentes, restitución que deberá hacer dentro de los tres días siguientes, al de la ejecutoria del presente fallo.

"3º. Condénese al mismo demandado a restituir a favor de dicha sociedad, Textiles Samacá S. A., los frutes naturales percibidos y que perciba a partir del día en que entró en posesión del referido subsuelo hasta el día en que efectúe la restitución.

"Parágrafo. El valor de tales frutos, según estimación pericial es el siguiente:

"La suma de $30.249.oo en cuanto a los frutos percibidos hasta el día 18 de mayo de 1.960, y en concepto de utilidad líquida.

"El que resulte a partir de aquella fecha (18 de mayo de 1.960) hasta el día de la restitución, teniendo en cuenta una explotación mensual de 900 toneladas de carbón mineral, a razón de $3.oo de utilidad líquida por tonelada.

"La restitución en referencia la hará el demandado Miguel Cárdenas dentro de los tres días siguientes al de la ejecutoria de este fallo.

"4º. Declárase que no es procedente la petición sobre indemnización de perjuicios, y no se accede a decretar el pago de los deterioros que los bienes hayan sufrido en poder del poseedor por no aparecer demostrados en el proceso.

"5º. Declárense infundadas y no probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado en la contestación de la demanda.

"6º. Ordénase la cancelación del registro de la demanda, y al efecto, líbrese oficio con insertos al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito.

"7º. Condénase al demandado a pagar el valor de las costas del juicio. Oportunamente liquídense".

En 30 de julio de 1.962 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja resolvió la apelación del demandado con este pronunciamiento:

"Primero. Confírmanse los numerales 1o., 2o., 5o., 6o. y 7o. de la sentencia de 6 de diciembre de 1.961, pronunciada por el Juzgado 2o. Civil de este Circuito.

"Segundo. Refórmase el numeral 3o, que quedará así:

"Condénase al demandado a restituir la cantidad de 10.083 toneladas de carbón, o su valor que se determina en la suma de $30.249.oo moneda corriente, cantidades equivalentes a los deterioros que ha sufrido la mina por explotación del demandado, hasta el día 23 de junio de 1.960, y de ahí en adelante pagará la suma de $2.700.oo mensuales o la cantidad correspondiente en toneladas, suponiendo una utilidad de $3.oo por tonelada, de acuerdo con la estimación de los peritos.

"La restitución se hará dentro de los tres días siguientes al auto que ordena el cumplimiento de esta sentencia.

"Tercero. Refórmase el numeral 4o. de la misma sentencia así: Se absuelve al demandado de la petición tercera de la demanda.

"Las costas del recurso son a cargo de la parte apelante".

En esta oportunidad incumbe a la Corte resolver el recurso de casación interpuesto y sustentado por la parte perdidosa.

LA SENTENCIA ACUSADA

Con apoyo en que las minas son bienes raíces de acuerdo con el artículo 656 del Código Civil, "jurídicamente distintas del terreno en donde se encuentran" deduce el Tribunal que constituyen objeto propio de la acción reivindicatoria.

Cuanto a la identidad del objeto, dice:

"El terreno fue debidamente identificado en la diligencia de inspección ocular que practicó el Juzgado el 18 de mayo de 1.960, y allí mismo se estableció que existían socavones para explotar el carbón. (C. 3, f. 35 v).

"De acuerdo con el experticio, el tunel principal de explotación de las minas de carbón, corta el terreno de Cañaditas en una extensión de 31 metros, y dentro del mismo se encuentran socavones y tambores, que fueron medidos y cubicados por los peritos (C. 3, fs. 47 a 50).

En materia de titularidad alude a las escrituras allegadas por la sociedad demandante, y después expone:

"De acuerdo con la contestación de la demanda, y lo sostenido en el curso del juicio, el demandado no alega propiedad sobre las minas a que se refiere la demanda, pues sostiene que son propiedad de la Nación. Sin embargo presentó copia de la escritura pública número 1356 de 10 de noviembre de 1.957 de la Notaría 2ª. de este Circuito, en donde consta la venta que del mismo terreno de Cañaditas, en donde se encuentran las minas que reclama la compañía Textiles Samacá, hace Silvestre Castiblanco a Miguel F. Cárdenas, sin excluir el subsuelo. La escritura aparece debidamente registrada en el Registro de este Circuito. (C. 4 fs. 4 y 5). Según esta escritura lo que vende en realidad Castiblanco es la mitad de gananciales, que le correspondieron en la sociedad conyugal formada con Liboria Pulido.

"Adujo además copia de la escritura pública número 430 de 10 de abril de 1.957, de la Notaría 2a. de este Circuito, en donde consta la venta que de sus derechos y acciones corresponden a Dolores Castiblanco v. de Buitrago, en la sucesión de su madre Liboria Pulido, radicados en el citado inmueble de Ca-

ñaditos y comprendido el subsuelo. La escritura aparece debidamente registrada en el Registro del Circuito (C. 4, fs. 6 a 7) en los libros correspondientes (C. 4 fs. 6 a 7).

"Si se confrontan los títulos del actor con los del demandado, no hay duda de que deben prevalecer los primeros por ser anteriores y referirse a la venta del dominio y no de simples derechos y acciones .....

"Además cuando Silvestre hizo esta venta, ya había vendido la propiedad de las minas a la Compañía Samacá, de modo que la venta de sus gananciales, radicados en el subsuelo, era venta de cosa ajena. Por lo que hace a los derechos que tuviera Dolores Castiblanco, en el mismo subsuelo, serían los que no hubieran salido del patrimonio de su padre, con la primera venta que éste hizo, y que eran todos, mientras tal venta no se declarara invalidada".

"La posesión del demandado -dice el fallo- quedó establecida por su propia manifestación en la diligencia de inspección ocular, en donde dijo que estaba explotando las minas de carbón que se encontraron en el predio identificado en la diligencia (C. f. 36) y con las declaraciones que para demostrar su posesión adujo (C. 4 fs. 15 v. a 21)".

Por lo que atañe a las excepciones propuestas con apoyo en que el Estado es dueño de las minas de carbón, mientras no se demuestre que salieron de su propiedad, observa el Tribunal "que el certificado del Ministerio de Minas a que se refiere el recurrente, no indica que entre el Estado y el opositor se haya planteado la controversia que obligue al Tribunal a abstenerse de fallar el litigio trabado entre particulares, pues de conformidad con las normas que rigen la oposición, cuando se alega dominio privado frente al Estado, es la justicia ordinaria la que debe fallar el litigio, y no hay constancia de que tal oposición haya pasado a conocimiento del órgano jurisdiccional, ni hay petición para que este juicio se suspenda o se acumule con el que se deba adelantar frente al Estado.

"Hoy por hoy, la controversia sólo se adelanta entre particulares, y debe decidirse de acuerdo con las normas que rigen el derecho de dominio entre las personas naturales o jurídicas de derecho privado, sin que tal solución implique gravamen o desconocimiento del derecho que el Estado o un tercero, no vinculado a la cosa juzgada, pueda tener".

LA ACUSACION

El libelo aduce cargos por las causales 1a. y 6a. Mas como están basados en argumentos que en orden lógico se concatenan, es el caso de estudiarlos conjuntamente.

Causal 1a. El recurrente contempla las cuatro condiciones esenciales de la reivindicación según la doctrina y la jurisprudencia, y expone el criterio de que como aquí se demanda la propiedad privada de una mina de carbón, no puede olvidarse que las leyes de minas y petróleos pertenecen al derecho público "sea que se parta del principio de que, en este campo, cualquier dominio particular que se alegue, emana de la nación por haber tenido ésta el dominio eminente de todo ese patrimonio; o de que se admita la nueva teoría, aceptada por todas las modernas legislaciones, de que todo régimen de minas y petróleos no es más que una reglamentación de un servicio público íntimamente vinculado a la seguridad, al progreso y a la grandeza de la nación". De donde extrae que la cuestión no puede "someterse al imperio del derecho privado, cuyo Código Civil forma la

regla establecida por el legislador colombiano, a la cual es en deber de los particulares ajustarse en sus asuntos civiles, que es lo que constituye la ley o el derecho civil nacional', (C. C. art. 3o.)"

Echa una ojeada histórica al régimen legal de las minas de carbón, y transcribe al respecto pasos de la sentencia de Sala Plena Civil de Casación proferida el 26 de junio de 1.956. Halla que "corresponde, en forma bastante resumida, pero evidente, a la historia del desenvolvimiento de la legislación minera en el país". Sin embargo, no comparte la afirmación de la Corte en punto de que "ninguno de los Estados Soberanos se reservó las minas de carbón sino que todas las cedieron al dueño del terreno en donde estuvieran situadas, conforme al sistema de la accesión". Y dice:

"Pues bien, el Estado Soberano de Boyacá -siguiendo en esto al de Panamá- se reservó 'todas las minas existentes en su territorio, con excepción de las de sal gema y esmeraldas de que trata el artículo 1o. de la ley nacional de 31 de mayo de 1.870, que se reservó el Gobierno Nacional' (Art. 1o. de la Ley 197 de 4 de noviembre de 1.873).

"(Conviene llamar la atención hacia el hecho de que, para la fecha de esa ley, ya la Unión se había reservado, a partir del 28 de Octubre de aquel año, 'la propiedad de las minas y depósitos de carbón..... que se encuentren en terrenos baldíos o en los que por otro título distinto le pertenezcan'. 'Dichas minas o depósitos no se entenderán vendidos ni adjudicados con los terrenos, y serán beneficiados por cuenta de la República, a virtud de contratos que al efecto celebre el Poder Ejecutivo'. Arts. 1116 y s.s. del Código Fiscal de 1.873.

"Posteriormente la legislatura de Boyacá enmienda la anterior ley y expide la número 261 de 27 de octubre de 1.875, en cuyo párágrafo 2o. del artículo 2o. se estableció que 'las demás minas (distintas de metales y piedras preciosas) y las canteras corresponden al dueño del suelo'.

"Obviamente, los 'dueños del suelo' a que esa ley se refiere tenían que ser los que pudiesen acreditar que su terreno había salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873, pues de lo contrario esa cesión gratuita vendría a favorecer a la Nación, como dueña que es de los baldíos no adjudicados, para usar las propias palabras de la H. Sala Plena de la Corte.

"Por último, el Estado Soberano de Boyacá modificó nuevamente su régimen de minas, mediante la ley 9ª. de 25 de noviembre de 1.882, derogatoria de la anterior y que restauró la vigencia de la 197 de 4 de noviembre de 1.873, con las siguientes previsivas disposiciones, de indudable importancia: 'Art. 2º.- Las minas que hayan sido definitivamente adjudicadas y respecto de las cuales se haya expedido título por la autoridad competente, pertenecen al que haya obtenido el expresado título. Art. 3o.- La explotación de las minas de hierro existentes en el territorio del Estado se la reserva el Gobierno. En consecuencia, estas minas no son denunciables ni pueden adjudicarse a los particulares o compañías, a menos que el Estado les traspase sus derechos. Parágrafo. Quedan comprendidas en la disposición de este artículo las minas de hierro que al tiempo de la sanción de la presente ley no tengan legalmente dueño.' Art. 4o. Corresponden igualmente al Estado las minas de carbón no descubiertas que se encuentren hasta cinco kilómetros de distancia del establecimiento de ferrería que tenga el Gobierno y de alguna de las minas de hierro que tenga en explotación.

"En virtud de la citada ley, todas las minas de carbón existentes en el territorio de Boyacá, que no hubiesen sido definitivamente adjudicadas y respecto de las cuales se haya expedido título por la autoridad competente, (pues ese era el régimen legal de tales minas allí), quedaron en el patrimonio de ese Estado, de donde las recuperó la Nación, nacionalizándolas, mediante el artículo 202 de la Constitución unitaria de 1.886, para entrar a formar parte de la reserva nacional".

Por lo cual estima el recurrente que el fenómeno de la accesión respecto de los yacimientos carboníferos no pudo producirse en el Estado Soberano de Boyacá. Y en repetición agrega que "todo el régimen legal sobre estas minas no se encuentra en el Código Civil ni en las leyes que regulan las relaciones privadas entre los habitantes del territorio nacional, sino que él forma parte de un sistema de estricto y definido derecho público", por lo que no es dable aceptar el criterio de la Corte en el sentido de que en las minas de carbón que pertenezcan por accesión al dueño del terreno y en controversias entre particulares no se necesita título especial minero, como que ellas están amparadas por el mismo título de la propiedad territorial.

Critica pasajes de la sentencia tocante a la prueba del dominio, y considera que al respecto el Tribunal "cometió un abultado error de derecho al estimar el mérito de las aludidas pruebas para sustentar una declaración de dominio sobre el subsuelo mineral, ya sea de hulla o de cualquiera otra clase y por consiguiente de las carboneras existentes dentro del terreno denominado Cañaditas' con lo cual infringió los siguientes textos legales sustantivos":

Aquí alude el recurrente a los artículos 1o., 4o. y 7o del Código de Minas; 202 de la Constitución, 110 de Código Fiscal, 5o. del Código de Petróleos; 45, Ley 120 de 1.919, y a los Decretos 805 de 1.947, 2514 de 1.952, y 365 bis de 1.951.

Por otro aspecto, alega infracción directa de los artículos 952, 953 y 955 del Código Civil. Asevera el libelo que "el demandado no era el poseedor de la cosa reivindicable, sino un simple tenedor de ella, cuyo beneficio o usufructo realizaba con base en un permiso (de los reglamentados por el Decreto Extraordinario 2514 de 1.952, atrás citado) que venía tramitando ante el Ministerio de Minas y Petróleos, por considerar, como lo dice el Tribunal, que era la Nación la dueña y legal poseedora de aquellas minas.

"Para probar ese aserto -continúa el recurrente- el demandado produjo una certificación emanada del Ministerio citado y llevada a los autos en forma legal, por medio de la cual, el señor Secretario de aquel Despacho hizo constar que, en efecto, el Permiso No. 57, solicitado inicialmente por el señor José A. Fandiño y traspasado luego con autorización del Ministerio, al demandado y al señor Norberto Enrique Neisa, se encontraba sufriendo la tramitación de rigor; que la finca de Cañaditas estaba comprendida dentro de los linderos del permiso y que, además, Textiles Samacá había formulado oposición. (f. 24 v. c. 4)".

De esto desprende la razón por la cual el demandado Cárdenas "estaba explotando ciertos socavones posiblemente localizados en el subsuelo de la finca Cañaditas", por lo que no ha poseído la mina "como dueño y señor, sino como simple beneficiario del derecho exclusivo a extraer los minerales y -aquí sí- a hacerse dueño de ellos, como una consecuencia legal del contrato o permiso pertinente".

Hace consideraciones complementarias para sostener que el Tribunal debió llegar "a la conclusión de que la acción propuesta no se estaba dirigiendo contra el verdadero, el auténtico poseedor, pues este sólo tenía la cosa 'en exploración y posiblemente en explotación', sin ánimo de señor y dueño, a nombre de la nación colombiana, cuyos representantes legales mencionó en la contestación de la demanda.

En otro apartado y contra el concepto doctrinal de que las minas son bienes jurídicamente distintos del terreno donde se hallan, el libelo presenta la idea de que cuando el artículo 3º del Código sobre la materia expresa que "las minas son una parte integrante del terreno en que se encuentran", alude "al estado geológico de las formaciones mineralizadas, cuyos respaldos constituyen las rocas o sedimentos que integran la masa ferráquea". A lo que agrega:

"Ya por eso, a renglón seguido, establece peculiar servidumbre sobre el mismo terreno, el cual, como es apenas obvio, no puede menos que soportar los deterioros y disminuciones inherentes a una explotación, ya se trate de minas de veta, de sedimento o de aluvión. Pero como el criterio civilista que ha imperado en el país no ha podido menos que detenerse a examinar lo que quiera decir en aquel texto la palabra 'servidumbre', y no teniendo otra salida que proyectarla sobre la norma genérica del Código Civil, se ha visto precisado a crear la teoría aceptada por los especialistas del derecho público minero- de que hay una ficción legal al respecto, que permite, para los solos efectos de la existencia civil de esa servidumbre, considerar como dos entes jurídicos distintos, pertenecientes a diferentes propietarios, la masa minera propiamente dicha y el terreno que la encierra o contiene. Lo cual, desde luego, nada tiene que ver con la posibilidad jurídica de enajenar la propiedad minera, en forma distinta y separada de la propiedad superficiaria, pues en la dogmática de nuestra legislación minera, el dominio sobre las minas se prueba, regula y maneja mediante titulaciones especiales, perfectamente distintas a la del suelo, íntegramente regidas por el derecho común".

De donde en referencia a la inspección ocular practicada y a la súplica de la demanda inicial sobre "el subsuelo mineral ya sea de hulla o de cualquiera otra clase", sostiene el recurrente que para la prosperidad de la pretensión era "indispensable no la simple localización e individualización de la superficie del terreno llamado Cañaditas, sino especial, esencialmente la determinación, la singularización del 'subsuelo mineral' tal y como se le describió en la demanda".

A continuación dice:

"La aserción que hace el Tribunal, siguiendo los pasos de la sentencia de primera instancia, de que 'el terreno fue debidamente identificado y allí mismo se estableció (en la diligencia de inspección ocular) que existían socavones para explotar el carbón, no puede tomarse, técnica ni jurídicamente, como constancia de haberse demostrado la existencia, en forma individualizada y singular, de un subsuelo mineral y, especialmente, de carboneras minerales, perfectamente distintas, separadas e inconfundibles con otras. En efecto los socavones, como las trincheras, como las cruzadas y guías constituyen parte del proceso de exploración de una zona mineralizada, con el propósito de establecer la existencia de una mina comercialmente explotable".

Tampoco admite el dictamen pericial como suficiente "para tener como demostrada la singularización del bien demandado". Comenta esa pieza para deducir que el subsuelo mineral de Cañaditas "debe formar parte de una cuenca o

formación mineralizada, que abarca una extensión mayor, cuya delimitación -en relación con el terreno de Coñoditos- no logró hacerse y, por lo mismo, no puede aceptarse, como lo dice la sentencia, que se hubiese identificado el subsuelo reclamado, y mucho menos que se hubiese singularizado como para hacer viable una acción reivindicatoria".

Hace consideraciones adicionales para impugnar error evidente de hecho al sentenciador, que contrarió la realidad de las cosas, y remata esta fase con nueva violación del artículo 946 del Código Civil.

También por la causal 1a., el recurrente alega quebranto de los artículos 382, 383, 384, 385 y 386 del Código de Minas, y 472 del Código Judicial.

Expone que las citadas normas en materia de minas se aplican a las de metales y piedras preciosas, excepto esmeraldas, y a las de cobre, además, pero no a otra clase de minerales; aplicación que presupone pretensiones encontradas de varias personas sobre una misma mina. Cosas que no tuvo en cuenta el sentenciador, de quien dice el libelo:

"De suerte, pues, que no existiendo, como no existía ninguna previa controversia sobre un mejor derecho a la adjudicación del subsuelo mineral litigioso, es perfectamente visible la indebida aplicación de los citados artículos del Código de Minas. Y entonces, al aplicar indebidamente esas normas para llegar a una sentencia declaratoria, no de ningún mejor derecho a la mina en litigio o, como en el caso sub judice, al subsuelo mineral, sino de dominio pleno sobre éste, no solamente se divorció el Tribunal de la ruta señalada, también erradamente por esa H. Sala en el fallo de 26 de junio de 1.956, sino que violó directamente el artículo 472 del Código Judicial....".

Causal 6ª. En desarrollo de los argumentos aducidos para sustentar la causal 1a., se invoca incompetencia de jurisdicción improrrogable a causa de estar en curso la solicitud de permiso en el Ministerio de Minas y Petróleos, en forma comprensiva del subsuelo de la finca Coñoditos, circunstancia que notificaba a la jurisdicción ordinaria de Tunja acerca de que "el Estado colombiano había puesto a funcionar la presunción de que ese subsuelo mineral pertenece a su patrimonio 'mientras no se pruebe lo contrario'".

"No era, pues, posible, continuar con la secuela del juicio -afirma el recurrente- sino que ha debido declararse la nulidad de todo lo actuado. Y como esto no se hizo -y ella no podía sanearse se configura la causal 6a. antes aludida, a la cual también se habría llegado, al examinar y demostrar el error de derecho en que incurrió el Tribunal al desestimar el mérito probatorio del certificado mencionado, pero no quiso hacerse para salvar y respetar el orden y método que la ley exige en esta especial clase de demandas".

En la audiencia pública, surtida sin intervención de la parte opositora, el recurrente, además de esforzar las bases de su libelo, declaró que el Ministerio de Minas y Petróleos, por Resolución Nº. 657 de 20 de abril de 1.964, definió la referida solicitud de permiso en el sentido de que "no es el caso de continuar la tramitación del permiso Nº. 57 .....ya que el área solicitada se encuentra dentro de la zona de la reserva demarcada y dada como aporte de la Nación a Acerías Paz del Río .....". Pero es bien claro que este medio queda por fuera del recurso de casación.

SE CONSIDERA:

1. Después de señalar en sus rasgos principales el desarrollo histórico de las normas aplicables en materia de yacimientos carboníferos desde los tiempos coloniales, la Sala Plena de Casación Civil en sentencia del 28 de junio de 1.956 (LXXXIII -2169- 95), expuso:

"En consecuencia, dentro de la legislación actual, las minas de carbón pueden pertenecer al Estado o a los particulares: al primero, las descubiertas o que se descubran en terrenos de la Nación y en los terrenos que por ésta hayan sido adjudicados o enajenados con posterioridad al 28 de octubre de 1.873; y a los segundos, las existentes en terrenos de propiedad privada que habían salido definitivamente del patrimonio nacional con anterioridad a esta fecha.

"Las minas de carbón de propiedad del Estado pertenecen a la llamada reserva nacional. No son denunciables ni adjudicables a los particulares. Su explotación puede hacerse por los particulares mediante contratos de concesión celebrados con el Gobierno Nacional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 110 del Código Fiscal y en el Decreto número 805 de 1.947.

"Entre los particulares y el Estado puede suscitarse controversia sobre la propiedad de las minas de carbón cuando se alegue que éstas pertenecen a la reserva nacional. Según la doctrina y la jurisprudencia, en los juicios que se susciten al respecto, incumbe siempre al particular la demostración de que la mina cuyo dominio se controvierte, es de su propiedad, y en consecuencia estará obligado a presentar la prueba legal de que el terreno en donde se encuentra la mina, salió definitivamente del patrimonio del Estado, con anterioridad al 28 de octubre de 1.873. Y esto ocurrirá no sólo en las oposiciones a las propuestas de contratos para explorar y explotar las minas que el proponente afirme pertenecer a la reserva nacional, sino en todo juicio en que el Estado discuta esa propiedad, aunenando el particular asuma la calidad de demandado.

"La Corte ha dicho:

"'No cabe duda -según el artículo 1º., inciso 3º. de la Ley 85 de 1.945- de que tratándose de oposiciones a propuestas para explorar y explotar minas pertenecientes a la reserva nacional, quien alega contra el Estado la propiedad minera, debe siempre asumir en el juicio a que dé origen la oposición, la calidad de actor.

"'Es que en este conflicto de derecho entre un particular y el Estado, la presunción de propiedad legal de las minas que constituyen la reserva nacional, obra en favor del último, y de ahí que la ley le asigne la calidad de demandado en el pleito en que haya de controvertirse esa propiedad. El proponente del contrato de concesión apenas puede coadyuvar la defensa de la Nación'. (Negocios Generales, enero 23 de 1.953, LXXV-2131-725)".

Trascribe doctrina análoga de la misma Sala de Negocios Generales, y continúa:

"Por lo expuesto, se comprende muy bien que el Estado goza de una posición procesal favorable en esta clase de controversias, ya que a él le bastará como medio de defensa, afirmar que los terrenos donde se hallen situadas las minas de carbón son baldíos, conforme al artículo 44 del Código Fiscal, afirmación que corresponde destruir al particular demostrando que los terrenos corres-

pondientes salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1.873. De esta manera debe entenderse la llamada presunción de dominio a favor del Estado sobre las minas pertenecientes a la reserva nacional.

"No puede aplicarse la doctrina anterior a las controversias que se susciten exclusivamente entre particulares sobre el dominio de una mina de carbón, u otra sometida al mismo régimen jurídico, que pudiera ser propiedad del Estado por hallarse situada en terreno baldío de la Nación o salido de su patrimonio con posterioridad al 28 de octubre de 1.873. Si el juicio de dominio se ventila entre particulares hallándose ausente el Estado, los litigantes podrán acudir a las normas del derecho común para hacer triunfar sus pretensiones, sin que la llamada presunción de dominio a favor de la Nación juege para nada en esta clase de controversias, cuya decisión por la justicia no declarará la propiedad ergo omnes sino que apenas definirá entre los particulares entrentados, quién ha probado mejor derecho a la mina en litigio, dejando a salvo el derecho del Estado para reclamarla en cualquier tiempo como parte integrante de la reserva nacional, ya que para el Estado como para cualquier extraño al juicio, aquella sentencia es res inter alios iudicata, que ni lo perjudica ni lo favorece según la norma sustantiva del artículo 473 del Código Judicial". Hace nuevas transcripciones doctrinales corroborantes, para añadir:

"Podrá argüirse, como lo alega el opositor, que de acuerdo con el artículo 4o. ordinal 2o., del Código de Minas, debe exigirse en todo caso al dueño de una mina de accesión, el título de adjudicación procedente del Estado, porque no siendo suficientes los títulos traslaticios de la propiedad del terreno, se requiere tal título respecto del primitivo enajenante, en relación con la transmisión del predio que le hiciera el Estado.

"Pero tal apreciación carece de toda consistencia jurídica, porque el artículo 4o. del Código de Minas se refiere a la propiedad de las minas denunciables, que sólo se adquieren originariamente por adjudicación del Estado. Tales minas no han podido pasar al poder de los particulares, sino mediante el correspondiente título del Estado, según lo establece el ordinal 1o. del citado artículo. Y por eso, conforme al ordinal 2o. cuando la transmisión del dominio se verifica por un título derivado que tiene su fundamento en el título originario, siempre habrá necesidad de acreditar que al primitivo enajenante se lo expidió el Estado. 'En tratándose de minas de metales preciosos que son o fueron adjudicables se puede afirmar -ha dicho la Corte- que es indiscutible en derecho privado que para que una persona tenga la calidad de dueña es necesario que posea un título emanado del Estado o que se ligue a título de esa naturaleza mediante otros traslaticios de dominio y que la mina no esté legalmente abandonada'. (Sala de Negocios Generales, septiembre 1o. de 1.945. LIX - 202 y 2024 - 602).

"'El dominio de la Nación sobre las minas -ha dicho la Corte refiriéndose a las adjudicables- es la situación inicial y natural que, por ende, debe presumirse. Esto significa, entre otras cosas, que debe acreditarse con los precisos elementos probatorios correspondientes que una mina dada ha salido de ese dominio e ingresado en el privado y que en éste se conserva', cuando quiera que se alegue su propiedad. (Casación, octubre 1o. de 1.940. L - 1961 -1963 119).

"Las minas de carbón que pertenezcan por accesión al dueño del terreno en donde se hallen situadas, se rigen en general por el derecho común. Para acreditar

su dominio en controversias entre particulares, no se necesita título especial minero, como que ellas están amparadas por el mismo título de la propiedad territorial. Puede decirse que si tales minas son del dueño del terreno por accesión, ésta es el modo de adquirir y el título es la ley misma.

"El Código Civil menciona en su artículo 565 como especies de bienes inmuebles, las tierras y las minas. Por otra parte, la doctrina y la jurisprudencia han admitido que las minas son bienes jurídicamente distintos del terreno en que se encuentran, y así fue dicho en el artículo 4o. del Código de Minas adoptado por el Decreto Legislativo número 1779 de 1.954 (actualmente suspendido). Y por esto el dueño de tierras que tiene dentro de sus linderos una mina que le pertenezca por accesión, puede separar esas dos propiedades, enajenando la una y reservándose la otra. Si se enajena el predio sin excluir la propiedad minera por accesión, es obvio que se entiende enajenada ésta como un accesorio del suelo".

2. Esta doctrina no puede recibir otra significación ni alcance alguno distinto del que en forma natural y obvia se desprende de los términos que emplea con bastante claridad. No afecta de ningún modo el derecho público de la nación ni el patrimonio minero del Estado colombiano. No quebranta norma alguna del derecho minero. Y tampoco sacrifica el centro de la juridicidad integrado por los principios y regulaciones del derecho común mientras exista y se reconozca la noción de ciudadano. Se trata sin duda de categorías de coexistencia y equilibrio, en función del bienestar general de la sociedad, dentro del campo de los derechos patrimoniales del Estado y de los particulares.

3. Las minas, abstracción hecha del terreno donde se ubican, constituyen entidades económico jurídicas con aptitud propia para figurar como objeto patrimonial de posible enajenación. Por lo mismo, no hay óbice para que el suelo esté en determinado patrimonio, mientras las minas radican en otro diferente. Pero resulta del mismo modo indudable que si la regulación legal atribuye al dueño del suelo la propiedad de algunas minas de carbón, es el dominio de la tierra la categoría principal a que accede esa precisa propiedad minera, y la prueba del señorío sobre el suelo envuelve a un tiempo la demostración de la propiedad de esa determinada suerte de minerales, siempre que la controversia se mueva dentro del perímetro circunscrito de pleitos entre particulares. Porque si la ley minera por razones de orden público otorga una determinada suerte de yacimientos carboníferos al dueño del suelo, ello significa a ojos vistas que en cuanto a la titularidad sobre tales bienes existe referencia formal del derecho minero al derecho civil, sin conflicto posible entre las dos regulaciones. Así se evidencia que en la decisión de litigios sobre minas de carbón suscitados exclusivamente entre particulares, le basta al juez conocer la titularidad prevaleciente sobre la tierra para atribuirla también a sus accesorios, sin que el pronunciamiento afecte de ningún modo el patrimonio minero del Estado ni el régimen legal que le es propio. Quiere esto decir que la sentencia favorable al dueño del terreno carece en sí misma de valor como título minero oponible al Estado, supuesto que en juicio no fue oído por juez competente, ni con el lleno de los trámites previstos por la legislación aplicable.

4. La reserva nacional sobre las minas de carbón quedó constituida con referencia al día 28 de octubre de 1.873, en que empezó a regir el anterior Código Fiscal, sin perjuicio de los derechos adquiridos por los particulares. Por consiguiente, no es uniforme el tratamiento jurídico de las carboneras, puesto que las del dominio privado obedecen en principio a las reglas de la accesión, en tanto que las

de la reserva nacional se hallan regidas por las normas especiales aplicables a esos bienes del Estado. Por ello no pueden ser objeto de denuncio ni de adjudicación, sino de contratos celebrados con el Gobierno para la exploración y explotación de esos yacimientos.

5. Hay sin embargo una característica común que surge de las leyes vigentes: Que nadie puede exhibir contra el Estado título de dominio sobre una mina de carbón, sin la prueba incontrovertible del hecho afirmativo de estar ese determinado yacimiento por fuera de la reserva nacional. Pero esto no significa que sea de rigor tal probanza dentro de la relatividad del debate destinado entre particulares a tutelar la posición jurídica del propietario del inmueble frente a las vías de hecho de terceras personas que, sin cumplir las prescripciones normativas, emprendan lisa y llanamente la explotación de yacimientos carboníferos ubicados en tierras ajenas, con ignorancia imposible, de que no les pertenecen: porque o son del Estado o son del propietario del suelo, pero de ningún modo de quien en los hechos resulta ser apenas un invasor.

6. No se trata entonces de controversia en que particulares discutan al Estado la propiedad de las hulleras, puesto que si de este evento se tratara, no habría prevalencia posible sin la prueba idónea de que el yacimiento está por fuera de la reserva nacional establecida con referencia al 28 de octubre de 1.873. En ausencia del Estado el fallo judicial no trasciende erga ommes, sino que se limita a decidir cual de los litigantes está llamado a la protección jurídica. Y así prevalece quien acredite mejor derecho sobre el terreno.. Entonces no se mezcla en la materia cosa alguna que no caiga bajo el imperio del derecho privado.

7. Mal podría legitimarse el detentador de yacimiento carbonífero, no con título que acreditara su derecho, sino sólo con el aserto de ser la mina propiedad del Estado, de quien no es representante en juicio. Se rompería el orden, la seguridad, e incluso la paz social podría verse gravemente afectada, si cualquiera persona con sólo invocar la reserva general del Estado sobre ciertas minas, tuviese carta franca para explotar las que se encuentren en inmuebles del dominio privado. No se legitima la exploración y, menos aún la explotación de minas ajenas, si no es con la aquiescencia del representante del Estado. Lo cual prohibe las vías de hecho. Y puesto que en general se entiende que el dueño del terreno lo es también de todos los elementos que lo forman, suelo y subsuelo, no es posible desconocer el régimen legal de permisos y contrataciones para las minas que el empresario entienda ser de la reserva nacional, aunque se hallen en tierras privadas.

8. Si a consecuencia de cualquiera de estas iniciativas o en cualquier evento litigioso llegare a saberse que determinada mina de carbón está dentro de la reserva nacional, no habría duda de que en el dueño del terreno recae la responsabilidad correspondiente al menoscabo patrimonial sufrido por el Estado a consecuencia del hecho dañoso consistente en el laboreo de la mina sin el lleno de los requisitos que los permisos o las contrataciones exigen. Lo cual corrobora y hace tangible la legitimación en causa del dueño del terreno contra quien de hecho viene en el disfrute de los yacimientos carboníferos allí existentes.

9. No aparece que el demandado Cárdenas haya obtenido previo permiso de explotación o celebrado con el Gobierno contrato de concesión para explorar y explotar minas de carbón en el predio de Coñoditos. Carece entonces de base su posición ante el litigio. Y no le serviría de excusa su invocada carencia de

ánimo posesorio, por reconocerle al Estado el dominio sobre la mina y no ser entonces legitimado pasivamente en la causa, porque en conformidad con el imperativo contenido en el artículo 971 del Código Civil las reglas de la reivindicación se aplican "contra el que, poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor".

10. No es viable la censura acerca de la identidad del objeto: en lo que respecta al suelo, no cabe duda según el reconocimiento hecho en la inspección ocular; y en cuanto a la mina, se lee en el acta de la misma diligencia: "Acto seguido el señor Juez preguntó al señor Miguel Cárdenas por la persona que estuviera explotando las minas de carbón en el terreno anteriormente alinderado, a lo cual respondió que tales explotaciones las estaba haciendo él por su propia cuenta. El Juzgado pudo constatar que dentro de la línea antes descrita hay varias socavones por los cuales se ha hecho y actualmente se hace la explotación de carbón mineral". Esto basta para disipar los invocados errores en la apreciación probatoria de segunda instancia.

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 30 de julio de 1.962 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el presente litigio de Textiles Samacá S. A. contra Miguel F. Cárdenas

No aparecen costas causadas en casación.

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

Arturo C. Posada. - Enrique Coral Velasco. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Julián Uribe Cadavid. - José Hernández Arbeláez. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

DACION EN PAGO

Elementos integrantes de la acción resolutoria de contratos bilaterales. Excepción de contrato no cumplido. La inexistencia de acción o de derecho no puede configurar excepción

1. Son elementos integrantes de la acción resolutoria de los contratos bilaterales que quien la instaure haya cumplido o haya estado listo a cumplir las obligaciones a su cargo nacidas del convenio, y que el demandado no haya cumplido con las suyas (Art. 1546 del C. C.). Faltando en el actor el supuesto de su cumplimiento, la acción está llamada a fracasar en razón de estructurarse la excepción de contrato no cumplido, *non adimpleti contractus*, consagrada en el artículo 1609 del estatuto civil.

2. Sabido es que las partes contratantes por convenio pueden sustituir la cosa debida por otra, y que entregada la nueva cosa acordada, se efectúa una dación en pago que extingue la primitiva obligación. Pero como la sustitución o cambio del bien debido es consecuencia del acuerdo entre las dos partes, es indispensable, que haya este acuerdo, es decir, que el acreedor y el deudor hayan convenido en que la obligación pendiente se cancela con la entrega de la nueva cosa pactada. De lo contrario, no puede decirse que haya dación en pago o novación, y, por consecuencia, extinción de la obligación debida.

Los artículos 215, 216 y 217 del C. de Comercio señalan los casos en que los instrumentos negociables a la orden pueden constituir dación en pago, o novación, por cuanto el cambio de objeto de la obligación debida constituye una novación objetiva.

La norma del artículo 215 citado parte de la existencia de una obligación principal, y un pacto accesorio, tomado no con el alcance de acuerdo que tenga por objeto asegurar o garantizar el cumplimiento del principal, sino más bien, en sentido amplio, de acuerdo que establece alguna modalidad o modificación de la obligación principal.

Existiendo el convenio accesorio en estas condiciones, la dación de efecto de comercio en cumplimiento del pacto accesorio no extingue la obligación principal, como sería, si vendido un automóvil a plazo, hubieran convenido luego las partes en que el precio lo invirtiera el comprador en adquisición de papeles de bolsa, y este en lugar de tales papeles le diera al vendedor después algún instrumento negociable. Es evidente que la extinción de la obligación de adquirir acciones nacidas del pacto accesorio no llevaría consigo la de la deuda principal, porque lo principal no sigue la suerte de lo accesorio.

En el artículo 217 del C. de Comercio la ley contempla solamente el convenio por virtud del cual la parte deudora entrega a la acreedora en pago de la deuda pendiente instrumentos transmisibles por endoso, que son los llamados a la orden, sin que hayan pactado expresamente que por esa entrega se efectúe una novación. En este supuesto, hay una presunción legal de que la aceptación del instrumento negociable lleva la condición de ser pagado, o sea, que la primitiva obligación queda pendiente hasta tanto no se haya cubierto el efecto de comercio.

En cambio, la dación de instrumentos negociables al portador, en los supuestos contemplados por el artículo 216 del C. de Comercio, sí comporta la novación.

Sobre el particular puede verse lo dicho por la Corte en casación de 30 de agosto de 1.915 (G. J. T. XXV, pág. 130).

La razón por la cual, según los artículos 215 y 217 del C. de Comercio, la letra de cambio y el pagaré a la orden no son susceptibles de constituir precio, es la de que ellos, en sí mismos, económica y jurídicamente considerados no son dinero, sino simples instrumentos de crédito, motivo por el cual se presume que al ser entregado un efecto de comercio de esta clase, las partes no entienden que en razón de él la deuda preexistente quede extinguida, a menos que expresamente estipulen lo contrario.

3. Constituyendo excepción perentoria "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió", la inexistencia de acción o de derecho no puede configurar excepción, ya que, si el derecho no existe, mal puede ser desconocido ni extinguido. Lo que ocurre es que si la acción no se da, no puede hacerse la declaración que se pretenda en la demanda.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL, Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Jack F. M. Wilkie instauró demanda ordinaria en el Juzgado 2º. Civil del Circuito de Cali contra la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Limitada, domiciliada en aquella ciudad y representada por Federico W. Pearman, donde expone, en resumen, los siguientes hechos:

El 19 de julio de 1.951, el actor Wilkie compró en Cali a la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores S.A. "un automóvil usado, marca Chrysler de cuatro puertas, distinguido con la serie número 70542156 y motor número C38-39539, como modelo de 1.948, pero después de perfeccionada la venta resultó ser modelo 1.946".

La sociedad le garantizó a Wilkie que el vehículo comprado era modelo de 1.948 como reza la factura, sin embargo luego se comprobó que era modelo 1.946.

En septiembre de 1.953 Wilkie fue privado de la posesión del precitado automóvil "en virtud de decomiso que de él hicieron las autoridades de la Aduana de Bogotá, por el delito de contrabando o fraude a las Rentas Nacionales".

Por auto de 29 de octubre de 1.954, el Juzgado de Aduanas de Bogotá decretó el remate de dicho vehículo, y ordenó que el producto de la venta se depositara en la Caja de la misma Aduana.

La sociedad vendedora nada hizo por ayudarle a Wilkie en la posesión pacífica del automóvil, no obstante haberle comunicado oportunamente el comprador la perturbación.

Al contrario, la Sociedad Siva procedió a embargar el carro en el Juzgado 3º. Civil Municipal de Bogotá por razón del saldo del precio que el comprador había quedado debiendo.

Antes del embargo, Wilkie había solicitado a la sociedad vendedora una rebaja de $1.500.oo, saldo del precio todavía pendiente, en virtud de que el carro no resultó ser modelo de 1.948 sino de 1.946, y porque los dos primeros años de uso de un automóvil son los más importantes.

El comprador ha sido privado de la posesión pacífica del automóvil por sentencia judicial, "y por consiguiente hay evicción de la cosa comprada".

Wilkie citó a la sociedad vendedora a defender el vehículo ante el Juzgado de Aduanas de Bogotá "y ésta así lo hizo por conducto de los doctores Alejandro Valencia y Arturo Vallejo Sánchez; el primero de los nombrados es el Revisor Fiscal de la Sociedad Siva".

Por escritura pública 2327, extendida en la Notaría Primera de Cali el 19 de octubre de 1.953, la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva S.A. constituída por instrumento 480 de 23 de marzo de 1.942, pasado en la misma Notaría, se transformó en la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Limitada con domicilio en Cali.

Conforme al artículo 33 de la escritura de transformación, el gerente es el representante general de la última sociedad, y Federico W. Pearman es el actual gerente, conforme al certificado de la Cámara de Comercio de Cali.

El artículo 51 de la escritura 3427 dispone que Siva Limitada se hace cargo del activo y del pasivo de Siva S.A. desde la fecha de la transformación con todas sus consecuencias.

Wilkie ha sufrido perjuicios materiales y de orden moral, pues se halla procesado en el Juzgado de Aduanas de Bogotá por el delito de contrabando o fraude a las Rentas Nacionales por la introducción al país del automóvil dicho, y se le considera Gerente de la Sociedad Siva.

Con respaldo en estos hechos el demandante pide se hagan las siguientes declaraciones:

"a) Que se resuelva el contrato de compraventa celebrado entre los señores Jack F. M. Wilkie y la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva, el día 19 de julio de 1.951 en virtud del cual esta vendió al primero el automóvil marca Chrysler, modelo 1.948, tipo sedán, de cuatro puertas, distinguido con la serie número 70542156 y motor número C38-38539, por cuanto Wilkie, por causas imputables al vendedor, fue privado del todo del citado automóvil por sentencia judicial del Juzgado de Aduanas de Bogotá.

"b) Que la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Limitada restituirá dentro del término que fije la sentencia la suma de cinco mil setecientos cincuenta pesos m.l. ($5.750.oo), valor del precio recibido de Jack F. M. Wilkie por la sociedad vendedora, por concepto del citado automóvil.

"c) Que como consecuencia de la resolución del contrato, la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Limitada indemnizará al señor Jack F. M. Wilkie de los perjuicios morales y materiales a que hubiere lugar. Los perjuicios de orden material los estimo en la suma de treinta mil pesos m.l. ($30.000.oo).

"d) Que se declaren sin ningún valor y efecto las letras fechadas el 25 de septiembre de 1.951 y el 28 de octubre de 1.951 por mil pesos cada una, con las cuales se embargó al señor Jack F. M. Wilkie por parte de la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva ante el Juzgado 3o. Civil Municipal de Bogotá, por concepto de un mil quinientos pesos m.l. ($1.500.oo) suma que Wilkie adeudaba a la citada sociedad por la compraventa del citado automóvil marca Chrysler.

"e) Que se condene a la Sociedad Importador de Vehículos Automotores Siva Limitada a pagar las costas de este juicio".

El apoderado de la Sociedad Siva Limitada contestó el traslado de la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas, negando los hechos fundamentales, aclarando otros y manifestando no constarle los demás.

El juzgado dió término al primer grado del juicio en sentencia de 27 de enero de mil novecientos cincuenta y ocho, por la cual declara probada la excepción de carencia de acción, y absuelve a la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Limitada de los cargos que se le hicieron en la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali decidió la alzada propuesta por el actor, en fallo de veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y uno, en el cual resolvió:

1o. Revocar la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Cali.

2o. Declarar la resolución del contrato de compraventa del automóvil Chrysler, modelo 1.948, celebrado entre Jack F. M. Wilkie y la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva S. A. el 19 de julio de 1.951.

3o. Disponer que la Sociedad Importadora de Vehículos Siva Limitada restituya al mismo Wilkie la suma de cinco mil setecientos cincuenta pesos ($5.750.oo) seis días después de ejecutoriada esta sentencia, suma que la compañía demandada recibió como parte del precio.

4o. "Declarar sin ningún valor ni efecto las letras de cambio fechadas el 25 de septiembre de 1.951 y el 28 de octubre de 1.951, por mil pesos cada una, y aceptadas por el señor Wilkie como pago de parte del precio".

5o. "Condenar a la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Ltda. al pago de perjuicios, por ser responsable de la resolución del contrato, perjuicios que se liquidarán en la forma prevista por el artículo 553 del C. Judicial.

"6o. Condenar en costas a la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Ltda. El Tribunal tasará las de esta segunda instancia. Las costas de la primera instancia se fijarán por el Juez del conocimiento".

MOTIVACION DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Para el sentenciador los problemas jurídicos planteados en este juicio son:

1o. Naturaleza del contrato celebrado entre las partes contendientes. "2o. Carácter de las providencias dictadas por el Comando del Resguardo de la Aduana Interior y por el Juzgado de Aduanas de Bogotá; 3o. La evicción administrativa y el vacío de la ley. 4o. La resolución del contrato".

Con la factura de 19 de julio de 1.951, que fija el precio del automóvil en $ 7.250.oo y el extracto de la cuenta de Wilkie con un saldo a su cargo de $ 1.500.oo en 20 de enero de 1.953 y con la aceptación de la sociedad demandada de una parte del hecho primero del libelo, halla el Tribunal plenamente establecido que en la fecha de la factura se celebró entre las partes litigantes "un contrato de compraventa puro y simple de un automóvil marca Chrysler..... por la suma de siete mil doscientos cincuenta pesos".

En relación con el segundo punto, analiza la copia del auto número 00127 de 29 de octubre de 1.954, en virtud del cual el Juzgado de Aduanas de Bogotá decretó el remate del automóvil Chrysler que Wilkie compró a la sociedad Siva S. A. cuyo producto "debe consignarse en la Caja de la Aduana Interior de Bogotá en la sección de depósitos provisionales, a la orden del Juzgado en espera del destino que se le dé en el fallo correspondiente".

Alude a que la sociedad demandada propuso la excepción dilatoria de petición antes de tiempo con fundamento en que, conforme al artículo 1894 del C. Civil, solo hay evicción de la cosa comprada cuando el adquirente ha sido privado del todo o parte de ella por sentencia judicial, y en los documentos acompañados a la demanda no aparece que esta providencia se haya producido. Asimismo alude a que el Juzgado en el auto decisorio de la excepción dilatoria estimó que el auto proferido por el Juzgado de Aduanas era una sentencia judicial, y el Tribunal lo consideró como interlocutorio con fuerza de sentencia.

Se refiere también a la copia de la sentencia proferida por el Juzgado de Aduanas de Bogotá el 4 de de junio de 1.955, pedida como prueba por la parte demandada, en la cual se declaró prescrita la acción penal por el delito de contrabando, se ordenó la cesación de todo procedimiento y el archivo del expediente; declaró también de contrabando el automóvil, y su propiedad en favor del Estado, y que, si ya hubiera sido rematado, el producto de la subasta "debe engrosar el presupuesto nacional"; y que F. M. Wilkie, ni Alejandro Vallejo Sánchez, ni Celestino González ni Federico W. Pearman pueden continuar actuando en el proceso por no tener personería ninguna para ello; que se remita copia de la sentencia al Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá, donde cursa el ejecutivo de Alejandro Vallejo Sánchez contra F. M. Wilkie, y al Juzgado 2o. Civil del Circuito de Cali, donde se tramita el juicio ordinario de Wilkie contra la Compañía Siva S. A. de Cali; finalmente, dispone consultar el fallo con el superior.

Concluye el Tribunal de estas piezas que "el comprador Jack Wilkie fue privado del automóvil en virtud de una providencia del Juzgado de Aduanas de

Bogotá, entidad dependiente de la jurisdicción aduanera, es decir, que hubo evicción administrativa".

Estima el sentenciador que, si bien en los términos del artículo 1894 del C. C. no habría evicción, por no haberse dictado una sentencia por el órgano jurisdiccional del poder público que así lo dispusiera, debe aceptarse que "el comprador fue privado del vehículo por una situación jurídica anterior al contrato de venta y que se relaciona con la falta de formalidades aduaneras cuando se verificó la introducción al país del vehículo automotor materia de la litis. Y como en los procedimientos aduaneros la acción se adelanta en forma de sumario por el delito de contrabando para averiguar responsabilidades penales; y al mismo tiempo se dictan providencias precautelativas sobre remate de bienes, es muy difícil para el comprador cumplir los requisitos formales exigidos por la ley para los casos de evicción por sentencia judicial.

"En estas circunstancias, considera la Sala que deba acudirse a los principios generales de derecho, sobre cumplimiento de los contratos, a fin de no sacrificar los intereses de un comprador injustamente privado del bien que adquirió, por situaciones jurídicas anteriores al contrato".

Cita los pasajes de un tratadista colombiano que, siguiendo la doctrina de dos expositores españoles, opina que, "las privaciones de dominio provenientes de la administración" deben regirse, a falta de normas expresas sobre el particular, por las que regulan la evicción en el Código Civil.

Con todo, el Tribunal considera que la acción de saneamiento por evicción de la cosa comprada no puede ejercitarse sino cuando ha sido declarada por sentencia judicial, no por procedimiento administrativo en que la rapidez de él y la naturaleza del sumario impiden el cumplimiento de los requisitos necesarios para configurar dicha acción.

Pero el comprador a que se prive del bien adquirido, además de la acción de saneamiento, cuando ha sido evicto por sentencia judicial, tiene la de resolución del contrato consagrada en el artículo 1546 del C. Civil, si el objeto no pertenece al vendedor, o si estuviere gravado con garantías anteriores al contrato.

Encuentra que, si bien el actor en la parte petitoria de la demanda dice que el actor fue privado del automóvil objeto del contrato sub lite por sentencia del Juzgado de Aduanas, "por la relación de hechos y por el texto mismo de las peticiones de condena, implícitamente puede considerarse formulada la acción de resolución por incumplimiento del contrato de compraventa".

Copia de los apartes de una sentencia de la Corte acerca de la intrascendencia que tiene el error del demandante en la cita de las normas como origen del asiento de la acción, porque con ellas no se transforman ni destruyen los hechos ya realizados, ni los efectos jurídicos de esos hechos, producidos concretamente en el ámbito de esa norma.

Halla en los autos que Wilkie adquirió por compra de la sociedad demandada el automóvil Chrysler por la suma de siete mil doscientos cincuenta pesos ($7.250.oo), de los cuales había pagado cinco mil setecientos cincuenta pesos ($5.750.oo), y que el 20 de enero de 1.953 existía a su cargo un saldo de mil quinientos pesos ($1.500.oo) "representados en dos letras de cambio cada una por la suma de mil pesos".

Para el Tribunal, como Wilkie había otorgado en garantía del pago del saldo del precio pendiente las dos letras, que la sociedad vendedora había recibido como parte del precio, "bien puede aceptarse que el comprador había cumplido la principal obligación a su cargo". La iniciación del juicio ejecutivo con base en los instrumentos negociables no significaba la pérdida de los derechos del comprador sobre el bien embargado, "ya que el juicio ejecutivo solo termina con la extinción de la obligación".

De todos modos se adelantaba el juicio ejecutivo contra Wilkie, cuando el 20 de septiembre de 1.953 el automóvil fue decomisado por el Comando del Resguardo de la Aduana Interior de Bogotá, y luego, el juzgado de Aduanas, por auto de 29 de octubre de 1.954, decretó el remate del mismo, "por una causa anterior al contrato de compraventa relacionada con el delito de contrabando a la renta de Aduanas de que aparecía responsable el Gerente de la sociedad vendedora".

Basándose en el artículo 740 del C. C. que, como primer requisito de la tradición válida, exige que el tradente sea dueño de la cosa y en doctrina de la Corte, conforme a la cual, si el vendedor no es dueño, "no puede efectuar una tradición válida, falta el cumplimiento de una de las obligaciones que le corresponden", (T-LXXXI pág. 143) deduce de esto que la tradición del automóvil expresado "hecha por la compañía vendedora al señor Jack F. Wilkie careció de uno de los requisitos esenciales o sea tener la propiedad de la cosa".

Al respecto estudia los documentos aducidos por la parte demandada, de los cuales aparece que el automóvil Chrysler "fue introducido al país por el coronel Luis A. Walsh Jr. miembro de la misión militar norteamericana, con exención de derechos aduaneros, para su servicio exclusivo y sin poderlo enajenar"; que el 1º. de enero de 1.949 aparece registrado en el comando del ejército como de propiedad de dicho coronel; que éste, valiéndose de las placas oficiales del Ministerio de Guerra, lo empadronó en la Dirección de Transportes y Tarifas del Ministerio de Obras Públicas, y luego lo matriculó en la Dirección de Circulación y Tránsito de Bogotá con placa número 9581, formalidades que lo pusieron en términos de poder enajenarlo sin complicaciones, pues ya en apariencia tenía arreglada la documentación del vehículo, "cosa que logró con fraude de las rentas nacionales como lo demuestra el decomiso del carro por las autoridades aduaneras".

Termina el Tribunal la motivación del fallo así:

"Dedúcese de lo expuesto que no habiendo cumplido la sociedad vendedora con la obligación de entregar en forma legal la cosa vendida, prospera la acción resolutoria del contrato de compraventa del automóvil materia del presente juicio".

Inconforme la sociedad demandada con la decisión del Tribunal Superior la impugnó con el recurso extraordinario de casación que procede a resolverse.

Cinco cargos contiene la demanda en que se funda el recurso: en el primero se acusa la sentencia de incongruencia; en el segundo, de violación indirecta de normas sustantivas a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas; en el tercero, el cuarto y el quinto, de infracción directa de preceptos sustanciales.

Se considera solo la censura cuarta que está llamada a prosperar.

Cuarto cargo.

Está formulado así: "Violación de los artículos 215 y 217 del Código de Comercio, que no se aplicaron, y se infringieron así, por omisión, de los artículos 1608, 1609, y 1546 del C. Civil, que igualmente dejaron de aplicarse, y del artículo 471 del C. Judicial".

Con miras a demostrar la tacha, transcribe las normas invocadas del código de comercio, y una definición de dación en pago. Expone que conforme al artículo 94 del C. de Comercio, los llamados instrumentos negociables, como las letras de cambio, pagarés, etc. son efectos de comercio transmisibles por endoso.

La tesis que encierran las normas comerciales citadas es la de que "no se extingue por novación, sino por el pago efectivo y sólo cuando este se realice, la obligación que simbolizan o representan los instrumentos negociables que se dan en pago, y, por tanto, mientras no se recojan dichos instrumentos, el deudor (otorgante, girador, aceptante, endosante, etc.) no cumple con la obligación primitiva que tales efectos de comercio garantizan, como así lo han entendido permanentemente la doctrina y la jurisprudencia".

Copia el acusador del artículo 1068 del C. Civil la parte que considera en mora al deudor que no ha cumplido su obligación dentro del término estipulado; el 1609, ibídem, que priva al deudor moroso en las relaciones jurídicas bilaterales "de las acciones que, de haber cumplido, tendría contra el otro contratante", aplicación del consabido principio de que la mora purga la mora. Añade que el artículo 1546 del C. Civil concede la acción resolutoria a favor del contratante que ha cumplido o estuvo listo a cumplir sus obligaciones, no del moroso.

Pasa luego a ocuparse del paso del fallo donde el Tribunal estima que Wilkie, con el giro de las dos letras de cambio para garantizar el saldo pendiente de mil quinientos pesos, cumplió con la prestación a su cargo.

Advierte así violadas directamente las normas sustantivas citadas, por cuanto de los hechos aceptados por el sentenciador se dedujeron conclusiones abiertamente contrarias a aquellas, las cuales le obligaban a declarar probada la excepción de petición antes de tiempo o la de carencia de la acción que competía al demandado por virtud de existir un saldo pendiente del precio.

LA CORTE CONSIDERA:

Son elementos integrantes de la acción resolutoria de los contratos bilaterales que quien la instaure haya cumplido o haya estado listo a cumplir las obligaciones a su cargo nacidas del convenio, y que el demandado no haya cumplido con las suyas (Art. 1546 del C. C.). Faltando en el actor el supuesto de su cumplimiento, la acción está llamada a fracasar en razón de estructurarse la excepción de contrato no cumplido, non adimpleti-contractus, consagrada en el artículo 1609 del estatuto civil, conforme al cual en dichos contratos "ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no le cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

El Tribunal, está visto, admite que la compañía vendedora no cumplió con la obligación de transferirle al domicilio del automóvil al comprador Wilkie, y que este, en cambio, sí cumplió con el pago del precio al girarle por el saldo de mil quinientos pesos que tenía pendiente en 20 de enero de 1.953, dos letras

de cambio por mil pesos cada una, que extendió "para garantizar el saldo pendiente de un mil quinientos pesos, y que la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores había aceptado como parte del precio".

La prestación contraída por el comprador era la de pagar el precio de $ 7.250.oo, por parte del cual aparecen giradas por el mismo a favor de la compañía vendedora dos letras de cambio el 25 de septiembre y el 28 de octubre de 1.951 por mil pesos cada una, pagaderas el 30 del mismo septiembre, la primera, y el 31 de octubre, la segunda. El saldo pendiente en 20 de enero de 1.953 era de mil quinientos pesos ($ 1.500.oo), por el cual, y con base en las letras, se adelantaba ejecución contra Wilkie en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Bogotá. En definitiva, Wilkie debía dos mil pesos en dinero por saldo del precio del carro cuando giró las letras.

Se debe estudiar y resolver si, como lo expresa la sentencia acusada, con el otorgamiento de los dos instrumentos negociables por Wilkie y el recibo de ellos por la sociedad vendedora, aquel cumplió con su obligación de pagar el precio. En otras palabras, si con la entrega de las letras se efectuó una dación en pago o novación que extinguiera la obligación de pagar el comprador el saldo del precio estipulado en el contrato de venta del automóvil.

Sea de tener en cuenta que el Juzgador en el considerando al respecto afirma que "Jack F. Wilkie había otorgado los dos instrumentos negociables para garantizar el saldo de un mil quinientos pesos", y que la Sociedad Importadora de Vehículos Siva Ltda. "había aceptado como parte del precio los instrumentos negociables mencionados", de donde deduce que el comprador había cumplido con su obligación principal de pagar el precio.

Sabido es que las partes contratantes por convenio pueden sustituir la cosa debida por otra, y que entregada la nueva cosa acordada, se efectúa una dación en pago que extingue la primitiva obligación. Pero como la sustitución o cambio del bien debido es consecuencia del acuerdo entre las dos partes, es indispensable, que haya este acuerdo, es decir, que el acreedor y el deudor hayan convenido en que la obligación pendiente se cancela con la entrega de la nueva cosa pactada. De lo contrario, no puede decirse que haya dación en pago o novación, y, por consecuencia, extinción de la obligación debida.

Si en el caso sub judice, como reza el fallo, el comprador Wilkie entregó las letras en garantía del pago del saldo pendiente, y la compañía vendedora las recibió como parte del precio, no hubo acuerdo en cuanto al alcance o poder liberatorio que los instrumentos llevaran consigo.

Corresponde entonces examinar si a la luz de los preceptos que el recurrente cita como violados, los efectos de comercio recibidos por el vendedor cancelaron el saldo pendiente del precio.

Los artículos 215, 216 y 217 del C. de Comercio, de los cuales el recurrente solamente invoca como violados el primero y el tercero, señalan los casos que estos instrumentos pueden constituir dación en pago, o novación, por cuanto el cambio de objeto de la obligación debida constituye una novación objetiva.

De estas normas los artículos 215 y 216 no son aplicables al litigio: el primero contempla el evento en que la dación en pago de efectos de comercio se verifique en cumplimiento de un pacto accesorio, y no produce novación, "aún

cuando la obligación que supongan los efectos de comercio no pueda coexistir con la obligación de que procede la deuda". Parte esta norma de la existencia de una obligación principal, que sería aquí la venta del automóvil, y un pacto accesorio, tomado no con el alcance de acuerdo que tenga por objeto asegurar o garantizar el cumplimiento del principal, sino más bien, en sentido amplio, de acuerdo que establece alguna modalidad o modificación de la obligación principal.

Existiendo el convenio accesorio en estas condiciones, la dación de efectos de comercio en cumplimiento del pacto accesorio no extingue la obligación principal, como sería, si vendido el automóvil a plazo, hubieran convenido luego las partes en que el precio lo invirtiera el comprador en adquisición de papeles de bolsa, y este en lugar de tales papeles le diera al vendedor después algún instrumento negociable. Es evidente que la extinción de la obligación de adquirir acciones nacida del pacto accesorio no llevaría consigo la de la deuda principal, porque lo principal no sigue la suerte de lo accesorio. Pero en el negocio sub lite las letras de cambio no se dieron para cumplir un pacto accesorio cuya existencia no mencionan siquiera la demanda ni la sentencia. No es, pues, aplicable el artículo 215 a la controversia aquí planteada.

Tampoco lo sería el artículo 216, que también habla, en primer lugar, de dos contratos principal y accesorio incompatibles entre sí, y, en segundo, de que los instrumentos, objeto de la dación, sean al portador, evento que tampoco se presenta en el presente negocio.

El artículo 217 dice: "Si los efectos de comercio entregados por consecuencia de un nuevo convenio fueren transmisibles por endoso, se presumirá que la aceptación de ellos lleva la condición de ser pagados. La novación en este caso no se perfeccionará sino por la realización de ser pagados".

Contempla aquí la ley solamente el convenio por virtud del cual la parte deudora entrega a la acreedora en pago de la deuda pendiente instrumentos transmisibles por endoso, que son los llamados a la orden, sin que hayan pactado expresamente que por esa entrega se efectúe una novación. En este supuesto, hay una presunción legal de que la aceptación del instrumento negociable lleva la condición de ser pagado, o sea, que la primitiva obligación queda pendiente hasta tanto no se haya cubierto el de comercio.

En cambio, la dación de instrumentos negociables al portador, en los supuestos contemplados por el artículo 216 del del Código de Comercio, sí comporta la novación.

En sentencia de 30 de agosto de 1.915 dijo la Corte: "Que por virtud de la dación de letras de cambio en pago imputable al crédito de C ..... nació ciertamente un pacto de cambio..... pero cierto es también que no pudo afectar con novación el contrato principal, por el solo hecho del giro, porque aquellos efectos de comercio no eran al portador, condición indispensable para que en este caso pudiera aquel pacto originar novación (artículo 216 del Código de Comercio)". T. XXV pág. 130.

La razón por la cual, según los artículos 215 y 217 del C. de Comercio, la letra de cambio y el pagaré a la orden no son susceptibles de constituir precio, es la de que ellos, en sí mismos, económica y jurídicamente considerados no son dinero, sino simples instrumentos de crédito, motivo por el cual se presume que

al ser entregado un efecto de comercio de esta clase, las partes no entienden que en razón de él la deuda preexistente quede extinguida, a menos que expresamente estipulen lo contrario.

Las letras que el actor Wilkie giró a favor de la sociedad vendedora del automóvil por el saldo del precio y que el sentenciador tuvo en cuenta, son a la orden; por lo mismo, no tenían la virtualidad de extinguir el saldo que de la venta tenía a su cargo el comprador demandante, cuando se notificó de la demanda.

Siendo esto así, es manifiesta la falta de aplicación tanto del artículo 217 del C. de Comercio, como de los artículos 1546 y 1609 del C. Civil por el sentenciador: del primero de estos, porque la acción de resolución del contrato se da en favor del contratante que ha cumplido con las obligaciones a su cargo, y el segundo, dado que, si el actor no se halla en dicha situación o en la de estar listo a cumplir sus prestaciones, el demandado que tenga pendiente alguna de las suyas, no está en mora de su cumplimiento, condición indispensable para la prosperidad de la acción resolutoria, porque conforme a conocido principio, la mora de uno de los contratantes purga la del otro. Se configura así la excepción perentoria temporal de contrato no cumplido, exceptio non adimpleti contractus, que impedía al sentenciador hacer las declaraciones impetradas.

La sentencia debe casarse, para proferir la que debe reemplazarla, en consonancia con lo expuesto.

SENTENCIA DE INSTANCIA:

El Juzgado en el fallo de primer grado consideró que, no siendo Wilkie dueño del automóvil, no podía sufrir evicción. En consecuencia declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción, y absolvió al demandado de todos los cargos que se le formularon en el libelo. A esta conclusión llegó el Juzgado basado en un documento que aparece suscrito por la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva S. A. y Wilkie el 25 de septiembre de 1.951, pero que no fue presentado con la contestación de la demanda ni en ninguna de las oportunidades de que trata el ordinal 2º. del artículo 597 del C. Judicial, según el cual la sociedad vendedora se reservaba el dominio y posesión del automóvil hasta que el comprador hiciera el pago total del precio.

No habiéndose traído al expediente el documento en referencia en la forma prescrita por el artículo 597 citado, no podía estimarlo el fallador para deducir que el demandante no tenía el dominio del carro y no podía, por consiguiente, sufrir evicción. Y en el supuesto de que esto fuera así, tampoco cabía declarar probada la excepción de carencia de acción, porque, constituyendo excepción perentoria "todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió", la inexistencia de acción o de derecho no puede configurar excepción, ya que, si el derecho no existe, mal puede ser desconocido ni extinguido. Lo que ocurre es que si la acción no se da, no puede hacerse la declaración que se pretende en la demanda.

Debe, por tanto, revocarse el primer aparte de la sentencia de PRIMERA INSTANCIA para declarar, en su lugar probada la excepción de contrato no cumplido.

También debe revocarse el segundo aparte en que absuelve a la compañía demandada de los cargos de la demanda, y declarar la desestimación de las peticiones hechas en el libelo.

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de veintitrés de noviembre de mil novecientos sesenta y uno pronunciada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario de Jack F. M. Wilkie contra la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Ltda. y, en su lugar

RESUELVE:

1º. Revócase la sentencia de primera instancia.

2º. Declárase probada la excepción de contrato no cumplido.

3º. Desestímanse las acciones instauradas en la demanda.

4º. Sin costas en las instancias y en el recurso.

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

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique Coral Velasco.- Enrique López de la Pava.- José Hernández Arbeláez.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR UN AUTOMOTOR A UNA CASA URBANA.

Casación. La Corte no puede suplir las deficiencias técnicas de la demanda.

No reune las condiciones mínimas para constituir un reparo en casación el cargo que se formule por violación indirecta, a través de equivocada valoración de la prueba pericial sobre el valor de los perjuicios, en que no se explica en qué consiste el yerro, ni se señala la disposición de la tarifa que por haberla violado el fallador incidiera en el quebrantamiento de norma de carácter sustancial. La Corte no puede suplir esas deficiencias, como podría suceder en instancia, y cuando el fallo sufre de esa falla está condenado al rechazo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1º. José del Cristo Bogotá demandó a la sociedad denominada "SOCIEDAD IMPORTADORA Y DISTRIBUIDORA AUTOMOTORA, SIDAUTO S. A.", representada por su Gerente Jorge Cruz R., para que se le condene a pagarle la suma de diez mil pesos moneda corriente, o la que se determine por medio de peritos, por concepto de los daños y perjuicios ocasionados a la casa urbana descrita en la demanda y de que es dueño el actor, por un vehículo automotor que en el libelo se afirma ser de propiedad de la sociedad demandada.

Relacionan los hechos que el día 17 de diciembre de 1.955, a eso de las doce de la noche, el bus con placa número 71816, "de propiedad de la Sociedad" antes mencionada, manejado por el chofer de dicha empresa Manuel Rodríguez Rangel, se estrelló contra la casa del demandante, por lo que esta quedó casi destruída, así como las instalaciones de luz y demás servicios. Desde entonces y por causa de esos daños, el dueño de la casa ha estado "privado del uso y goce de ella, así como del producido que le reportaba el arrendamiento de parte de la misma, lo que se traduce en lucro cesante".

No fue contestada la demanda. La sentencia de primera instancia denegó las peticiones y condenó en costas al actor. El segundo grado del juicio, tramitado por apelación de éste, en su parte resolutiva se concretó a decir, "confírmase la sentencia apelada", sin hacer referencia al juicio en que dictó la sentencia

recurrida, ni citar los nombres de las partes y ni siquiera la fecha de la sentencia apelada, olvidando que "en la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada uno de los puntos litigiosos ....", como perentoriamente lo ordena el artículo 471 del C. Judicial.

De la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el actor, y la parte demandada hizo oposición.

2º. Los juzgadores de instancia anotan que no se demostró en el proceso que la sociedad demandada, para la fecha de la presentación de la demanda y con anterioridad, fuera dueña del vehículo que causó el daño, o que estuviese bajo su responsabilidad; ni tampoco que Manuel Rodríguez Rangel fuera dependiente de la sociedad, como para poder deducir que cuando el accidente ocurrió, actuaba por cuenta y riesgo de la empresa demandada.

En segunda instancia se practicó inspección judicial que el Tribunal analiza y no encuentra eficaz para demostrar la afiliación del vehículo a la Empresa Sidauto. Dice: "si en gracia de discusión se aceptara que del modo observado quedó establecida una subordinación del bien a la sociedad en virtud de la cual asumió ésta para con terceros todas las obligaciones a cargo de su dueño, se encontraría otro obstáculo para el éxito de la acción....", el de que "no está probado que el señor Manuel Rodríguez Rangel fuera empleado o dependiente de la sociedad" y, agrega que, a pesar de la declaración de éste, en que afirma que si desempeñaba ese oficio la noche del estrellamiento, sólo existe esa atestación sobre el particular, que por sí sola no constituye plena prueba y que, además, "Según lo declara el tantas veces citado Ramírez (sic) Rangel y lo acepta la providencia proferida por la Inspección de Circulación (fl. 9 del C. Nº. 1), él no accionaba la máquina cuando se produjo el accidente pues 'quien manejó esa noche de los sucesos, fue el señor Abraham Forero que no es siquiera chofer de vehículos y éste abusivamente prendió el carro y ocasionó los destrozos descritos de la casa'".

3. Presenta la demanda de casación dos cargos, así:

a) "Ser la sentencia indirectamente violatoria de la ley, segunda causal de la primera causal del artículo 520 del C. J., vale decir, proveniente de apreciación errónea o falta de apreciación de determinadas pruebas en que incurrió el Tribunal, tanto por error de derecho como de hecho, errores que aparecen de modo manifiesto en los autos". Se pretende sustentar el cargo repitiendo que el bus tantas veces mencionado, causó la destrucción casi total de la casa y que siendo esto así y, como el Tribunal absolvió a la Empresa de los cargos de la demanda "infringió las disposiciones sustantivas contenidas en el Título 34, Libro 4o. del Código Civil, señaladamente la contenida en el artículo 2347...." y que, como el bus estaba "al cuidado de un empleado de la Empresa demandada, luego es obvio concluir que ella es la responsable indirecta de esos daños que debe pagar por el justiprecio que hicieron, de común acuerdo los peritos nombrados por las partes, según consta de autos. De donde se deduce lógica, legal y jurídicamente, que el Tribunal ha infringido o violado la ley indirectamente....".

La Corte considera que el anterior cargo no reune las condiciones mínimas para constituir un reparo en casación. Es por violación indirecta, a través de equivocada valoración, al parecer de la prueba pericial sobre el valor de los perjuicios, y no explica en que consiste el yerro, ni señala la disposición de la tarifa que por haberla violado el fallador incidiera en el quebrantamiento de norma

de carácter sustancial. La Corte no puede suplir esas deficiencias, como podría suceder en instancia, y, cuando el cargo sufre de esa falla está condenado al rechazo.

b). Por error de hecho, en razón de que el Tribunal no apreció los elementos de prueba que la demanda enumera, porque si lo hubiera hecho habría dado aplicación al artículo 594 del C. J.

Viciado de la misma anomalía del anterior es este cargo. Si en aquél no se citó la disposición medio, ahora deja de indicarse la de carácter sustancial que el pretendido error de hecho hubiera violado. Y, además, el Tribunal, al encontrar que no estaba demostrado que la Empresa era dueña del vehículo que causó el daño y, ni siquiera, de estar afiliado y las condiciones de la afiliación, no tenía para qué entrar en estudio de pruebas demostrativas del monto de los perjuicios, lo que por otra parte sí hizo, descartándose también la posibilidad del error pretendido por tal aspecto.

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 Bogotá, de fecha trece (13) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida en el juicio ordinario propuesto por José del Cristo Bogotá contra la Empresa de buses Sidauto Ltda., sobre pago de perjuicios.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario

INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS

Interpretación y alcance del artículo 268 del C. C. A. Deducción del monto de la valorización.

En sentencia de 14 de febrero de 1.963, la Corte, en juicio de Egidio Consonni contra el Municipio de Cali, al referirse al artículo 278 del C. C. A. expresa lo siguiente:

"Pero, en la aplicación de dicho texto en los procesos que se adelantan sobre esta materia ante las autoridades judiciales, debe observarse:

"a) Que la disposición se ordena a que el avalúo pericial de la tierra comprenda, pero separadamente, la valorización de la misma, causada por los trabajos públicos, ya que ordena deducir de la indemnización el mayor valor señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el expropiado no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plus valía alcanzada por la misma zona con ocasión de los trabajos públicos.

"b) Si los peritos no cumplen con estimar separadamente el mayor valor alcanzado por la tierra ocupada, por razón de las obras y se refieren al valor total actual, el artículo 268 del C. C. A. hace una estimación de antemano: el veinte por ciento de la indemización". Y

"c) Si los peritos se limitan a determinar el valor que el terreno tenía cuando ocurrió la ocupación, no habrá lugar a deducir, por sustracción de materia, el veinte por ciento de la valorización".

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cedavid).

Juicio ordinario de Rafael Arango Ochoa y Jesús Pérez Ochoa contra el Municipio de Envigado.

-I-

ANTECEDENTES

Rafael Arango Ochoa y Jesús Pérez Ochoa, en demanda de quince (15) de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve (1.959) piden al Juzgado Primero

del Circuito Civil de Medellín que haga los siguientes pronunciamientos en contra del Municipio de Envigado, a saber:

"a) Que el Municipio de Envigado ocupó de manera permanente, con ocasión de trabajos públicos consistentes en la prolongación de la carrera 22 entre calles 17 y 18, sin expropiación ni indemnización previa, un inmueble de propiedad de los señores Rafael Arango Ochoa y Jesús Pérez Ochoa, de una extensión de 550-62 varas cuadradas, delimitadas así: 'Por el oriente, 35-18 varas; por el norte 14 varas; (calle 18) por el sur carrera 22, 16-25 varas y por el occidente, lindando con los señores Arango y Pérez, 4348 varas'.

"b) Que como consecuencia de los trabajos públicos ejecutados por el Municipio de Envigado para la prolongación de la carrera 22, debe por concepto de indemnización a los señores Rafael Arango Ochoa y Jesús Pérez Ochoa, la suma de treinta y siete mil pesos ($37.000.oo), o la cantidad que en el curso del juicio se probare, más los intereses corrientes de esa suma desde el momento en que se verificó la ocupación hasta el momento en que el pago se efectúe".

Los hechos constitutivos de la causa petendi son, en sustancia, los siguientes:

Que los demandantes adquirieron por medio de la escritura número ciento treinta y cinco (135) de veintidós (22) de enero de mil novecientos cincuenta y siete (1.957), de la notaría séptima de Medellín, el lote de terreno, situado en el paraje "El Guáimaro" del Municipio de Envigado, por los linderos que en dicha escritura y en el hecho primero de la demanda se determinan.

Que el registro de la escritura se verificó en la Oficina correspondiente, en el Libro 1º. Impares, tomo 3, al folio 197, bajo el nº. 1.110, el 11 de febrero de 1.957; y fué debidamente anotada en la Matrícula.

Que desde el mes de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1.957), el Jefe de Valorización del Municipio de Envigado, con obreros de esa dependencia, y ejecutando órdenes de la Junta Municipal de Valorización del mismo Municipio, adelantó trabajos y obras necesarias para la prolongación de la carrera 22, entre calles 17 y 18, del citado Municipio.

Que "con ocasión de los trabajos públicos que implicaba la prolongación de la carrera 22, el Municipio ocupó de manera permanente, sin expropiación ni indemnización previa, una parte del inmueble adquirido por los demandantes", en la forma antes expresada.

Que el total de la porción ocupada permanentemente por el Municipio de Envigado, según constancia de la misma Oficina de Valorización, fué de 550-18 varas cuadradas, delimitada así: "Por el oriente, 35-18 varas; por el norte 14 varas; (calle 18) por el sur carrera 22, 16-22 varas y por el occidente, lindando con los señores Arango y Pérez, 4348 varas".

Que para efectuar la prolongación de la carrera referida, y en virtud de conversaciones y trámites llevados a cabo entre demandantes y el Municipio demandado, referente al monto de la indemnización que había de pagárseles, ordenaron la demolición de un establecimiento industrial.

Que las gestiones encaminadas a obtener la indemnización de perjuicios, en forma amigable, no culminaron de manera satisfactoria.

Que consideran que el monto de los perjuicios asciende a la suma de treinta y siete mil pesos m/c. ($37.000.oo), así: $22.000.oo por el valor del terreno y $15.000.oo, por concepto de "indemnización de los perjuicios resultantes de la demolición del local industrial que explotábamos".

De la demanda se dió traslado al Municipio demandado quien por conducto del Personero Municipal le dio respuesta negando la casi totalidad de los hechos, diciendo de otros que no son exactamente ciertos, y oponiéndose perentoriamente a que se hagan los declaraciones solicitadas, y manifestando que "conviene desde ahora decir que al través de las citas de normas de derecho positivo que se hacen se denuncia la involucración indebida de acciones atribuyendo asientos jurídicos contradictorios, y en todo caso excluyentes, a la pretendida obligación que quiere descargarse contra el distrito".

El veintiuno (21) de agosto de mil novecientos sesenta y uno (1.961), se dictó sentencia de primera instancia por medio de la cual se negó el Juzgado a hacer las declaraciones solicitadas, y se condenó en costas a los demandantes.

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de catorce (14) de agosto del año de mil novecientos sesenta y tres (1.963), revocó la del Juzgado, y, en su lugar, declaró:

Que el Municipio de Envigado ocupó de manera permanente, con destino a la prolongación de la carrera 22 entre calles 17 y 18, del área urbana de dicho municipio, un lote de terreno de 481.25 v2, de pertenencia de los demandantes, y que hace parte del inmueble a que alude la escritura 135 de 22 de enero de 1.957, de la notaría séptima de Medellín;

Que el Municipio de Envigado debe pagar a los demandantes, por el concepto indicado, la suma de nueve mil seiscientos veinticinco pesos m/c. ($9.625oo), con intereses del seis por ciento (6%) anual, desde el (15) de junio de mil novecientos cincuenta y siete (1 957), hasta que se verifique el pago;

Que no se condena a pagar otra clase de perjuicios;

Que los demandantes "deben hacerle escritura pública al Municipio de Envigado (para la Oficina de Valorización), de la faja de terreno determinada en el numeral primero";

Que se declaran no probadas las excepciones propuestas; y

Que no se condena en costas.

Por inconformidad de la parte demandada, se propuso recurso extraordinario de casación contra la providencia del Tribunal; y de él se ocupa la Corte en esta ocasión.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal expone varias consideraciones fundamentales para afianzar su decisión, y entre ellas se destacan las siguientes:

Que en la Inspección Ocular que se practicó en la segunda instancia del proceso "se subsanaron las omisiones que anotó el Juzgado", pues se demostró: que los demandantes son dueños del respectivo lote de terreno; la ejecución de

la obra pública por parte del Municipio de Envigado; la evidencia del perjuicio irrogado a los demandantes; la identificación del lote de terreno ocupado por el Municipio con las obras públicas mencionadas; y aun la cuantía de esos perjuicios.

Se refiere enseguida a la prueba pericial practicada también con motivo de la inspección ocular y dice que de los dictámenes periciales se deducen estos hechos:

"1o. El lote de terreno comprado por los demandantes según escritura número 135 de 22 de enero de 1.937 (sic), de la Notaría Séptima de Medellín, está debidamente identificado y tiene un área de 1.477-75 v2.

"2o. El área del lote ocupado por el Municipio de Envigado, con ocasión de la prolongación de la carrera 22 entre las calles 17 y 18, sin expropiación ni indemnización previas, es de 418-25 v2 y está comprendido dentro del lote indicado inmediatamente antes. También está debidamente identificado.

"3o. El valor de este último lote a $50.oo la vara cuadrada, precio actual, es de $24.062.50.

"4o. El lote de la escritura número 135 citada, fué comprado por los demandantes en la suma de $8.000.oo y por consiguiente salió a $5.50 la vara cuadrada.

"5o. Después de prolongada la carrera, al poco tiempo de la compra que hicieron los demandantes, éstos vendieron tres lotes de ese inmueble a $20.oo la vara cuadrada.

"6o. El lote de terreno ocupado por el Municipio de Envigado para la prolongación de la carrera 22 entre las calles 17 y 18, tiene un área de 481-25 v2, y en el mes de junio de 1.957 cuando lo ocupó valía a $20.oo la vara, es decir $9.625.oo.

"7o. No fué posible a los peritos, con los datos que ofrece el expediente, fijar suma alguna por concepto de los perjuicios resultantes de la pretendida demolición del local industrial que se dice explotaban los demandados (sic) exitosamente".

Deduce del acervo probatorio que se han reunido los presupuestos necesarios para la prosperidad de la acción y que, en consecuencia, debe dictarse sentencia de condena en contra del Municipio demandado, acogiendo la demanda en cuanto a la obligación de pagar el valor de la faja de terreno ocupada de modo permanente, pero negando la obligación de pagar los otros perjuicios demandados.

Y para finalizar su providencia el Tribunal expresa que "Como la entidad demandada insinúa la existencia de la excepción denominada acumulación o involucración indebida de acciones, se advierte que el Tribunal no halla justificados los hechos que constituyen excepción dilatoria o perentoria alguna; por consiguiente la que se insinuó al afirmar que 'al través de las citadas normas de derecho positivo que se hacen se denuncia la involucración indebida de acciones atribuyendo asientos jurídicos contradictorios, y en todo caso excluyentes, a la pretendida obligación que quiere descargarse contra el Distrito', tampoco está justificada y no se puede reconocer".

- III -

LA IMPUGNACION

Se ataca la sentencia del Tribunal, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., por infracción indirecta de ley sustantiva, consistente en error de hecho en la apreciación de pruebas"; y se destaca como norma sustancial violada, el artículo 268 del C. C. A.

Para fundamentar el cargo expone el recurrente:

"Conforme al texto del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, en los casos de indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada, se presentan los siguientes eventos:

"a) Avalúo pericial de la tierra al momento de producirse la ocupación, caso en el cual la indemnización se reduce al pago de monto;

"b) Avalúo pericial de la tierra después de producirse la ocupación, esto es el mayor valor alcanzado por la tierra con ocasión de los trabajos públicos, caso en el cual la indemnización será el valor de la zona ocupada menos la que valía alcanzada por la misma con ocasión de los trabajos públicos, y

"c) Avalúo pericial actual de la zona ocupada, caso en el cual se hace la deducción del veinte por ciento (20%) de la indemnización".

Con arrimo a las mociones anteriores, el impugnante censura la sentencia del juzgador de instancia, y, al respecto dice:

"En el caso presente, los peritos avaluaron la zona de terreno ocupada por el municipio de Envigado así: $5-50, $20.00 y $50.00 la vara cuadrada..... para los tres momentos indicados en los apartes a), b) y c). No obstante la claridad del concepto pericial, el H. Tribunal Superior de Medellín en la sentencia acusada incurrió en evidente error en su apreciación al fijar en $20.00 la vara cuadrada al producirse la ocupación, siendo que ésta lo era de 5-50, infringiendo así el artículo 722 del C. J., según el cual el dictamen pericial hace plena prueba; infracción medio que conlleva a la violación del artículo 268 del C. C. A. Por tanto, estima la Procuraduría, que habiéndose determinado por los peritos el valor que el predio tenía cuando ocurrió la ocupación, la indemnización reglada por el artículo 268 del C. C. A. debe limitarse únicamente a este valor, esto es, a la suma de dos mil seiscientos cuarenta y seis pesos con ochenta y siete centavos ($2.646.87), producto resultante de multiplicar 481-25 varas cuadradas (zona ocupada por el Municipio de Envigado) por $5-50 que es el precio por vara cuadrada al momento de producirse la ocupación".

Y agrega el recurrente que el Tribunal, "Como consecuencia del error de hecho en la apreciación de la prueba" infringió el artículo 722 del C. J., "infracción medio que determinó la violación del artículo 268 del Código Contencioso Administrativo, que como lo ha sostenido esa H. Corte Suprema 'rige en los casos de indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada, no obstante que la competencia para conocer de tales asuntos sea de la justicia ordinaria' (Sala de Casación Civil -Sentencia de 14 de febrero de 1.963- Egidio Consonni contra el Municipio de Cali)".

Finaliza el cargo manifestando que la violación indirecta de la ley sustancial llevó al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín a condenar al Municipio de Envigado "al pago de una suma en la cual se conjugan el valor de la zona ocupada por el Municipio para la prolongación de la carrera 22 y la plus valía obtenida por la misma zona con ocasión de dicha prolongación".

SE CONSIDERA:

En el caso presente el avalúo pericial de la faja de terreno ocupada por el Municipio para la prolongación de la carrera 22, y al tiempo de dicha ocupación, fué el de $20.00 la vara cuadrada, o sea un total de nueve mil seiscientos veinticinco pesos m/c. ($9.625.00).

En efecto, el perito Jiménez M. dictaminó así, en lo pertinente: "Se pide a los peritos el avalúo de la faja objeto del litigio, a la fecha de la ocupación y teniendo en cuenta la situación de enclavamiento en que se encontraba el predio y el expedito comercio que sus dueños (los demandantes) abrieron al resto de la propiedad al dejar libre la faja para el tránsito, entre las calles 17 y 18.

"El valor de la faja en 1.957, como se dijo, era de veinte pesos ($20.00) la vara cuadrada.

"La apertura de la vía implicó una valorización de los terrenos enclavados, o sea, los predios vendidos a Alberto Vásquez, Angel Rendón y María Estella Rendón, predios que quedaron con frente a la carrera 22 y aptos para su edificación. Esa valorización la estimó en la cantidad de catorce pesos ($14.00) para el año de 1.957, por vara cuadrada de terreno, una vez abierta la vía.

"Para el recto entendimiento de este dictamen, me permito explicar lo siguiente: La faja ocupada por la carrera 22, representaba una parcela perfectamente aprovechable, ya que da frente a la calle 18. Por tal motivo, el precio de la faja, por vara cuadrada era, en 1.957, de veinte pesos ($20.00). En cambio los terrenos que hoy ocupan las casas y locales de Alfonso Ruiz (antes Alberto Vásquez), Angel Rendón y María Estela Rendón, por estar enclavados, su valor en el año de 1.957, era considerablemente inferior, estimado en seis pesos ($6.00) por vara cuadrada. Se valorizó al quedar con frente a una vía pública nueva, en la cantidad dicha, de catorce pesos ($14.00) por vara cuadrada. El precio de estos lotes, abierta la vía, quedó también de $20.00 la vara".

El perito Franco dice: "..... estimo que para aquel entonces el valor unitario era el de $20.00 la v2, por lo cual el monto total ascendía a la suma de $9.625.00". Y con respecto al interrogatorio de la parte demandada, expresó: "En 1.957 el precio de la faja fué avaluado por los Peritos de Valorización a $20.00 la v2. Antes de abrir la Carrera el precio de acuerdo con mi estudio era de $5.50 y el precio en este momento es el de $50.00".

Y el perito tercero expresó: "En cuanto al valor de la vara cuadrada de terreno antes de abrir la carrera 22 la estimo en cinco pesos con cincuenta centavos ($5.50) m/l, en el mencionado terreno de los demandantes; después de la apertura de la carrera 22 su valor era de veinte pesos ($20.00) m.l. la vara cuadrada, por lo cual se obtuvo una valorización de catorce pesos ($14.00) por vara cuadrada por el hecho de abrir dicha carrera. El valor actual es de cincuenta pesos ($50.00) m. l".

Es cierto que los peritos hablan de un precio de $5.50 la vara cuadrada, pero se refieren a una época anterior a la ocupación de la faja por parte del Municipio, no al momento de su ocupación, ya que en otro aparte de su dictamen el perito Franco dice que "Así pudimos saber que el lote comprado daba una área total, de 1.477.75 varas cuadradas y como tuvo un costo de $8.000.00 viene a salir costando cada vara antes de hacer la carrera a $5.50".

En el caso presente los peritos tuvieron en cuenta, como lo dice Jiménez M., el valor de la faja ocupada para la prolongación de la carrera 22, y el valor del resto del lote de pertenencia de los demandantes, al tiempo de la ocupación de la faja, y después de la apertura de la vía o ejecución de las obras de prolongación de la carrera. En cuanto al valor de la faja, al tiempo de la ocupación, los peritos están de acuerdo en que su valor era el de $20.00 por vara cuadrada, como lo habían señalado los expertos de la Oficina de Valorización del Municipio demandado. En cuanto al valor del resto del terreno, los peritos Franco y Vieira le asignan como precio al tiempo de apertura de la carrera, cinco pesos, cincuenta centavos m.c. ($5.50), es decir el mismo precio de compra; y el perito Jiménez M. le asigna, para la misma época, el valor de $6.00 por vara cuadrada. Y todos le asignan el valor de $20.00 por vara cuadrada para después de la ejecución de los trabajos de apertura de la vía. Y, finalmente, todos le asignan al mismo terreno no ocupado, el precio de $50.00 por vara cuadrada, para la fecha de la inspección ocular.

Así fue como hizo la apreciación o interpretación de la prueba pericial el tribunal, en la sentencia acusada, pues que en ella se expresa: "Habrá de condenarse al Municipio al pago del valor de la faja de terreno, al precio que le fijaron los peritos para la época en que lo ocupó el Municipio, con los intereses legales desde esa fecha hasta el día en que se haga el pago.....".

Al obrar así no violó el Tribunal el artículo 722 del C. J., pues le dió a la prueba pericial el valor que tal dispositivo legal le señala, en cuanto al monto del valor de la faja, al tiempo de la ocupación. Y por consiguiente, no incurrió en error de hecho, pues que el sentenciador no supuso ninguna prueba inexistente en el juicio, ni omitió la prueba pericial de que se ha hablado. No incurrió tampoco en error de valoración probatoria, cargo que no fue planteado, pues le dió al peritazgo el valor que le corresponde conforme al artículo 722 del C. J.; y esta apreciación no es en manera alguna arbitraria ni merecedora de censura.

Como lo dice el recurrente, en sentencia de 14 de febrero de 1.963, la Corte, en juicio de Egidio Consonni contra el Municipio de Cali, al referirse al artículo 268 del C. C. A. expresa lo siguiente:

"Para, en la aplicación de dicho texto en los procesos que se adelantan sobre esta materia ante las autoridades judiciales, debe observarse:

"a) Que la disposición se ordena a que el avalúo pericial de la tierra comprenda, pero separadamente, la valorización de la misma, causada por los trabajos públicos, ya que ordena deducir de la indemnización el mayor valor señalado por peritos a la zona ocupada, a fin de que el expropiado no reciba a la vez el valor de la propiedad, anterior a los trabajos públicos, más la plus valía alcanzada por la misma zona con ocasión de los trabajos públicos.

"b) Si los peritos no cumplen con estimar separadamente el mayor valor alcanzando por la tierra ocupada, por razón de las obras y se refieren al valor

total actual, el artículo 268 del C. C. A. hace una estimación de antemano: el veinte por ciento de la indemnización".

Pues bien, en el presente caso, los peritos indicaron el valor de la zona ocupada para la prolongación de la carrera 22 entre calles 17 y 18; y señalaron este valor con relación a la fecha de la ocupación, es decir al tiempo de la iniciación de los trabajos públicos. No incluyeron en el precio señalado ninguna cantidad por concepto de valorización o plus valía. El Tribunal, al condenar al Municipio a pagar la debida indemnización, señaló el valor que tenía la faja al tiempo de la ocupación, colocándose dentro de la doctrina del literal c), antes mencionado y sin violar el artículo 268 del C. C. A.

En consecuencia, la censura no prospera.

RESOLUCION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha catorce de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1.963), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio seguido por Rafael Arango Ochoa y otro contra el Municipio de Envigado.

No hay lugar a costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Peva. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

PARTICION

Deberes del partidor cuando prospera el incidente de objeciones. Condiciones del cargo por violación de la ley. Casación. Límite de la autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria.

1. Si el Juez encuentra fundadas las objeciones, ordena al partidor rehacer la cuenta con observancia de las normas que se le hayan impartido en la sentencia que pone fin al incidente. El partidor en su nuevo trabajo debe tener presente y hacer lo que se le ordena en la sentencia; y por otra parte, debe mantener, en cuanto ello sea posible, el trabajo anterior en todo aquello en que no haya sido materia de objeción o de controversia entre los interesados partícipes de la herencia.

Pero el mantenimiento rígido y estricto del primitivo trabajo de partición no puede tenerse como un principio absoluto, por cuanto es necesario acomodar la nueva diligencia a los mandatos legales y a las normas que se hayan impartido con motivo del estudio de las objeciones. De allí que sea necesario en ocasiones modificar adjudicaciones hechas y no objetadas, pues que la partición tiene que ser un todo armónico en sus tres elementos integrantes de liquidación, distribución y adjudicación de la herencia, conservando como es necesario, la debida equidad en la formación de las hijuelas o lotes, para dar a cada asignatario lo que proporcionalmente le corresponda de acuerdo con su respectiva asignación hereditaria.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que cuando el incidente de objeciones a la partición se decide favorablemente, la partición que dió ocasión a él, resulta de hecho improbada, de manera que no podría alegarse derecho al mantenimiento de la parte no objetada, aun cuando como se ha dicho sea conveniente respetar hasta donde se pueda, siempre que no pugne con las modificaciones que hayan de introducírsele, en acatamiento de lo dispuesto en el auto que acepta las objeciones propuestas.

2. Cuando se impugna una sentencia por violación de la ley sustantiva civil consistente en haber apreciado erróneamente el sentenciador la prueba testimonial, y en no haber apreciado en su verdadero valor el contenido de la diligencia de secuestro, atañe al recurrente decir cómo debió ser apreciada la prueba testimonial, para deducir en qué pudo errar el Tribunal al hacer el análisis de valoración probatoria de esos elementos de convicción; e igualmente enunciar la norma medio, violada, para llegar a la conclusión de que se infringieron los cánones legales 762 y 766 del C. C. La omisión de estos requisitos acusa falta de técnica en la presentación del cargo, como lo tiene dicho en repetidas ocasiones la Corte.

3. Salvo arbitrariedad manifiesta en la apreciación probatoria, la Corte no puede entrar a modificar el criterio del Tribunal sobre el particular, pues, como lo dice la doctrina, éste goza de poderes discrecionales por lo que el debate se clausura en la instancia.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid)

Sucesion de Aquilino Pérez Bustos.

-I-

ANTECEDENTES

En su oportunidad se llevó a efecto la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión de Aquilino Pérez Bustos, cuyo juicio fue instaurado en el Juzgado Tercero del Circuito Civil de Ibagué. Este trabajo fue presentado el seis (6) de mayo de mil novecientos sesenta (1.960).

El curador de los menores María Susana, Pablo Emilio y Deysesy Castillo o Pérez, hijos naturales del causante, formuló las objeciones que se sintetizan así:

a) El partidor incluyó un pasivo que no fue inventariado ni avaluado; b) Incluyó en el activo unas partidas por concepto de arrendamiento y por valor de una montura que no fueron materia del inventario; c) No tuvo en cuenta la posesión por parte de los menores en la finca "Las Delicias", y les adjudicó en parte distinta a ella, con olvido del artículo 1394 del C. C., en concordancia con los artículos 2335, No. 2º, y 2338 ibidem; d) Incurrió en error aritmético, lo que dio ocasión a incluir en el activo una cantidad superior a los guarismos de los activos inventariados; y e) En las adjudicaciones hechas sobre la finca "Las Delicias", omitió relacionar, entre las mejoras, los usos, servidumbres y "concesión de aguas que constituye el factor de mayor valor del inmueble".

El apoderado de la cónyuge sobreviviente y de los demás interesados en la herencia, dió respuesta a las objeciones y se opuso a que fueran declaradas.

Previo el trámite correspondiente, y practicadas las pruebas que las partes consideraron oportunas, el Juzgado en providencia de cinco (5) de agosto de mil novecientos sesenta (1.960), decidió el punto litigioso declarando probada la cuarta objeción y rechazando las demás.

No habiendo prosperado el recurso de reposición interpuesto por el objetante, se surtió la apelación impetrada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en providencia de seis (6) de febrero de mil novecientos sesenta y uno (1.961), reformó la del inferior en el sentido de declarar probadas las objeciones primera, segunda, tercera y quinta, y confirmaría en cuanto a la aceptación de la cuarta.

Rehizo el partidor su trabajo y con fecha nueve (9) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1.962), lo presentó al estudio del juzgado, el cual dictó sentencia aprobatoria el once (11), de los mismos mes y año.

Apeló el representante judicial de la cónyuge y de los hijos legítimos del causante. El Tribunal después de oir las alegaciones escritas del recurrente, impartió su confirmación a la sentencia de primera instancia, lo que hizo con fecha veinticinco (25) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1.963).

Recurrió esta misma parte en casación, razón por la cual corresponde a la Corte estudiar los reparos que se oponen a la sentencia de segundo grado.

- II -

LA IMPUGNACION

Dos cargos se formulan contra la providencia, con base en las causales segunda y primera del artículo 520 del C. J.

Primer cargo

Se acusa la sentencia "con base en el numeral 2o. del artículo 520 del C. Judicial, esto es, 'por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes'".

Como fundamentos del cargo aduce el recurrente los siguientes argumentos:

Contra el anterior trabajo de partición, formuló el señor curador de los menores hijos naturales del causante,....., cinco objeciones, contenidas en escrito obrante a folio 1o. del cuaderno Nº. 4 del expediente, entre las cuales no aparece en parte alguna, ninguna que se relaciane con la forma como el señor partidor adjudicó a los interesados el crédito por $55.000.oo antes mencionado".

"....el señor partidor, en su segundo trabajo de partición, por su propia cuenta, y como lo dice la sentencia recurrida del Tribunal, adjudicó dicho crédito así: 'para la cónyuge $27.434.80, sobre $55.000.oo. Para cada uno de los hijos legítimos $3.429.35 sobre el mismo monto; y para cada uno de los tres hijos naturales $130.39, sobre dicho monto'. Pero HH. Magistrados, esto último no es exacto, pues la adjudicación se hizo en común y por iguales partes, según la partición".

Más adelante agrega: "Sobre la base pues de las objeciones antes mencionadas se trabó la litis de tal incidente, el cual fue fallado en el Tribunal para ordenar rehacer la partición al tenor de las objeciones que se aceptaron, entre las cuales no figura la referente a la distribución del crédito hipotecario a favor de la herencia y en contra de Cristóbal Pérez.

"Si, pues la distribución del mencionado crédito no fue materia de objeción por ninguna de las partes en la primera partición de los bienes de la herencia, no podía el partidor numérico,.....variar esa distribución en su segundo trabajo de partición, ni menos podían el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué y el Tribunal, prohijar una pretensión que no fue oportunamente deducida por los interesados en la partición de los bienes relictos".

Después de citar algunas doctrinas de la Corte en relación con la noción jurídica de la causal segunda de casación dice: "El caso de este juicio, mutantis mutandis, es el de un fallo aprobatorio de un trabajo de partición en el cual el partidor, sin facultad legal para ello, y sin haber infringido en su primer trabajo las reglas de equidad contempladas en las reglas 7ª. y 8ª. del artículo 1394 del C. Civil, resolvió modificar, por su propia cuenta y riesgo, como ya lo dijo antes, aquel

trabajo en una parte del mismo que había sido aceptada por todos los interesados, cuando en estricto derecho debió rechazársele, a fin de que se ajustara a las órdenes que ya había recibido en relación con el mismo. Es decir, la sentencia decidió sobre puntos ajenos a la controversia".

Termina la exposición del cargo manifestando que la sentencia del Tribunal socava las reglas o formas a las cuales debe ajustarse toda decisión judicial, por lo cual considera violado el artículo 471 del C. J., "pues hay manifiesta incongruencia entre esa sentencia y las pretensiones de las partes en el incidente de objeciones a la partición", lo cual llevó al Tribunal a violar indirectamente el artículo 1394 del C. C., en sus reglas 7ª. y 8ª.

SE CONSIDERA

Si el Juez encuentra fundadas las objeciones, ordena al partidor rehacer la cuenta con observancia de las normas que se le hayan impartido en la sentencia que pone fin al incidente. El partidor en su nuevo trabajo debe tener presente y hacer lo que se le ordena en la sentencia; y por otra parte, debe mantener, en cuanto ello sea posible, el trabajo anterior en todo aquello en que no haya sido materia de objeción o de controversia entre los interesados partícipes de la herencia.

Pero el mantenimiento rígido y estricto del primitivo trabajo de partición no puede tenerse como un principio absoluto, por cuanto es necesario acomodar la nueva diligencia a los mandatos legales y a las normas que se hayan impartido con motivo del estudio de las objeciones. De allí que sea necesario en ocasiones modificar adjudicaciones hechas y no objetadas, pues que la partición tiene que ser un todo armónico en sus tres elementos integrantes de liquidación, distribución, y adjudicación de la herencia, conservando como es necesario, la debida equidad en la formación de las hijuelas o lotes, para dar a cada asignatario lo que proporcionalmente le corresponda de acuerdo con su respectiva asignación hereditaria.

Por otra parte ha de tenerse en cuenta que cuando el incidente de objeciones a la partición se decide favorablemente, la partición que dió ocasión a él, resulta de hecho improbada, de manera que no podría alegarse derecho al mantenimiento de la parte no objetada, aun cuando -como se ha dicho- sea conveniente respetar hasta donde se pueda, siempre que no pugne con las modificaciones que hayan de introducírsele, en acatamiento de lo dispuesto en el auto que acepta las objeciones propuestas.

En el caso presente no puede hablarse de incongruencia o inconsonancia porque el partidor, para poder ajustarse a las normas que se le dieron en el auto que resolvió las objeciones, haya hecho una nueva distribución del crédito de $55.000.oo, a cargo de Cristóbal Pérez, en una proporción distinta a la contenida en el primer trabajo de partición, pues al obrar así, actuó de conformidad con lo mandado en la providencia mencionada. Y si al partidor no se le puede rechazar su proceder, por no haber violado las normas de derecho y de equidad, ni lo dispuesto por el juzgador que ordenó rehacer el trabajo partitivo, es claro que al Tribunal que impartió su aprobación a dicho trabajo tampoco se le puede considerar que haya fallado extra petita, ni que su providencia sea incongruente o inconsonante con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

El auto del Tribunal que resolvió sobre las objeciones dijo al referirse a la tercera tacha opuesta por el curador de los menores, lo siguiente: "Por manera que, el partidor ha debido adjudicarles a los menores, de preferencia, en la parte de la citada finca, donde tienen interés económico. (art. 2338) ib., Regla 2a). y en modo alguno desestimar, como lo hace, la posesión de sus mejoras. De donde se concluye que la partición en este otro aspecto deberá ratificarse para que se acomode a las indicaciones de la ley".

Y en otro aparte dijo el mismo auto:

"Pero, ocurre que, olvidando la norma citada (art. 2338 C. C., Regla 2a.) el partidor adjudicó a los menores una cuota ínfima sobre el valor de sus derechos, en la parte donde poseen las mejoras, contrariando la ley y la técnica de la partición, y los circunscribió en una considerable, en cuanto a bienes raíces, a un sitio desconectado de sus propios haberes, adjudicándoles de contera buena parte de la herencia en crédito más o menos recogible (véase la constancia que se puso al inventario adicional, folio 169 vt., cuaderno 1), sin consideración a su incapacidad legal y a la protección que en todo momento guarda la ley y la doctrina a quienes por razón de edad están inhabilitados para intervenir en el juego caprichoso de los negocios."

"Debe, por lo tanto, el partidor corregir éstas y las anteriores anomalías señaladas, para que el nuevo trabajo se acomode al pensamiento del legislador, que es sabio, sobre todo, cuando reglamenta la liquidación, distribución y adjudicación de la sucesión ab intestato".

Al referirse a la materia del crédito cuya distribución entre los interesados ha dado ocasión al impugnante para estructurar su reparo de incongruencia, dijo el Tribunal: "En cuanto a la distribución de los efectos hereditarios, el Tribunal no encuentra aplicable a este caso, sino el numeral 7o. del artículo 1394 del C. Civil, que dice que en la partición de una herencia o de lo que de ella reste, después de adjudicarse las especies, (esto es, fundos, predios, lotes) mencionados en los números anteriores, 'se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los consignatarios, cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros....

"Cierto que en cuanto a la adjudicación del crédito no se guardó esa posible igualdad, sin que se vea la causa o motivo de ello, a no ser para facilitar el ajuste. Pero también es cierto que con esto no se ha perjudicado a los menores legítimos (sic), puesto que el crédito está asegurado con hipoteca. Con la distribución en esta forma tampoco se ha violado una norma imperativa".

No encontró, pues, el Tribunal que se hubiera faltado a las normas legales y judiciales que en este caso presente rigen la partición de los bienes hereditarios, aunquando implícitamente reconoce en la sentencia que bien habría podido el partidor distribuir el crédito en forma distinta. Mas si así hubiera acontecido, entonces habría tenido que distribuir el valor del ganado o cualesquiera otros de los bienes muebles en forma distinta a la contenida en el primitivo trabajo de partición, quedando sujeto al mismo reparo de que en cuanto a ello no se habían producido objeciones.

De todo lo dicho se desprende que el nuevo trabajo de partición procuró ajustarse a las órdenes del Tribunal de adjudicarles "a los menores de preferencia en la parte de la citada finca, donde tienen interés económico". Mas para ello

fue preciso, sin faltar a las normas de la equidad que gobiernan la distribución de la hacienda herencial, dejar de lado, a lo menos parcialmente, las adjudicaciones que se les habían hecho en el crédito citado, y en la finca de Santo Domingo. Al procederse de este modo y al estar el nuevo trabajo ceñido a lo ordenado en el auto de objeciones, no puede tildarse de inconsonante la sentencia que le dió aprobación. No procede, pues, el cargo propuesto.

Segundo cargo

El recurrente, al formular el segundo reparo contra la sentencia aprobatoria de la partición, expresa lo siguiente:

"Acuso, pues, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, por violación de la ley sustantiva civil, consistente en haber apreciado erróneamente, no sólo la prueba testimonial que el señor curador de los menores hijos naturales del causante adujo, y que obra en el cuaderno No. 5 del expediente sino en no haber apreciado en todo su verdadero valor el contenido de la diligencia de secuestro de los bienes relictos, que oportunamente se practicó en el juicio de sucesión. En efecto, consiste la violación, en primer término, del artículo 762 del C. Civil, porque para que la posesión se pueda tener como tal, es necesario, al tenor de tal artículo, que el poseedor tenga la cosa con ánimo de señor y dueño y no a nombre de otro. Y en el caso de este juicio, el sentenciador no tuvo en cuenta que los bienes relictos habían sido secuestrados, sin oposición alguna de los interesados y habían sido entregados a un secuestre, debidamente nombrado y posesionado, por cuenta de la sucesión, y no de ningún heredero, ni de tercera persona, que los alegara como suyos. Y en segundo lugar, la sentencia del Tribunal al dar valor a la posesión de mejoras, alegadas por los menores hijos naturales del causante, como si fueran poseedores regulares, también viola el artículo 766, numeral 4o. del C. Civil, porque no siendo ellos aún adjudicatarios de ningún derecho, no han podido ejercer posesión con justo título, esto es, posesión regular".

Termina el impugnante manifestando que "Esta acusación se funda, pues, en el numeral 1o., inciso 2o. del artículo 520 del C. Judicial, y se halla plenamente demostrada para ser reconocida por la Sala Civil de Casación".

SE CONSIDERA:

El recurrente impugna la sentencia por violación de la ley sustantiva civil consistente en haber apreciado erróneamente la prueba testimonial, y en no haber apreciado en su verdadero valor el contenido de la diligencia de secuestro.

No se dice siquiera cómo debió ser apreciada la prueba testimonial, para deducir en qué pudo errar el Tribunal al hacer el análisis de valoración probatoria de esos elementos de convicción; ni dice tampoco cuál sería la norma media, violada, para, llegar a la conclusión de que se infringieron los cánones legales 762 y 766 del C. C. Esto acusa falta de técnica en la presentación del cargo, como lo tiene dicho en repetidas ocasiones la Corte.

La sentencia no se basó, para declarar probada la tercera objeción, en la prueba testimonial traída a los autos en la tramitación del incidente respectivo, aun cuando sí debía haber tomado pié de esa prueba, para llegar a la misma

conclusión de que se debía dar aplicación al artículo 2338, regla 2a. adjudicando preferentemente a los menores hijos naturales su cuota herencial en la finca de "Las Delicias", por tener allí la posesión de varias mejoras, como aparece debidamente comprobado por la prueba testimonial y por la inspección ocular. El Tribunal fundamentó su providencia, en este particular, en la prueba de inspección ocular y de peritos, de las cuales deduce que "se demostró que los menores herederos naturales viven en la finca "Las Delicias", y allí su representante legal y ellos mismos, poseen mejoras agrícolas... ....Por manera que el partidor ha debido adjudicarles a los menores de preferencia, en la parte de la citada finca, donde tienen interés económico".

Si el Tribunal hubiera tomado en cuenta la prueba de testigos, habría llegado a la misma conclusión, pues de esos testimonios aparece indudablemente que los menores herederos tienen la posesión legal de varias mejoras en la finca "Las Delicias"; y que esa posesión se remonta hasta una época anterior a la muerte del causante Pérez Bustos.

En cuanto a la diligencia de secuestro que el recurrente afirma que no fue apreciada "en todo su verdadero valor", tampoco puede prosperar la impugnación, puesto que el hecho del secuestro de los bienes no implica que los menores hijos naturales del causante no tuvieran la posesión de las mejoras de que se trata. El secuestro judicial tiene la cosa en su poder a nombre de quien sea o resulte ser su poseedor o dueño, de manera que del hecho de haber sido secuestrada la finca de "Las Delicias", no puede deducirse que las mejoras de cuya posesión se trató en el incidente de objeciones, no fueran de la pertenencia ni hubieran estado, al tiempo de abrirse la sucesión bajo la posesión de los interesados reclamantes.

No aparece que se hubiera cometido un error evidente, ni de hecho ni de derecho, en la apreciación de las pruebas que fueron fundamento de la declaratoria, por parte del Tribunal, de la referida objeción tercera, pues que la posesión de que habló el Tribunal no se refería al suelo mismo de la finca "Las Delicias", sino a varios lotes de mejoras que fueron debidamente determinados, como lo dice el fallador, en la diligencia de inspección ocular y prueba pericial, llevadas a término dentro del incidente de objeciones. Una es la posesión de la tierra que los mismos interesados han reconocido a nombre de la sucesión, y otra la de las mejoras cuya posesión demostraron tener desde antes del fallecimiento de Pérez Bustos. No puede, por tanto, tacharse de irregular esa posesión para efectos de dar aplicación a los preceptos contenidos en las reglas de los artículos 1394 y 2338 del C. Civil.

No huelga recordar el pensamiento de la Corte, en relación con las reglas señaladas en el artículo 1394 del C. C. y a las que gobiernan las particiones de bienes comunes. En sentencia de fecha 15 de febrero de 1955 (to. LXXIX, 490), se dijo: "En la equidad natural se informan las reglas atinentes a las partición de bienes comunes. Pero como son innumerables las diversas situaciones de orden práctico que suelen presentarse, el legislador, para atender a todas ellas se limita por lo común a señalar los principios generales aplicables para conseguir que exista equivalencia y semejanza entre los diversos lotes sacados de la masa partible. Por lo general tales preceptos envuelven poderes discrecionales para el juzgamiento en la instancia y, por lo mismo, rara vez permiten sustentar en casación la causal 1ª., desde luego que se trata de recurso extraordinario, y no de tercer grado en el proceso.

"Así, cuando el artículo 1394 del Código Civil, en su regla 7a., habla de que 'se ha de guardar la posible igualdad, adjudicando a cada uno de los coasignatarios

cosas de la misma naturaleza y calidad que a los otros, o haciendo hijuelas o lotes de la masa partible', y en la regla 8a. se expresa que 'en la formación de los lotes se procurará no sólo la equivalencia sino la semejanza de todos ellos', marca apenas una directriz general, de la que arrancan los poderes discrecionales del sentenciador en la instancia, sin perjuicio de que con fundamento en las mismas normas puedan los interesados reclamar contra el modo de composición de los lotes, según lo previsto en la regla 9a. Pero el debate al respecto, salvo arbitrariedad manifiesta, queda cerrado definitivamente en la segunda instancia".

Sin faltar a la equidad que pregonan las disposiciones civiles que se han mencionado, el Tribunal, con base en el acervo probatorio, determinó que a los menores hijos naturales se les adjudicaran sus porciones hereditarias, preferentemente en la finca de "Las Delicias"; y, como según lo dicho antes no hubo arbitrariedad en la apreciación de los elementos probatorios, la Corte no puede, como lo pretende el recurrente, entrar a modificar el criterio del Tribunal sobre el particular, pues como lo dice la doctrina aquél goza de poderes discrecionales por lo que el debate se clausura en la instancia, salvo arbitrariedad manifiesta en la apreciación probatoria, lo que no aparece de autos. No prospera la censura.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha veinticinco (25) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1.963) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio de sucesión de Aquilino Pérez Bustos.

Sin costas porque no se causaron.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadavid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

INSPECCION OCULAR

En qué consiste. Cuándo deben intervenir en ella los peritos y cuándo los testigos actuarios. Funciones de éstos y de aquéllos. La inspección ocular como prueba idónea para comprobar en el proceso la existencia de otro juicio. Los arts. 593 del C. Judicial y 1757 del C. Civil no son normas de carácter sustancial.

1. La inspección ocular consiste en el reconocimiento y examen que el Juez, acompañado de peritos o de testigos, hace directamente de las cosas o hechos que son materia de litigio o que tienen relación con el debate, y ello con el fin de poder juzgar con mayor acierto. El Juez no puede practicar solo la inspección ocular, sino que en ella ha de estar siempre asistido de peritos o de testigos. La inspección solitaria del Juez carece de mérito demostrativo (LXXVIII, 2147, 963). Corresponde intervenir a los peritos cuando la inspección verse sobre cuestiones que no pueden ser apreciadas debidamente por los solos sentidos, sino que requieren conocimientos o prácticas especiales en el asunto de que se trata. Cuando la cosa o hecho que ha de examinarse es susceptible de apreciarse por los solos sentidos, basta la presencia de testigos en la inspección. Estos testigos, comunmente llamados actuarios, acompañan al Juez, examinan y reconocen con él los objetos o actos respectivos, verifican y corroboran las observaciones del funcionario y dan fe de la verdad de sus anotaciones. Los testigos actuarios no tienen por función rendir testimonio sobre las cosas ó hechos observados, sino que colaboran con el Juez en el examen de esos objetos o actos, haciendo también observaciones, contribuyendo a esclarecer la verdad sobre el punto examinado y abonando la certeza de las anotaciones que dicho funcionario estime conveniente hacer. Obvio es que los testigos actuarios deben prometer bajo juramento cumplir sus deberes de tales, pero no necesitan tomar posesión, pues ningún precepto positivo consagra este requisito, ni puede él ser exigido por analogía con lo que sucede respecto de los peritos, cuya misión específica sí requiere esa formalidad previa.

2. Si bien es cierto que el medio más adecuado para comprobar en un proceso la existencia de otro juicio, consiste en la copia de las piezas pertinentes, como en otro tiempo lo disponía de modo expreso el art. 28 de la ley 100 de 1.892, no resulta menos cierto que también es igualmente idónea para ese fin la prueba de inspección ocular practicada sobre el negocio cuya existencia se busca establecer. Los datos y observaciones que el Juez recoge y consigna en el acta de la inspección respecto del juicio examinado, tienen el valor de plena prueba, según el art. 730 del C. Judicial, aunque no reproduzcan el texto completo de los respectivos actos procesales.

3. Vale recordar que los artículos 593 del C. Judicial y 1757 del C. Civil no son normas sustanciales cuyo desconocimiento sea por sí solo suficiente para infirmar un fallo, como lo tiene dicho la Corte (LX, 2034, 795; LXXIX, 2149; 49 y 141).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

El señor Antonio Velásquez demandó a José Cure B. ante el Juez Civil del Circuito de Santa Marta para que, en la sentencia respectiva, se declarara nulo todo el juicio especial de venta de bien hipotecado que ante el mismo Juez ventiló antes el demandado contra el demandante y que como consecuencia de ello se ordenase cancelar el registro de la sentencia aprobatoria del remate y adjudicación del inmueble que en dicho juicio fue embargado, se remató y adjudicó al nombrado señor Cure. En subsidio solicitó el actor Velásquez la declaración de nulidad de todo lo actuado en el mismo juicio especial de venta de bien hipotecado "desde la diligencia de remate y adjudicación" del inmueble al demandado, "o sea del remate y adjudicación practicados" en tal negocio, inclusive, hasta la diligencia de entrega del bien rematado al propio Cure, y que en consecuencia se condenara al demandado a restituir al demandante el inmueble que le fue adjudicado y a pagarle los frutos de dicho bien y los perjuicios que le causó con el aludido juicio especial.

Los hechos sustanciales de la demanda se resumen así:

1) En el año de 1.941 José Cure vendió a Hermógenes Daza un automóvil marca "Hudson" para pagarlo por contados, por los cuales el comprador suscribió unas letras pagaderas en meses posteriores; como Daza no cubrió algunos de estos instrumentos, Cure procedió a hacer retener y quitarle el vehículo. A fin de obtener que el automotor le fuese devuelto a Daza, Antonio Velásquez suscribió a favor de Cure diecisiete letras por un valor total de $2.150.00, que era el monto de lo que Daza debía al mismo Cure.

2) Para asegurar el pago de la deuda mencionada, Velásquez constituyó a favor también de Cure una hipoteca sobre un inmueble suyo ubicado en el área urbana de Santa Marta, gravamen que se hizo constar en la Escritura Nº. 40, extendida en la Notaría Primera de esa ciudad el 28 de mayo de 1.941.

3) De las mencionadas diecisiete letras Velásquez pagó nueve por valor de $1.170.00 y quedó debiendo las otras por la suma de $980.00.

4) Por razones que Velásquez ignora, Curé no volvió a presentarle las letras para su cancelación, hasta que algunos años después el mismo Cure promovió contra aquél en el Juzgado Civil del Circuito de Santa Marta un juicio especial de venta de bien hipotecado para conseguir de ese modo el pago de una deuda que había sido cubierta en más de la mitad.

5) El aludido juicio especial se tramitó hasta concluir con la adjudicación que por remate se le hizo al señor Cure del inmueble que Velásquez le había hipotecado, adjudicación que se llevó a cabo en la suma de $4.200.00, el primero de abril de 1.952.

6) En cumplimiento de la sentencia aprobatoria del remate de fecha 23 de abril de 1.952, el juez de la causa le hizo entrega al señor Cure del inmueble que le había sido adjudicado, entrega que se practicó el dos de agosto de 1.955.

7) Como desde el pago de las mencionadas nueve primeras letras hasta la época en que se propuso el juicio especial de venta, había transcurrido mucho tiempo, a Velásquez se le habían extraviado dichas letras y sólo vino a encontrarlas el día siguiente a aquel en que se le hizo entrega a Cure del inmueble rematado.

8) En el referido juicio de venta de bien hipotecado se omitieron varias de las formalidades que son necesarias para hacer el remate de bienes, lo cual produjo la nulidad de ese negocio desde el auto que señaló fecha para la subasta, hasta que ésta se practique.

9) Uno de esos requisitos necesarios para el remate de bienes es la publicación y fijación de carteles anunciadores de la almoneda, y en el juicio expresado no aparece que el Secretario del Juzgado hubiera hecho constar los lugares en que se fijaron los carteles que anunciaban el remate del inmueble.

10) El Señor Cure es el actual poseedor del inmueble que por él mismo le fue rematado al demandante Velásquez.

El demandado Cure evacuó el traslado de la demanda negando la mayoría de los hechos, afirmando que el juicio especial de venta se tramitó en forma legal y oponiéndose a las pretensiones del actor.

El primer grado del juicio concluyó con la sentencia de 17 de junio de 1.960, por la cual se absolvió al señor Cure de los cargos de la demanda y se condenó en costas al demandante.

LA SENTENCIA IMPUGNADA:

Por apelación de la misma parte actora se surtió la segunda instancia del juicio, a la cual puso término el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa María mediante el fallo de nueve de febrero de 1.961 (sesenta dice esa sentencia), por el cual se revocó la decisión de primer grado y en su lugar se dispuso:

"1º. Declárase nulo el juicio especial de venta de bien hipotecado seguido por José Cure contra Antonio Velásquez, desde la fecha en que no se fijaron los carteles del pregón y remate que manda la ley, a fin de que se subsane esta informalidad procesal y tenga terminación ajustada el juicio.

"2o. Declárase sin valor la diligencia de remate y auto aprobatorio de la misma, recaídos en dicho juicio.

"3o. Ordénase la cancelación de la inscripción de dichas providencias, y

"4o. No se accede a las demás peticiones de la demanda.

"Sin costas".

La motivación del fallo acusado empieza por anotar que, aunque confusa en sus pedimentos, la demanda inicial de este litigio se encamina a obtener la re-

visión del juicio especial de venta de bien hipotecado de José Cure contra Antonio Velásquez, por haberse pretermitido uno de los requisitos que la ley exige para el remate de bienes; como es el de la publicación de carteles en que se anuncia la subasta que se va a practicar.

Recuerda que, conforme al art. 451 del C. Judicial, en el juicio ejecutivo es causa de nulidad la falta de las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, y expresa que este motivo de invalidez se aplica a los juicios especiales en que hay remate de bienes, según el art. 452 ibidem. Dice también que, de acuerdo con el art. 1030 del mismo código, las sentencias de excepciones y de pregón y remate no producen cosa juzgada material y que en consecuencia pueden ser revisadas por la vía ordinaria, y afirma que dicho precepto es también aplicable al juicio especial de venta de bien hipotecado, según el art. 1197 ibidem.

Hace referencia a la revisión de los fallos para expresar que ella está consagrada unas veces como recurso extraordinario y otras como acción, apunta cuándo se la puede hacer valer como recurso y cuándo como acción, y afirma en seguida:

"En el caso de autos se ha demostrado que en el juicio especial de venta de bienes hipotecados no se cumplió con la formalidad de publicar los carteles anunciando el remate en los sitios que la ley ordena y manda. En la inspección ocular practicada por este Despacho en el juicio con relación al cual se pide la revisión, se constató que no hay ninguna constancia de Secretaría de haberse hecho la publicación del remate, con la fijación de los carteles en los sitios requeridos. Ninguna certificación al respecto aparece en el expediente, ni la contraparte, por otros medios de prueba, estableció tal circunstancia. No cree la Sala que la omisión de tal constancia sea causal definitiva para el establecimiento de que no se publicaron los carteles, toda vez que piensa, así se acaba de decir, que la contraparte interesada puede demostrar tal hecho con las pruebas que crea convenientes; pero sí se debe decir que si esto último no se da, la omisión de tal constancia en el expediente debe aceptarse con fuerza para demostrar que no se cumplió con la formalidad exigida por la ley.

"No hay duda, pues, de que se da la causal de nulidad que consagra el ordinal 2°. del artículo 451 del C. Judicial".

La sentencia alude luego al pedimento sobre nulidad de todo el juicio especial de venta de Cure contra Velásquez y restitución a éste del inmueble rematado para manifestar que una cosa es la nulidad de un acto jurídico y otra bien distinta la invalidez adjetiva que proviene de las informalidades cometidas en la tramitación de un proceso. En el primer caso, declarada la nulidad, las cosas deben volver a su estado primitivo, y en el segundo evento el decreto de nulidad sólo deja sin valor aquella actuación procesal desde la cual se produjo la informalidad. De aquí concluye que no es posible atender la súplica antedicha porque en la ocurrencia de autos sólo se produjo una nulidad adjetiva y parcial y porque la validez de la actuación anterior no permite ordenar la restitución del inmueble rematado, como se solicita en la demanda.

LA ACUSACION

El demandado recurrió en casación y con respaldo en la primera de las causales que establece el art. 520 del C. Judicial, formula contra el fallo de segunda

instancia los siguientes cargos que la Corte procede a examinar, con la advertencia previa de que la parte opositora replicó la demanda respectiva.

Primer Cargo.

Se hace consistir en la violación indirecta, por aplicación indebida, de los arts. 451, 452, 457, y 1030 del C. Judicial, y por falta de aplicación, de los arts. 1757 y 1760 del C. Civil, a causa de errores de derecho en la apreciación de las pruebas. Como normas probatorias quebrantadas se señalan los arts. 593, 596, 632, 636, 683, 715, 724, 725, 727, 730, 1038, 1052 y 1197 del C. Judicial.

En desarrollo de este cargo dice el impugnante que el Tribunal decretó la práctica de una inspección ocular con testigos actuarios sobre el juicio especial cuya nulidad se pretende, que llevó a cabo esa diligencia y que en el acta que de ella se extendió no aparece que se hubiera especificado el negocio que fue objeto del examen, ni que los testigos se hubieran posesionado, ni se insertó allí copia del remate y del auto aprobatorio.

Acerca de la no posesión de los testigos actuarios afirma el recurso que la inspección ocular es un medio probatorio que el juez practica en compañía de testigos o de peritos, según lo prescrito por los arts. 724 y 727 del C. Judicial, y que, "de acuerdo con las normas procesales antes mencionadas, para que exista jurídicamente una inspección ocular, es necesario que el Juez o Magistrado se halle acompañado de peritos o testigos actuarios. Para tener la calidad de perito o testigo actuario el nombrado tiene que posesionarse de su cargo, jurando cumplir bien y fielmente los deberes de su cargo, como lo ordena perentoriamente el artículo 715 del C. J., en concordancia con el 683 ibidem. Ciudadanos que simplemente acuden a firmar una diligencia, sin posesión y sin hacer observación de ninguna naturaleza, no pueden tener ante el derecho la calidad de testigos actuarios, porque las normas procesales son de orden público". Agrega el recurrente que una inspección en que no actuaron peritos o testigos y en que éstos no observaron ni anotaron las cosas y hechos examinados por el Juez, no tiene existencia jurídica y no puede considerarse como medio idóneo de prueba y menos para demostrar la existencia de documentos públicos.

Sostiene el recurso que, conforme a los arts. 632 y 636 del C. Judicial, la existencia de un juicio se prueba en autos por medio de la copia de las piezas pertinentes y con certificaciones de los funcionarios que conocieron en el mismo. De manera que para establecer la fecha en que hubo de efectuarse un remate, la realización de éste y el auto aprobatorio, debe obtenerse copia de las piezas en que figuran las providencias y el acta respectiva, pues sólo así se pueden apreciar en su integridad formal y material. "El acta de inspección ocular—añade el impugnante—aun practicada y producida en forma legal, no tiene eficacia probatoria para probar estos extremos sustanciales de la pretensión demandada".

El recurrente continúa exponiendo otras consideraciones encaminadas a demostrar que la inspección ocular, aun practicada regularmente, no es prueba idónea para acreditar en un juicio la existencia de otro ni de actos procesales que, como el remate de bienes y su auto aprobatorio, se equiparan a escritura pública según el art. 1052 del C. Judicial. Y, como todos los procesos judiciales están amparados por la presunción de que se han tramitado y desarrollado con arreglo a las normas respectivas, sucede que para destruir esa presunción se hace necesario aducir y examinar la copia de los actos que se tildan de irregulares, a fin de poderlos apreciar debidamente. Luego concluye así la exposición de este cargo:

"El Tribunal de instancia, en la valoración probatoria de la aludida acta de inspección ocular materia de este cargo, según los enunciados anteriores, incurrió en dos errores:

"1o. Erró de derecho el Tribunal al estimar como prueba un acta de inspección ocular, en donde no fueron posesionados los testigos actuarios, en donde dichos testigos no intervinieron para nada, es decir, en estimar como prueba un medio que no se produjo de acuerdo con las formalidades de ritual, en detrimento de la ley procesal.

"2o. Cometió error de derecho el Tribunal al estimar en la sentencia acusada que la aludida acta de inspección ocular era idónea para probar todos los extremos de la pretensión, sin ajustarse dicha acta a los mandatos de los artículos 724 y 727 del Código Judicial. Es decir, se le dió a dicha acta un alcance probatorio de que carece, de un valor probatorio que no tiene, toda vez que en ella sólo se hacen ligeras referencias a situaciones procesales que pudieron acontecer o no en otro juicio.

"Como consecuencia de los errores anteriores, la sentencia acusada violó:

"Los artículos 593, 596, 636, 632, 683, 715, 724, 725 y 727 del Código Judicial, por falta de aplicación.

Igualmente quebrantó el artículo 730 del Código Judicial, por aplicación indebida. Violó también los artículos 1038, por aplicación indebida, 1952, por falta de aplicación, y 1197, por aplicadión indebida, del Código Judicial.

"La sentencia acusada quebrantó indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 451, numeral 2º. 452, 457 y 1030 del Código Judicial.

"Se quebrantaron igualmente los artículos 741, 1557 y 1760 del Código Civil, por falta de aplicación y como consecuencia de errada valoración de un medio de prueba":

Segundo cargo.

Versa sobre la infracción indirecta de los arts. 451; 452, 457, 593, 1030, 1052 y 1197 del C. Judicial, 741, 1757 y 1960 del C. Civil, estos últimos por falta de aplicación, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Se sustenta este cargo con el argumento de que, según la sentencia, para el Tribunal no hay duda de que existió un juicio especial de venta de bien hipotecado de José Curé contra Antonio Velásquez, de que allí se dictó un auto por el cual se decretó el remate de bienes, que se llevó a cabo y se aprobó esa subasta, y ello a pesar de no existir medio probatorio alguno que demuestre esos extremos. Como tales actos no pueden ser comprobados con la inspección ocular, sino con la copia de las piezas respectivas, y como aquí no obra esa copia, quiere ello decir que no aparecen establecidos dichos extremos y que por lo mismo no era procedente declararlos nulos o sin valor. En seguida afirma el recurso:

"Erró de hecho el Tribunal al admitir la existencia de un juicio de venta y declararlo nulo, sin prueba de que dicho juicio tuvo vida jurídica; erró de hecho al considerar que en dicho juicio se había dictado auto que fijaba fecha para la licitación, sin existir en los autos copia de dicha providencia; erró de hecho al considerar existentes un acta de remate y el auto aprobatorio del mismo, sin obrar dichas piezas en este juicio; erró de hecho al considerar al demandado rematador,

sin prueba de ello. Erró, pues, de hecho el Tribunal al considerar que existían los documentos cuya nulidad decretó, sin la prueba de su existencia.

"A consecuencia de los errores anteriores, el Tribunal violó en la sentencia acusada las siguientes normas legales:

"Artículos 452, 593, 1052 y 1197 del Código Judicial.

"Los artículos 451, numeral 2º., 457 y 1030 del C. Judicial, violación indirecta, aplicación indebida, en igual forma violó los artículos 741, 1757 y 1960 del Código Civil, por falta de aplicación".

LA CORTE CONSIDERA

1) En la demanda inicial de este litigio se suplicó la declaración de nulidad de todo y en subsidio de una parte del juicio especial de venta de bien hipotecado que el señor José Cure propuso y ventiló contra el actual demandante Antonio Velásquez en el Juzgado Civil del Circuito de Santa María. La sentencia acusada acogió la súplica subsidiaria y decretó la invalidez del juicio aludido desde el estado en que se omitió la fijación de los carteles de remate, extendiéndose la nulidad a la diligencia del remate mismo y a su auto aprobatorio.

El fallo tuvo por comprobada la existencia del juicio mencionado, de la diligencia o acto de remate y del auto aprobatorio de éste y la falta de fijación de los carteles con estas dos pruebas:

a) Con un certificado del Registrador de II. PP. de Santa María, en el cual se expresa estar vigente la inscripción hecha en el Libro Primero de la diligencia de remate y del auto aprobatorio de éste que se produjeron en el juicio especial de venta de bien hipotecado seguido por José Cure contra Antonio Velásquez, remate relativo a un inmueble ubicado en el área urbana de la misma ciudad de Santa Marta, y que mediante esa inscripción se cancelaron las que hasta entonces tenía el citado Velásquez sobre el bien rematado.

b) Con una inspección ocular practicada por el Tribunal, en cuya acta se dice que el Magistrado sustanciador, acompañado del Secretario y de dos testigos, se trasladó al Juzgado Único Civil del Circuito de Santa Marta, que allí pidió se le permitiera examinar el juicio especial de José Cure contra Antonio Velásquez que reposa en el archivo de ese Juzgado y que, entregado el expediente relativo a dicho juicio, se observó en él: primero, que la diligencia de remate del inmueble hipotecado se efectuó el primero de abril de 1.952; segundo, que el auto que fijó día para el remate lleva fecha de 29 de febrero de 1.952, y tercero, que examinado hoja por hoja ese proceso, no se halló constancia alguna del Secretario del Juzgado sobre los sitios en donde se fijaron los carteles anunciadores del día y hora en que se practicaría el remate aludido.

Estos son los elementos de prueba que se aportaron en demostración de la existencia del juicio de venta de Cure contra Velásquez, del remate allí practicado, de su auto aprobatorio y de la omisión en hacer constar los sitios en que debieron haberse fijado los carteles anunciadores de la licitación.

El acta de la inspección ocular es en extremo deficiente y, aunque en ella se habla unas veces de peritos y otras de testigos, de su texto sí se colige que el Magistrado sustanciador practicó la diligencia en asocio de testigos actuarios, quienes al final suscriben como "los peritos".

La inspección ocular consiste en el reconocimiento y examen que el juez, acompañado de peritos o de testigos, hace directamente de las cosas o hechos que son materia de litigio o que tienen relación con el debate, y ello con el fin de poder juzgar con mayor acierto. El Juez no puede practicar solo la inspección ocular, sino que en ella ha de estar siempre asistido de peritos o de testigos. La inspección solitaria del Juez carece de mérito demostrativo (LXXVIII-2147,963). Corresponde intervenir a los peritos cuando la inspección versa sobre cuestiones que no pueden ser apreciadas debidamente por los solos sentidos, sino que requieren conocimientos o prácticas especiales en el asunto de que se trata. Cuando la cosa o hecho que ha de examinarse es susceptible de apreciarse por los solos sentidos, basta la presencia de testigos en la inspección. Estos testigos, comunmente llamados actuarios, acompañan al juez, examinan y reconocen con él los objetos o actos respectivos, verifican y corroboran las observaciones del funcionario y dan fe de la verdad de sus anotaciones. Los testigos actuarios no tienen por función rendir testimonio sobre las cosas o hechos observados, sino que colaboran con el juez en el examen de esos objetos o actos, haciendo también observaciones, contribuyéndo a esclarecer la verdad sobre el punto examinado y abonando la certeza de las anotaciones que dicho funcionario estime conveniente hacer. Obvio es que los testigos actuarios deben prometer bajo juramento cumplir sus deberes de tales, pero no necesitan tomar posesión, pues ningún precepto positivo consagra este requisito, ni puede él ser exigido por analogía con lo que sucede respecto de los peritos, cuya misión específica sí requiere esa formalidad previa.

En el acta de la inspección ocular practicada en este negocio no se expresa que los testigos que tomaron parte en la diligencia hubieran jurado cumplir sus deberes, pero esta omisión u olvido no autoriza para pensar que en realidad se dejó de llenar ese requisito ni sería motivo suficiente para restarle validez y mérito a esa prueba.

Las dos pruebas mencionadas -el certificado del Registrador de II. PP. y el acta de inspección ocular- dan cuenta de la existencia del juicio especial de venta de bien hipotecado del señor Cure contra el señor Velásquez, de la inscripción del remate y del auto aprobatorio de éste que allí se produjeron. Al considerarlo así la sentencia no incurrió en ningún error de hecho, es decir, no tuvo por comprobados estos extremos con una prueba supuesta o inexistente. Dichos elementos de juicio llevaron al sentenciador la convicción de que esos hechos sí existieron, de modo que esta consideración no carece de respaldo probatorio real ni constituye por tanto ningún error de hecho en la apreciación de aquellas pruebas.

II) Acerca del error de derecho que el recurso alega y hace radicar en haber reconocido a las mismas pruebas anotadas mérito demostrativo suficiente para acreditar la existencia del juicio especial de venta de bien hipotecado y de los referidos actos procesales, cabe observar que, si bien es cierto que el medio más adecuado para comprobar en un proceso la existencia de otro juicio, consiste en la copia de las piezas pertinentes, como en otro tiempo lo disponía de modo expreso el art. 28 de la Ley 100 de 1.892, no resulta menos cierto que también es igualmente idónea para ese fin la prueba de inspección ocular practicada sobre el negocio cuya existencia se busca establecer. Los datos y observaciones que el Juez recoge y consigna en el acta de la inspección respecto del juicio examinado, tiene el valor de plena prueba, según el art. 730, del C. Judicial, aunque no reproduzcan el texto completo de los respectivos actos procesales.

En la ocurrencia presente el acta de inspección ocular expresa que el Magistrado sustanciador, en asocio de dos testigos actuarios, examinó el juicio

especial de venta de bien hipotecado que el señor Cure ventiló contra el actual demandante Velásquez y que allí observó que el auto por el cual se fijó día para el remate lleva fecha de 29 de febrero de 1.952, que la subasta se practicó el primero de abril del mismo año y que en la actuación procesal realizada entre estas dos fechas no aparece la anotación de los sitios en que se hubieran fijado los carteles anunciadores de ese remate. Aunque, se repite, el mejor y más adecuado y pertinente medio de prueba de estos actos procesales habría sido la copia auténtica de las piezas en que ellos figuran, no constituye error de derecho el haber apreciado las anotaciones consignadas en el acta de la inspección ocular como prueba idónea y plena de la existencia del juicio y de los actos mencionados. De lo cual se concluye que la sentencia no incurrió en el error de valoración probatoria ni en los quebrantos de ley que el recurso le atribuye.

Tercer cargo.

Consiste en la violación indirecta de los arts. 451, ordinal 2o. 457, 1030, 1052, 1038 y 1197 del C. Judicial, 741, 757 y 1760 del C. Civil, a causa de error en la interpretación de la demanda.

Para fundar este cargo sostiene el recurso que la sentencia, siguiendo las voces de la demanda, afirma que en esta litis se ha ejercitado la acción de revisión del juicio especial de venta del señor Cure contra Velásquez y que esta apreciación constituye un error porque la acción que en realidad se promovió es la de nulidad del juicio expresado y no la de su revisión. Agrega el impugnante que, aunque el error en la interpretación de la demanda ha sido considerado por la jurisprudencia como de hecho, en el caso presente parece que sea más bien de derecho.

SE CONSIDERA:

En la demanda inicial de éste pleito, que no es precisamente un modelo plausible de demandas, se alude tanto a la acción de revisión como a la nulidad total o parcial del juicio de venta de bien hipotecado de Cure contra Velásquez. Lo propio acontece en el fallo acusado. Con todo y bien observadas así la demanda como la sentencia, sale a la vista que la acción realmente propuesta en la primera es la de nulidad del juicio especial de venta y que lo resuelto y declarado en la segunda fue esa nulidad parcial. A pesar de las menciones que en el libelo y el fallo se hacen de la acción de revisión del juicio mentado, la verdad cierta e indiscutible es que en esta litis no se promovió esa acción, que el petitum de dicha demanda no contiene ninguna súplica relacionada con tal versión, que los pedimentos allí formulados se refieren todos a la acción de nulidad y que lo ciertamente acontecido en este caso consiste en la confusión que se ha pretendido hacer de las dos acciones expresadas. Por manera que, aunque el fallo, distraído por las confusas voces de la demanda, incurrió en el error de aludir a una acción de revisión que en realidad no se propuso, tal yerro no tiene aquí ninguna trascendencia, porque lo pedido y fallado en concreto fue la acción de nulidad, o sea la única acción que de veras se promovió.

Cuarto cargo.

Se refiere al quebranto directo, por aplicación indebida e interpretación errónea, de los arts. 1030, 451 y 457 del C. Judicial.

Sobre este motivo sostiene en síntesis el recurso que, de una parte, la sentencia aplicó en este pleito el art. 1030 del C. Judicial sin tratarse de una acción de revisión de juicio y que por lo mismo esta aplicación es indebida, desde luego que el caso no está gobernado por dicha norma.

Por otro aspecto, el fallo, según el impugnante, al expresar que en este negocio se había promovido y se ejercitaba una acción de revisión del juicio especial de venta de bien hipotecado y al aplicar a ese caso los arts. 451 y 457 del C. Judicial, infringió estos mismos preceptos por razón de que ellos nada tienen que ver con tal acción de revisión.

SE CONSIDERA:

Está dicho que en verdad la sentencia se refirió en su parte expositiva a la acción de revisión del juicio especial de venta porque de la misma acción se había en la demanda, pero que no hizo ningún pronunciamiento a este respecto debido a que el libelo tampoco formuló súplica alguna relacionada con la revisión del juicio aludido. Por donde se ve muy claro que las alusiones del fallo a la supuesta acción de revisión y al art. 1030 del C. Judicial que la consagra, fueron superfluas y que en realidad no se aplicó en esta ocurrencia, debida ni indebidamente, ni había por qué ni para qué aplicar dicho precepto positivo desde luego que no se promovió la nombrada acción de revisión.

La sentencia decidió la acción de nulidad, que fue la verdadera y única acción incoada, y al hacerlos aplicó en verdad los arts 451 y 457 del C. Judicial, por ser estos preceptos los que regulan el ejercicio de tal acción y consagran la causal de invalidez procesal que aquí fue invocada. No se aplicaron estas normas a ninguna acción de revisión, porque ella no fue propuesta, y no puede en consecuencia admitirse que se les haya dado aplicación indebida ni que por ello se las hubiese quebrantado.

Quinto cargo. -

Consiste en la infracción directa de los arts. 593 del C. Judicial y 1757 del C. Civil, por interpretación errónea.

Según el recurso, al actor corresponde probar los hechos de su demanda, pero sucede que en este caso la sentencia alteró este principio, pretendiendo que la parte demandada debía haber comprobado la fijación de los carteles anunciadores del remate. De este modo el fallo violó las disposiciones anotadas por interpretación errónea.

SE CONSIDERA:

La sentencia, como se ha dicho, encontró demostrado con la prueba de inspección ocular que en el juicio especial de venta de bien hipotecado del señor Cure contra Velásquez no había constancia de la fijación de los carteles en que debió anunciarse la fecha del remate del inmueble embargado, y expresó que la parte demandada bien habría podido acreditar esa fijación de carteles con cualquier otro elemento de prueba, toda vez que la inspección ocular no es el medio único de establecer la observancia o el incumplimiento de ese requisito. El recurso le atribuye a esta observación el alcance de subvertir el principio de la carga de

la prueba al pretender exigirle al demandado la demostración de que los carteles de remate sí habían sido fijados. Tal no es, sin embargo, el sentido de la observación anotada. El demandante adujo la prueba de que no existía constancia de la fijación de los carteles y la sentencia expresó que el demandado habría podido desvirtuar esa prueba mediante la demostración del hecho contrario, esto es, que sí se había ejecutado la fijación de los carteles. Esta hipótesis no entraña ninguna exigencia de prueba al demandado ni la alteración del principio de la carga de acreditar sus asertos que la ley impone al demandante.

Fuera de lo anterior, vale recordar que los citados arts. 593 del C. Judicial y 1757 del C. Civil no son normas sustanciales cuyo desconocimiento sea por sí solo suficiente para infirmar un fallo, como lo tiene dicho la Corte (LX- 2034, 795. LXXIX 2149, 49 y 141).

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 nueve de febrero de mil novecientos sesenta y uno (sesenta dice tal fallo), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en este juicio ordinario promovido por el señor Antonio Velásquez contra el señor José Cure B.

La parte recurrente debe cubrir las costas del recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Julián Uribe Cadavid. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Enrique López de la Pava. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

PERTENENCIA

Procedimientos que admite la acción. Inspección ocular. Los peritos deben, a solicitud del Juez, dictaminar sobre la identidad del inmueble, aunque no lo haya pedido el interesado.

1. La Ley 120 de 1.928 consagró la acción declarativa de pertenencia a favor de la persona que ha poseído un bien en las condiciones necesarias para adquirir su dominio por prescripción ordinaria o extraordinaria. Los arts. 4o. y 6o de dicha ley contemplan sendas situaciones que conllevan diferencias en el ejercicio procesal de la acción expresada. El primero de estos preceptos se refiere al caso en que el poseedor del bien conoce a la persona que, por su interés en éste, puede llegar a disputarle la pretensión de obtener la declaración judicial de pertenencia. En este evento el poseedor que pretende esta declaración debe promover su acción por la vía ordinaria y llamar al juicio a la persona conocida que puede tener interés en contradecirle su pretensión. El proceso se ventila entre dichas personas únicamente y los efectos del fallo respectivo se circunscriben a los mismos litigantes.

El citado art. 6o. de la ley 120 contempla otra situación distinta de la anterior y consistente en que el poseedor que aspira a la declaración de pertenencia, no conoce a persona alguno con interés en oponerse a dicha pretensión. En este supuesto la acción se ventila por los trámites especiales que señalan los arts. 7o. y siguientes de la misma Ley 120, esto es, que el juicio se inicia corriendo traslado de la demanda al Agente del Ministerio Público y emplazando por carteles y por la prensa a todos los que se crean con algún derecho en el inmueble cuya pertenencia se solicita. Si no hay oposición, el negocio continúa recibiendo la tramitación especial aludida; pero si, dentro del término del emplazamiento, se formula oposición por el Agente del Ministerio Público o por un tercero, se sigue en adelante un juicio ordinario entre el opositor y el peticionario de la declaración de pertenencia. El fallo que, en este segundo caso, pone término al juicio especial o al juicio ordinario, produce efectos *erga omnes*.

La Ley 51 de 1.943 consagró la acción declarativa de pertenencia entre comuneros. Al ser dictada por el Congreso, la Cámara de Representantes aprobó una moción en que se expresó, entre otras cosas, que la misma Cámara "hace constar que el art. 3o. del proyecto aprobado, al disponer que se siga en juicio ordinario el procedimiento establecido por la Ley 120 de 1,928, ha querido adoptar el sistema especial de emplazamiento y garantías a favor de demandados inciertos o desconocidos, del art. 7o. de la referida Ley 120 de 1.928".

Con base en el texto del citado artículo 3o. de la Ley 51 y en la moción aprobada por la Cámara de Representantes, expresó la Corte en casación de 29 de noviembre de 1.954 (LXXIX, 2149, 151) que la acción de pertenencia entre comuneros debe ventilarse en todo caso por la vía ordinaria, con citación del Agente del Ministerio Público y de los comuneros demandados conocidos y con emplazamiento de quienes se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate en la forma prescrita por el art. 7o. de la Ley 120 de 1.928. "De tal suerte -se dijo en la misma providencia- que aun cuando los términos del artículo 3o. de la Ley 51 de 1.943, son un poco oscuros, para la Corte no hay duda de que la intención del legislador claramente manifestada en la historia fidedigna de su establecimiento, fue la de exigir perentoriamente la tramitación establecida en el artículo 7o. de la Ley 120 de 1.928, en todos los juicios por usucapión entre comuneros, sea que la acción se dirija contra demandados ciertos y conocidos, o sea que la acción se promueva contra demandados inciertos o desconocidos".

2. Los argumentos de que sólo es adecuada la prueba de inspección ocular para identificar un bien y de que en este caso los peritos no podían conceptuar sobre la identificación de los fundos por no habérselo solicitado la parte interesada, sino el funcionario que practicó la inspección, serían acaso pertinentes para formular un cargo por error de derecho en la apreciación de las pruebas consideradas por el fallo, pero no para sustentar una censura por error evidente de hecho, como la planteada por el recurso. Y a este propósito cabe recordar que aunque la inspección ocular es la prueba más adecuada para identificar un bien, no están descartados otros medios probatorios con tal fin, como el solo dictamen de peritos, según lo tiene dicho y repetido la Corte (LXXII, 2116, 559; XC, 2207, 99). Ni ha de olvidarse tampoco que, conforme al art. 728 del C. Judicial, el funcionario que practica una inspección ocular "puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar, de oficio o a petición de parte, los puntos sobre que deben dar dictamen los peritos". De suerte que no se concilia con este precepto la alegación de que en esta litis los peritos no podían dictaminar sobre la identidad de los inmuebles por no haberlo pedido el interesado, sino el funcionario que llevó a cabo la inspección ocular.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

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

Ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Neiva el señor Marcos Herrera demandó a la señora María Herrera de Puentes para que, en sentencia dictada por la vía ordinaria, se declarara que, por haberlas adquirido mediante prescripción extraordinaria, pertenecen al demandante dos porciones de terreno con sus respectivas plantaciones de cacao y caña de azúcar, ubicadas en el paraje llamado El Viso, en jurisdicción del Municipio de Rivera, y alindadas como se indica en la demanda. Pidió también el actor que se ordenase inscribir la sentencia declarativa de propiedad y que se condenara en costas a la demanda en caso de oposición.

En los hechos de su demanda expresa el señor Herrera que desde hace más de treinta años, o sea desde 1.922, viene ocupando y poseyendo materialmente las mencionadas porciones de terreno; que en una de ellas tiene puestas

a sus expensas plantaciones de cacao, ha construído sus cercas y disfrutado para sí solo de sus productos; que en la otra porción ha plantado sementeras de caña de azúcar, levantado y reparado sus cerramientos y se ha aprovechado también de sus frutos, que estos hechos los ha ejecutado de manera pública y tranquila, y que la señora María Herrera pretende tener derechos sobre los dichos dos fundos y ha querido entrar en posesión de ellos, alegando titulación inscrita a su favor.

La demandada contestó el libelo, oponiéndose a las pretensiones del actor, negando la mayoría de los hechos, afirmando que ella es la dueña de las aludidas porciones de terreno, proponiendo la excepción de petición antes de tiempo y de modo indebido y alegando que el demandado no ha podido ganar la propiedad por prescripción debido a que ésta fue interrumpida mediante una demanda de división de bienes comunes que el mismo actor aceptó.

El juez del conocimiento puso término a la primera instancia del juicio mediante fallo de 19 de agosto de 1.960, en el cual se denegó la declaración de pertenencia y se condenó en costas al demandante.

LA SENTENCIA ACUSADA

Por apelación que interpuso el propio actor, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva conoció del segundo grado del negocio, el cual concluyó con la sentencia de 27 de febrero de 1.961, en virtud de la cual se revocó la decisión apelada y en su lugar se dispuso:

"1o. Pertenecen en propiedad a Marcos Herrera, varón mayor y vecino de Rivera, por haberlos ganado por prescripción extraordinaria, dos lotes de terreno, como de dos y media (2-1/2) y una y media (1-1/2) hectáreas de superficie, con sus plantaciones de cacao y caña, situados en jurisdicción del Municipio de Rivera, en la región de El Viso, alinderados como se expresa en la petición primera de la demanda.

"2o. Inscríbase esta sentencia en el Libro No. 1o. de la Oficina de Registro de Neiva, para que produzca los efectos civiles señalados en el artículo 2534 del Código Civil, y

"3o. Condénase a la parte demandada en las costas del juicio. Tásense las correspondientes al segundo grado".

La motivación del fallo empieza por anotar que el actor mejoró en forma notable sus pruebas en la segunda instancia y se refiere luego a la identificación de las porciones de terreno cuya declaración de pertenencia se solicita para expresar que aquélla quedó plenamente establecida con la inspección ocular y con el dictamen de peritos que se practicaron sobre esos inmuebles, no obstante haberse advertido alguna variación en los linderos que de éstos figuran en la demanda. Agrega que esas porciones se hallan totalmente cultivadas, que el señor Herrera las explota en forma económica y las posee de manera exclusiva, de suerte que no hay duda alguna de que el propio demandante es el poseedor de esos fundos, como lo confirman varios testimonios y los recibos sobre pago del impuesto predial que se adujeron.

Discurre en seguida la sentencia sobre el comienzo y duración de esa posesión del demandante y cita a este respecto las declaraciones de los señores Venancio Herrera y Rafael Losada acerca del hecho de haber éstos conocido a Marcos Herrera cultivando dichos predios desde hace mucho tiempo. Recuerda también el concepto de los peritos sobre que el cincuenta por ciento de las plantaciones de cacao revela tener una edad no menor de veinte años, que la otra mitad corresponde a resiembras y que los plantíos de caña de azúcar tienen una edad que oscila entre los doce y los dieciséis años. Apunta asimismo que los testigos Miguel y José Bohórquez y Pastor Olaya hablan de que han conocido desde hace más de veinte años al mismo Herrera poseyendo las porciones mencionadas. En seguida añade la sentencia:

"Con los elementos de juicio de que se ha hecho mérito, no puede remitirse a duda que el actor ha demostrado una posesión pacífica, exclusiva y pública, por un lapso superior a veinte años, sobre los fundos a que se refiere la demanda, sin reconocer dominio ajeno, fundos que ha venido explotando económicamente con plantaciones de cacao, caña, plátano y otros cultivos, beneficiándose de sus frutos".

"En tales condiciones debe reconocerse que ha ganado por prescripción extraordinaria el dominio de los bienes materia de acción, que están en el comercio humano, de acuerdo con los artículos 2518 y 2531 del Código Civil, 2o. de la Ley 120 de 1.928 y 1o. de la Ley 50 de 1.936".

A continuación aborda el fallo el análisis de la excepción de petición antes de tiempo propuesta por la parte demandada y dice que esta defensa se apoya en la interrupción de la prescripción mediante una demanda de partición material de bienes propuesta por la señora Herrera de Puentes y que oportunamente fue notificada al actual demandante. Para demostrar esta excepción se adujo un certificado del Notario Segundo de Neiva, en que se expresa que en 1.950 María Herrera de Puentes demandó la partición de unas mejoras, que el libelo fue contestado por Marcos Herrera, que éste se opuso a la división alegando haber adquirido por prescripción y que la partición fue decretada por no prosperar dicha oposición. Sobre la prueba aludida observa la sentencia:

"Se ignora de dónde ha sido tomada dicha certificación, pues no se dice si se trata de algún juicio divisorio protocolizado. Por otra parte, se refiere a 'lotes de mejoras localizados dentro del globo de tierra denominado Rivera de Arriba' y no a los predios mismos, ignorándose si se trata precisamente de los fundos materia de la demanda. Además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 632 del C. Judicial, en vez de solicitarse certificación notarial ha debido traerse copia de los documentos pertinentes, expedida formalmente". Dice además que, según doctrina de la Corte, las certificaciones de los jueces y Magistrados y otros funcionarios tienen que referirse a hechos que pasan ante ellos en ejercicio de sus funciones y de que no queda dato en el proceso, y que en consecuencia el certificado del Notario de Neiva no es prueba adecuada para que el sentenciador pueda formar juicio sobre las pretensiones de la parte demandada.

Finalmente anota el fallo que la copia de la hijuela presentada en segunda instancia por la parte demandada, lo fue en forma irregular y extemporánea y que por lo mismo es una prueba que no puede tomarse en cuenta, de acuerdo con lo prescrito por el art. 597 del C. Judicial.

LA IMPUGNACION

La parte demandada recurrió en casación y con respaldo en las causales primera y sexta del art. 520 del C. Judicial, formula contra el fallo de segunda instancia los dos siguientes cargos que la Corte procede a examinar.

Primer cargo.

Aparece enunciado así: "Haberse incurrido en el juicio materia de la presente demanda de casación, en la nulidad que contempla el artículo 448 ordinal 3o., del Código Judicial, porque se omitió, conforme al artículo 7°. de la Ley 120 de 1.928, citar al Ministerio Público y emplazar a todas las personas conocidas y desconocidas que pudieran tener interés en oponerse a la declaración de pertenencia solicitada por el señor Marcos Herrera".

En sustentación de este motivo dice el recurso que la jurisprudencia ha exigido siempre que en todo juicio sobre declaración de pertenencia se observen los trámites señalados por el art. 7o. de la Ley 120 de 1.928, "porque tratándose de esta acción y aún entre herederos, sólo podrán ampararse los derechos de las personas, en general, con interés jurídico en los bienes que se reclaman por prescripción extraordinaria, mediante el emplazamiento por carteles y en la prensa e intervención del Ministerio Público". Según el impugnante, el procedimiento aludido se practica, sin excepción alguna, en todos los juicios de esta naturaleza, bien se trate de los casos que regula la Ley 120 de 1.928 como respecto de la prescripción entre comuneros que consagra la Ley 51 de 1.943. En apoyo de este concepto el recurso transcribe las doctrinas expuestas por la Corte en casaciones de 25 de mayo de 1.960 (XCII-2225, 893) y de diciembre nueve de 1.958 (LXXXIX-2203, 523), y expresa a continuación:

"En el presente juicio de pertenencia de dos lotes de terreno cultivados de cacao y caña, en el municipio de Rivera, Departamento del Huila, promovido al amparo de la Ley 120 de 1.928, se omitió aplicar el artículo 7°. de esta misma Ley, necesario e indispensable en esta clase de acciones, como lo ha decidido la Corte en diversas oportunidades".

"Máxime que en el poder dice Marcos Herrera claramente que las tierras cuya propiedad pide por prescripción extraordinaria de ellas, están ubicadas 'en el globo comunero denominado El Viso', lo que indica que no se trata de tierras sin dueño, o abandonadas hace muchos años, cuyos propietarios se desconocen; y máxime que, según los testigos del juicio y la escritura 148, de febrero 22 de 1947, Notaría 1ª. de Neiva, que protocoliza la sucesión de la madre de las partes en este proceso, los derechos sobre las tierras que se litigan provienen de la posesión que en ellas, hasta su muerte, tuvieron sus progenitores.

"Por tanto, la omisión de citar al Ministerio Público y de emplazar a todos los posibles interesados en los terrenos cuya pertenencia se solicita, conocidos y desconocidos, ciertos e inciertos, acarrea la nulidad contemplada en el ordinal 3°. del artículo 448 del Código Judicial".

LA CORTE CONSIDERA:

La Ley 120 de 1.928 consagró la acción declarativa de pertenencia a favor de la persona que ha poseído un bien en las condiciones necesarias para adquirir

su dominio por prescripción ordinaria o extraordinaria. Los arts. 4o. y 6o. de dicha Ley contemplan sendas situaciones que conllevan diferencias en el ejercicio procesal de la acción expresada. El primero de estos preceptos se refiere al caso en que el poseedor del bien conoce a la persona que, por su interés en éste, puede llegar a disputarle la pretensión de obtener la declaración judicial de pertenencia. En este evento el poseedor que pretende esta declaración debe promover su acción por la vía ordinaria y llamar al juicio a la persona conocida que puede tener interés en contradecirle su pretensión.

El proceso se ventila entre dichas personas únicamente y los efectos del fallo respectivo se circunscriben a los mismos litigantes.

El citado art. 6°. de la Ley 120 contempla otra situación distinta de la anterior y consistente en que el poseedor que aspira a la declaración de pertenencia, no conoce a persona alguna con interés en oponerse a dicha pretensión. En este supuesto la acción se ventila por los trámites especiales que señalan los arts. 7°. y siguientes de la misma Ley 120, esto es, que el juicio se inicia corriendo traslado de la demanda al Agente del Ministerio Público y emplazando por carteles y por la prensa a todos los que se crean con algún derecho en el inmueble cuya pertenencia se solicita. Si no hay oposición, el negocio continúa recibiendo la tramitación especial aludida; pero si, dentro del término del emplazamiento, se formula oposición por el Agente del Ministerio Público o por un tercero, se sigue en adelante un juicio ordinario entre el opositor y el peticionario de la declaración de pertenencia. El fallo que, en este segundo caso, pone término al juicio especial o al juicio ordinario, produce efectos erga omnes.

La Ley 51 de 1.943 consagró la acción declarativa de pertenencia entre comuneros. El art. 1°. de esta Ley dispone que "el comunero que posea materialmente, en las condiciones legales, el predio común proindiviso o alguna parte de él, podrá hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, según el caso, contra los demás comuneros, lo mismo que contra terceros extraños a la comunidad, sobre lo que tenga poseído y explotado económicamente". El art. 3°. ibidem establece que "la acción de prescripción a que esta ley se refiere, debe deducirse en juicio ordinario, siguiendo el procedimiento establecido en la Ley 120 de 1.928".

Al ser dictada por el Congreso esta Ley 51 de 1.943, la Cámara de Representantes aprobó una moción en que se expresó, entre otras cosas, que la misma Cámara "hace constar que el art. 3°. del proyecto aprobado, al disponer que se diga en juicio ordinario el procedimiento establecido por la Ley 120 de 1.928, ha querido adoptar el sistema especial de emplazamiento y garantías a favor de demandados inciertos o desconocidos, del art. 7°. de la referida Ley 120 de 1928".

Con base en el texto del transcrito art. 3° de la Ley 51 y en la moción aprobada por la Cámara de Representantes, expresó la Corte en casación de 29 de noviembre de 1.954 (LXXIX 2149, 151) que la acción de pertenencia entre comuneros debe ventilarse en todo caso por la vía ordinaria, con citación del Agente del Ministerio Público y de los comuneros demandados conocidos y con emplazamiento de quienes se crean con algún derecho en el inmueble de que se trate, en la forma prescrita por el art. 7°. de la Ley 120 de 1.928. "De tal suerte -se dijo en la misma providencia- que, aun cuando los términos del art. 3°. de la Ley 51 de 1.943, son un poco oscuros, para la Corte no hay duda de que la intención del legislador claramente manifestada en la historia fidedigna de

su establecimiento, fue la de exigir perentoriamente la tramitación establecida en el artículo 7º. de la Ley 120 de 1.928, en todos los juicios por usucapión entre comuneros, sea que la acción se dirija contra demandados ciertos y conocidos, o sea que la acción se promueva contra demandados inciertos o desconocidos".

En la ocurrencia de autos el señor Marcos Herrera demandó a la señora María Herrera de Puentes para que, con su citación y audiencia, se declarara que le pertenecen las dos mencionadas porciones de terreno por haber adquirido su dominio mediante prescripción extraordinaria. El demandante no se presentó como comunero ni demandó a la señora de Puentes como copartícipe en esos dos predios. Dicho actor ha asumido la posición de un tercero, ajeno a cualquier supuesta comunidad. Ni se ha demostrado que exista comunidad alguna entre el actor y la demandada sobre los mismos inmuebles. El recurrente sostiene que en este juicio era aplicable y necesario el procedimiento de edictos o de emplazamiento por carteles y prensa, porque el demandante Herrera, al conferir poder a su abogado, expresó que los dos fundos mentados se hallan situados "en el globo comunero denominado El Viso", en jurisdicción del Municipio de Rivera. De esta frase infiere el recurso que aquí se trata de una prescripción entre comuneros y que de consiguiente se ha debido citar al Agente del Ministerio Público y emplazar a quienes pudieran considerarse con derecho a contradecir la pretensión demandada. Bien a las claras se nota la futilidad de este argumento, porque el hecho de aseverar que los inmuebles están ubicados en el "globo comunero" de El Viso, no autoriza para sostener ni menos demuestra que exista una comunidad entre el actor y la demandada y que en este juicio se pretenda una prescripción entre comuneros.

Si, pues, no aparece establecida la existencia de ninguna comunidad entre las partes litigantes, ni se trata aquí de prescripción entre comuneros, sino de una acción declarativa de pertenencia en que es conocida la persona que tenía interés en disputar esa pretensión, resulta obvio qué tal acción corresponde a la primera de las situaciones mencionadas antes y que su tramitación era la del juicio ordinario que señala el art. 4º. de la Ley 120 de 1.928 y no lo que, según lo dicho, incumbe a la de prescripción entre comuneros. No había por tanto necesidad de promover esa acción frente al Ministerio Público ni de emplazar a presuntos interesados en contradecirla. Ella se propuso y debía ventilarse sólo entre el demandante como poseedor que pretendía la declaración de pertenencia y la demandada como interesada en disputar el dominio de las dos porciones de terreno. Y si no era necesario en este caso citar al Agente del Ministerio Público ni hacer emplazamiento alguno, fuerza es concluir que no se incurrió en ninguna nulidad por haberse omitido esos requisitos procesales.

Esta primera censura carece de fundamento.

Segundo cargo

Se hace consistir en la violación indirecta de los arts. 669, 673, 685, 757, 762, 2512 y 2520 del C. Civil, 2º. y 5º. de la Ley 120 de 1.928 y 1º. de la Ley 51 de 1.943, a causa de error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sobre este motivo dice el recurso que la sentencia apreció erróneamente la inspección ocular practicada en segunda instancia, el certificado expedido por el Notario Segundo de Neiva y los testimonios de Venancio Herrera, Rafael Losada, Pastor Olaya, Miguel y José Bohórquez, y que omitió considerar las declaraciones de Juan Herrera, Rafael Tobías Rodríguez, Segundo Quevedo, Samuel Var-

gas y Octavio Parra, los recibos de pago del impuesto predial y la certificación del Tesorero Municipal de Rivera.

En efecto, la sentencia, según el recurso, dio por plenamente identificados los fundos con la inspección ocular pero, sucede que en el acta de esa diligencia no se mencionan siquiera los linderos de tales inmuebles ni se determina su cabida, y aun más: allí se expresa que hay variaciones en esos linderos respecto de los que señala la demanda. "En estas circunstancias -afirma el impugnante- la inspección ocular como medio para individualizar los lotes y obtener su pertenencia, carece de valor, porque en la diligencia no se identifican y porque la constancia que al respecto dejó el Tribunal, demuestra precisamente que los lotes no son los mismos de la demanda, ya que aquéllos y éstos tienen distintos linderos".

La prueba conducente para identificar un inmueble es la de inspección ocular, pero no la de peritos y menos cuando, como ocurre en este caso, no se pidió a éstos dictaminar sobre la identificación y cuando dichos expertos dicen que los fundos son los mismos no obstante admitir que los linderos de ellos son diferentes de los mencionados en la demanda. A pesar de ello, afirma el recurrente, la sentencia aceptó que "los lotes materia de la acción fueron plenamente identificados en la mencionada inspección".

El recurso continúa diciendo que, como prueba de la posesión de los fundos durante veinte años por parte de Marcos Herrera, la sentencia acogió los testimonios de Venancio Herrera, Rafael Losada, Miguel, José y Lisandro Bohórquez y Pastor Olaya. El declarante Herrera afirma que hace cuarenta y cinco años Marcos Herrera le hizo una compra a su padre y que desde entonces puso su labranza. Si esto fuera cierto, la compra de los lotes aparecería por escritura pública y el demandante no necesitaría ahora que la justicia le reconociera su derecho de propiedad. El testigo Losada dice que hace unos veinte años le construyó un trapiche a Marcos Herrera y que desde entonces lo conoce en posesión de los predios. La hechura de un trapiche a persona que vive con su padre no es prueba de posesión de la tierra en donde se instaló ese artefacto, porque no se expresa quién lo mandó fabricar, ni quién lo pagó, ni las circunstancias de modo, tiempo y lugar de la posesión. Los deponentes Bohórquez exponen todos lo mismo, en tono uniforme, con el agravante de que hasta de memoria citan los linderos de los inmuebles que se indican en la demanda, linderos que no corresponden a los terrenos examinados en la inspección ocular, y de que uno de estos testigos apenas tenía tres años cuando, según él, se inició la posesión de Marcos Herrera. El declarante Olaya asevera que conoce los fundos desde hace unos veinte años más o menos y que Herrera posee esas tierras desde entonces, pero que no sabe si les hace cercas, porque los cerramientos son de piedra, se han caído y nadie los ha reparado. La expresión veinte años poco más o menos no demuestra posesión por tiempo mayor de ese lapso, y como este testigo agrega que Herrera no cerca los lotes, quiere ello decir que éste nada posee ni cultiva nada, porque no hace cerramientos y porque nadie expone plantaciones de cacao, caña, tabaco y otras a la acción destructora de animales que pacen libremente.

Una sentencia no puede fundarse en testimonios tan sospechosos, dice el recurso, y añade que, en cambio, el fallo acusado desechó como prueba el certificado del Notario Segundo de Neiva, sin embargo de que los juicios divisorios de bienes se llevan al protocolo, de que entre las funciones de los Notarios figura la de dar fe de los actos y contratos que pasan ante ellos y que las certificaciones que expiden al respecto tienen pleno valor.

Según el mismo recúrso, las pruebas anteriores fueron mal apreciadas por la sentencia y en razón de ello tuvo por bien comprobado el hecho de la posesión de Marcos Herrera durante más de veinte años. Para desvirtuar tales pruebas se alegaron los testimonios de Juan Herrera Mejía, Rafael Tobías Rodríguez, Segundo Garzón, Samuel Vargas y Octavio Parra García, y los comprobantes del pago del impuesto predial, elementos éstos que el fallo no estudió ni apreció. Los testigos nombrados afirman que fue Gregorio Herrera, padre de los litigantes Marcos y María Herrera, el dueño de las porciones de terreno en disputa y quien plantó allí los cultivos de cacao y caña, que Marcos era un simple cuidandero y que sólo viene ocupando esas tierras desde la muerte de su padre, hace unos diez años. Era Gregorio Herrera quien ejecutaba actos de dominio sobre esos inmuebles y su hijo Marcos apenas le ayudaba en su vigilancia y cultivo, pero a la muerte de aquél y al deferirse su herencia "parece que Marcos asumió la posesión de todos los bienes hereneiales", dice el impugnante y agrega: "En el ánimo de encontrar la verdad se observa que lo expresado por estos testigos corresponde más a la realidad de los hechos y de la razón jurídica que lo aseverado por los declarantes que, para fundar su fallo, acoge el Tribunal, porque bien puede una persona durar cincuenta años como ayudante del padre en las labores de sus haciendas sin llegar a la posesión de esos bienes, en el sentido legal del artículo 762 del Código Civil".

Lo expuesto por estos últimos declarantes se halla confirmado por el dicho de Octavio Parra, quien afirma que desde hace más de diez años Marcos Herrera le ha venido vendiendo cacao en pepa procedente de unas labranzas que posee en el sitio llamado "Viso de Rivera". También aparece corroborado por dos de los recibos de pago del impuesto predial aducidos por Herrera, recibos que datan de 1.949.

Por todas estas probanzas, parece inobjetable -concluye el recurso- que sólo desde hace un poco mas de diez años Marcos Herrera está poseyendo los bienes dejados por su padre, entre ellos las dos porciones de terreno cuya pertenencia pretende que se le declare.

LA CORTE CONSIDERA:

a) El recurso señala como indirectamente violados varios preceptos sustanciales, pero no explica si el quebranto se debe a falta de aplicación o a indebida aplicación de esas normas.

Habla también el impugnante de error evidente de hecho por mala apreciación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras. Del contexto de la censura por mala apreciación se desprende qué el supuesto error de hecho consiste en atribuir a las pruebas consideradas por la sentencia un contenido que ellas no tienen.

Según esto, el cargo no aparece formulado con la claridad y la técnica que demanda este recurso extraordinario.

b) La sentencia tuvo en verdad por identificados los dos inmuebles cuya declaración de pertenencia se pretende en esta litis, y para ello se fundó no sólo en la inspección ocular, sino también en el dictamen de los peritos que tomaron parte en esta diligencia.

En el acta de la inspección ocular se expresa que los fundos fueron recorridos, que se observaron variaciones en sus linderos y que se pidió a los peritos dicta-

minar sobre sí, a pesar de esas variaciones, dichos predios eran los mismos que se singularizaron en la demanda. Los expertos absolvieron este punto diciendo que, no obstante las aludidas variaciones de linderos, los inmuebles examinados eran los mismos que figuran determinados en el libelo.

Estas dos pruebas le fueron suficientes al sentenciador para considerar identificados los bienes expresados, y al estimarlo así ningún error de hecho se cometió, desde luego que no se ha atribuido a esos elementos ningún contenido diferente del que ellos mismos revelan.

Los argumentos de que sólo es adecuada la prueba de inspección ocular para identificar un bien y de que en este caso los peritos no podían conceptuar sobre la identificación de los fundos por no habérselo solicitado la parte interesada, sino el funcionario que practicó la inspección, serían acaso pertinentes para formular un cargo por error de derecho en la apreciación de las pruebas consideradas por el fallo, pero no para sustentar una censura por error evidente de hecho, como la planteada por el recurso. Y a este propósito cabe recordar que, aunque la inspección ocular es la prueba más adecuada para identificar un bien, no están descartados otros medios probatorios con tal fin, como el solo dictamen de peritos, según lo tiene dicho y repetido la Corte (LXXII- 2116, 559.- XC- 2207, 99). Ni ha de olvidarse tampoco que, conforme al art. 728 del C. Judicial, el funcionario que practica una inspección ocular "puede hacer cualquier investigación tendiente al esclarecimiento de los hechos y ampliar, de oficio, o a petición de parte, los puntos sobre que deben dar dictamen los peritos". De suerte que no se concilia con este precepto la alegación de que en esta litis los peritos no podían dictaminar sobre la identidad de los inmuebles por no haberlo pedido el interesado, sino el funcionario que llevó a cabo la inspección ocular.

c). También la sentencia dio por comprobada la posesión del demandante Marcos Herrera sobre los inmuebles durante el tiempo necesario para ganar su dominio por prescripción extraordinaria. El respaldo probatorio de esta conclusión consiste en los testimonios de Venancio Herrera, Rafael Losada, Miguel y José Bohórquez y Pastor Olaya y el dictamen pericial sobre la edad que revelan tener algunas de las mejoras puestas en las porciones de terreno.

El recurso sostiene que el fallo apreció mal estas pruebas y que por ello incurrió en error de hecho. En orden a demostrar esta censura el impugnante comenta algunas de las aseveraciones de los declarantes nombrados para concluir que sus dichos son sospechosos y que sobre ellos no se puede cimentar una sentencia. El fallador apreció tales pruebas y de ellas dedujo la convicción de que el actor ha poseído los fundos por más de veinte años, de que en ellos ha tenido y tiene cultivos y de que los ha explotado en forma económica. El examen de esos elementos de juicio no revela que la sentencia les haya atribuido un contenido que no tienen ni sacado de ellos inferencias contrarias a lo expuesto en las mismas pruebas. Los reparos que formula el recurrente no constituyen ningún error de hecho y sólo demuestran que su criterio de apreciación es distinto del aplicado por el fallador, quien tuvo por convincentes y no por sospechosos los testimonios mencionados.

d). Es verdad que la sentencia no citó ni tuvo en cuenta las declaraciones de Juan Herrera Mejía, Rafael Tobías Rodríguez, Segundo Garzón y Samuel Vargas, aducidas por la parte demandada, pero no por ello incurrió en error

de hecho, porque estos testimonios no alcanzan a desvirtuar los que el mismo fallo consideró. Uno de estos testigos afirma que conocieron a Gregorio Herrera y que éste plantó mejoras de cacao y caña en unos terrenos que tenía, pero no indican la situación precisa y los linderos de esas tierras ni dicen si son las mismas que posee el señor Marcos Herrera. Otros deponentes aseguran que Marcos ayudaba a su padre y que al morir éste, hace unos diez años, aquél continuó poseyendo sus propiedades. La vaguedad e indeterminación de estas declaraciones no permiten dar por establecido que se trate de los mismos inmuebles poseídos por Marcos Herrera ni de las mismas mejoras que éste tiene plantadas en las dos porciones cuya pertenencia solicita. De modo que la omisión en considerar estos testimonios no constituye error de hecho, porque ellos no alcanzan a infirmar las pruebas acogidas por la sentencia.

Tampoco erró de hecho el fallo al no tener en cuenta la declaración de Octavio Parra, porque la circunstancia de que sólo desde hace diez años le venga vendiendo Marcos Herrera a este testigo cacao en pepa, como él mismo dice, no demuestra en manera alguna que el demandante no hubiera tenido la posesión de los fundos en tiempo anterior y que sólo la haya ejercido en los dichos últimos diez años.

Los comprobantes sobre pago del impuesto predial acreditan que el demandante viene cubriendo este impuesto desde 1.949, pero no que haya carecido de la posesión de sus fundos en época anterior, esto es, en el tiempo en que no atendía al pago de tal impuesto. Ningún error de hecho cometió, pues, la sentencia al abstenerse de considerar esos recibos como prueba de la no posesión de Herrera en el tiempo anterior a los mismos comprobantes.

De todo lo cual se concluye que este segundo cargo también está desprovisto de fundamento.

RESOLUCION:

En razón de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de veintisiete de febrero de mil novecientos sesenta y uno, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en este juicio ordinario sobre declaración de pertenencia promovido por Marcos Herrera contra la señora María Herrera de Puentes.

Sin costas porque no se causaron.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el negocio al Tribunal de su origen.

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

TESTAMENTO PUBLICO OTORGADO ANTE CINCO TESTIGOS

Sus exigencias legales. No puede hablarse de inconsonancia entre la sentencia y la parte motiva de la demanda. Alegación de inconsonancia por falta de pronunciamiento expreso sobre las excepciones aducidas.

1. Las pretensiones de las partes se concretan en el petitum de la demanda y en su respuesta con las excepciones que se oponen y que constituyen un medio o modo defensivo del demandado. La sentencia debe responder con su decisión sobre todas y cada una de las peticiones de la demanda, y sobre los hechos exceptivos de la defensa; si así no ocurriere se presentaría el fenómeno de la inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Pero no puede hablarse de inconsonancia entre la sentencia y la parte motiva de la demanda, porque el fallador no tiene por qué referirse pormenorizadamente a todos y a cada uno de los motivos o fundamentos básicos que constituyen la causa petendi de la acción incoada.

Como se ha dicho, la sentencia ha de estar en consonancia con lo demandado, debe resolver íntegramente sobre él, sin fallar extra petita, ultra petita, ni minima petita, pero sin que sea necesario que el juzgador entre a glosar todos y cada uno de los argumentos de hecho en que ha pretendido fundar su derecho el demandante, o su defensa el demandado, cuando se haya encontrado valedero uno cualquiera de tales argumentos, sin posible contradicción por la otra parte. Sobre el particular puede verse lo dicho por la Corte en casación de 3 de diciembre de 1.959, G. J. T. XCI, 864.

2. El opositor o parte demandada propuso las excepciones de improcedencia de las acción y "petición de modo indebido". El Juez se pronunció sobre tales medios defensivos cuando en la sentencia de primer grado expresó que con las partidas sobre matrimonio, defunción y nacimiento aducidas, "se deduce que los demandantes tienen personería sustantiva para entablar la demanda". Y como, por otra parte, se encontraron reunidos todos los presupuestos procesales, el juez no halló en el juicio elemento alguno demostrativo de las excepciones propuestas. Es verdad que el Tribunal no se pronunció expresamente sobre las excepciones aducidas, pero no por ello se puede acusar la sentencia de inconsonante, pues al decidir confirmar la del inferior fué porque no encontró tacha que oponerle en relación con las dichas excepciones. En relación con esta materia, conviene recordar lo expuesto por la Corte en casación de 30 de enero de 1.962, to. XCVIII, 19.

3. Como aparece del artículo 1071 del C. Civil, la ley autoriza el otorgamiento del testamento solemne público ante testigos y sin la presencia

del notario, cuando este funcionario no existe en el lugar, o cuando llegare a faltar.

Pero como lo tiene registrado y aceptado la jurisprudencia y la doctrina, esta forma de testar tiene un carácter simplemente subsidiario y solo puede emplearse en los casos excepcionales que la misma ley señala, sin que pueda generalizarse su empleo, ni mucho menos darle al testamento ante testigos una categoría y una preeminencia igual a la que tiene el testamento nuncupativo otorgado ante Notario y testigos.

Si el testamento público ante cinco testigos sólo puede otorgarse en forma excepcional y subsidiaria, es preciso en cada caso cerciorarse de la falta del respectivo notario, para poder tenerlo como válido y eficaz para los efectos legales. De lo contrario quedaría al arbitrio de partes interesadas el acudir o no ante el notario, o verificar el otorgamiento ante sólo testigos. Al respecto, véase lo expresado por la Corte en casación de 25 de abril de 1.956, t°. LXXXII, 302.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, siete de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Ordinario sobre nulidad de testamento entre Guillermo Bastidas y Mercedes Bastidas de Palacios contra Néstor Noguera.

-I-

ANTECEDENTES

Los motivos básicos de la demanda propuesta por Guillermo Bastidas y Mercedes Bastidas de Palacios contra Néstor Noguera, José Manuel Córdoba y Teófila Noguera, por ante el Juez Primero del Circuito Civil de Pasto con fecha seis (6) de febrero de mil novecientos sesenta y dos, se resumen en lo siguiente:

María Francisca Bastidas y Néstor Noguera, casados entre sí, tuvieron su domicilio, hasta el mes de enero de mil novecientos sesenta y uno (1.961), en el Corregimiento del Ingenio, del Municipio de Sandoná, del Departamento de Nariño.

En la época indicada en el párrafo anterior, el marido Néstor Noguera trasladó a su mujer María Francisca Bastidas, a quien tenía prácticamente abandonada, al caserío de Pandiaco del Municipio de Pasto, a casa de Ernesto Meza B. y allí la tuvo hasta que falleció el 22 de mayo de 1.961.

El (2) de mayo de mil novecientos sesenta y uno (1.961), la señora María Francisca Bastidas otorgó testamento, sin la presencia del notario y ante testigos "sin que se conozca la edad, vecindad y carencia de impedimentos de esos testigos, así como no aparece la edad de la testadora ni documento alguno de su identificación personal de acuerdo con las formalidades que la ley determina".

Los testigos no dan noticia alguna acerca del estado mental de la testadora al tiempo de otorgar el testamento, ni tampoco de que ellos hubieren sido rogados por la testadora para ir a presenciar sus declaraciones "o que hubieren oído de labios de dicha testadora la aceptación expresa del contenido de ese testamento al serle leído".

Entre el mes de enero de 1.961, época en que María Francisca Bastidas fué trasladada por su marido a casa de Ernesto Meza B., y el 22 de mayo del mismo año, en que ocurrió su muerte, "hubo un espacio de tiempo más que suficiente para que la testadora señora Bastidas hubiere otorgado su testamento ante uno de los Notarios que funcionan en esta ciudad dada la poca distancia que existe y la facilidad de transporte y estando en el mismo estado de gravedad y postración desde muchos meses anteriores al día 2 de mayo de 1.961".

La enfermedad que acarreó la muerte de la señora Bastidas fué un derrame cerebral que la tenía reducida a un estado de inconciencia e impedimento físico e intelectual en que la vieron muchos testigos.

María Francisca Bastidas sabía leer y escribir y, por lo mismo, "constituye una falsedad el hecho de que el señor Ernesto Meza B. aparezca firmando el testamento del 2 de mayo de 1.961 a ruego de la testadora señora María Francisca Bastidas por no saber firmar".

Basados en estos hechos fundamentales hicieron los demandantes las peticiones: de nulidad "del testamento nuncupativo otorgado por la señora María Francisca Bastidas, el 2 de mayo de 1.961 y ante los testigos Natalia Jojoa, José F. Pachajos, Luis Efraín López L., Rafael Ortega y Gonzalo H. Arcos; declaración de invalidez y efecto legal de la providencia de fecha 14 de junio de 1.961, del juzgado 1º. civil de Pasto" por la que el juzgado declaró testamento público y solemne el otorgado por la señora María Francisca Bastidas"; declarar sin valor el registro del testamento y diligencias mencionados y cancelación de dicha inscripción; y costas.

Los demandados dieron respuesta a la demanda contradijeron algunos hechos, aceptaron o aclararon otros, se opusieron a las declaraciones solicitadas, y propusieron las excepciones de improcedencia de la acción y de "petición indebida o antes de tiempo".

Finalizadas todas las ritualidades de la primera instancia, el juzgado primero del Circuito Civil de Pasto, declaró:

"Que es nulo el testamento otorgado por María Francisca Bastidas, el dos de mayo de mil novecientos sesenta y uno, ante testigos.

Que no tiene ningún valor la providencia de catorce de junio de mil novecientos sesenta y uno, emitida por el Juzgado Primero Civil del Circuito, y por la cual se declaró testamento nuncupativo, al que se ha hecho mención en la parte anterior.

"Comunicar al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito, que debe cancelar el registro de la escritura número quinientos cuarenta (540) de veintidos (22) de junio de mil novecientos sesenta y dos (1.962) (sic).

"Se condena en costas a la parte demandada".

Recurrió en apelación la parte opositora, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en providencia datada el treinta (30) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1.963), confirmó la de primer grado.

-II-

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Sobre los mismos fundamentos aducidos por el juzgador de la primera instancia, el Tribunal basa su decisión en lo siguiente:

En que la ley, como norma general exige que el testamento se otorgue ante Notario; y que como en el caso a estudio no se procedió de tal manera, por lo mismo se violó la ley, "de conformidad con lo estatuido por el artículo 1071 del C.C".

Que "El testamento nuncupativo es una forma subsidiaria de testamento abierto permitido por la ley sin la concurrencia de notario, pero presenciado por cinco testigos, y es asequible aún para las personas que no sepan leer ni escribir. La ley reclama como condiciones esenciales para este testamento, el hecho de ser leído en alta voz por uno de los cinco testigos a petición del testador, y también exige que haya unidad de acto en relación con el tiempo y en relación con los testigos. Atemperándolo a su calidad de subsidiario que tiene por designio obviar la imposibilidad de conseguir la concurrencia del Notario, el artículo 1071 del C.C. lo autoriza para los lugares en que no hubiere notario o en que faltare este funcionario. Pero así como la jurisprudencia ha consagrado que la constancia de la lectura en alta voz no es necesario que quede consignada en el mismo testamento, la doctrina aprecia que la inexistencia o falta del notario se configura ante algún obstáculo que le impida oficiar a tal funcionario aunque se trate de un lugar que sea cabecera o circuito de notaría. De manera que esta causal de la imposibilidad del ejercicio por parte del Notario en los lugares donde exista, debe aparecer clara y severamente demostrada porque siendo esa forma de testar excepcional y subsidiaria, se debe evitar el abuso y la generalización de ella, ya que no se le puede confundir con los testamentos "verbal" "marítimo", y "militar", que forman la categoría de los privilegiados con requisitos y solemnidades bien definidas para cada caso. El artículo 1071 del C.C., no tiene en cuenta el estado personal del testador ni ninguna circunstancia de peligro inminente o de eventualidades insalvables como sí lo considera para los privilegiados, razón por la cual la prueba para demostrar la forma del testamento nuncupativo o público, tiene que versar sobre hechos concretos y externos y no subjetivos o de apreciaciones personales, o circunstanciales y casuistas".

Agrega la sentencia que "Los demandados llevaron al proceso, varias declaraciones de las mismas personas que sirvieron de testigos en el acto testamentario de la señora María Francisca Bastidas, y todos se limitaron a expresar la autenticidad de sus respectivas firmas en el testamento de la expresada señora; algunos declararon sobre el estado de salud de la testadora y sobre la forma como se redactó el testamento. Pero ninguno fué citado a declarar ni declaró sobre búsqueda o diligencias para llevar a un notario, y en cambio la parte actora sí llevó las certificaciones de los notarios de esta ciudad, con las cuales demuestra que esos funcionarios estuvieron en sus despachos todo el día 2 de mayo. Además, el mismo demandante agregó a los autos, la prueba de la distancia existente entre el centro de la ciudad de Pasto y el poblado de Pandiaco, sector éste que queda comprendido dentro del perímetro urbano de la ciudad, según certificación de la Secretaría de Obras Públicas Municipales".

Finaliza el sentenciador su exposición o parte motiva, así: "El análisis anterior lleva a la conclusión de no aparecer demostradas las condiciones que el

artículo 1071 de C. C., reclama para la viabilidad y legalidad del testamento nuncupativo otorgado el día dos (2) de mayo de 1.961 ante cinco testigos, por la señora María Francisca Bastidas, en la sección de Pandiaco de esta ciudad, y el fallo que así lo reconoció, se ajusta a la ley".

- III -

LA CENSURA

Inconforme el demandado con lo resuelto por el Tribunal, interpuso el recurso extraordinario que ahora entra a decidir la Corte.

"El fundamento del recurso -dice el recurrente- que en el caso contempla la excelentísima Corte Suprema de Justicia, tiene por base las causales indicadas en los numerales 1o. y 2o. del artículo 520 del C. J.; es decir, ser la sentencia acusada violatoria de la ley sustantiva, al menos en forma indirecta por apreciación errónea de la prueba de autos; y no estar dicho fallo en consonancia con las pretenciones deducidas en el juicio por las partes".

Primer cargo (*Segundo de la demanda*).

Se impugna la sentencia porque "deja sin decidir muchas pretensiones deducidas en el juicio por las partes, de orden esencial, lo que conforma la causal 2ª. que indica el numeral 2o. del artículo 520 del C. J".

Como sustentación del cargo, afirma el recurrente que "la demanda fundamenta el pedido de nulidad no sólo en el hecho de que el testamento de la señora Bastidas no se hubiera otorgado ante Notario, sino también en una porción de sucesos indemostrados, pero que debieron analizarse y decidir sobre su mérito. Al principio de este escrito hice el siguiente detalle de ellos: Abandono del marido para la testadora, agotamiento físico y mental de la misma, el hecho de que estas condiciones se mantuvieron desde enero a mayo de 1.961; y que fué precisamente dentro de ellas como María Francisca otorgó su testamento ante testigos".

Critica la sentencia porque pasó por encima de las causales nombradas para detenerse únicamente en el exámen del hecho de si los Notarios de Pasto estuvieron o no en sus oficinas el dos de mayo de 1.961. Dice que el actor alegó también que los testigos testamentarios no dieron noticia sobre el estado mental de la testadora, lo que sí consta en la parte final del testamento, donde también aparecen las anotaciones de su edad, vecindad y estado. Agrega que en el término probatorio numerosos testigos hablaron sobre la sanidad mental de María Francisca Bastidas, "pero sobre tales hechos nada produjo el Tribunal de Pasto".

Afirma que al presentar la contestación de la demanda, el opositor fue claro en proponer excepciones perentorias, que debieron decidirse en últimas por el Tribunal de Pasto, ya que no lo había hecho el juez de primer grado. "Una de ellas, es la falta de legitimación en causa, pues los actores no demandaron en beneficio de la sucesión de María Francisca Bastidas, sino a nombre propio". Añade que "No obstante haber presentado partidas de su parentesco con la causante, nunca hicieron manifestación de aceptar, la cuota herencial que pudiera corresponder. Es decir, que no puede darse por demostrado el interés que pudieran tener en la litis, lo que constituye la excepción alegada, en acuerdo a reiterada doctrina".

Concluye este cargo así:

"De manera que peca *(sic)* de excesivo sostener que se encuentra ampliamente demostrada, con la simple vista de autos, la causal DOS del artículo 520 del C. J., por 'No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por las partes', lo que originaría nulidad en la actuación, por haberse violado los artículos 329, 342, 343 y 344 del C. J.".

SE CONSIDERA:

Las pretensiones de las partes se concretan en el petitum de la demanda y en su respuesta con las excepciones que se oponen y que constituyen un medio o modo defensivo del demandado. La sentencia debe responder con su decisión sobre todas y cada una de las peticiones de la demanda, y sobre los hechos exceptivos de la defensa; si así no ocurriere se presentaría el fenómeno de la inconsonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Pero no puede hablarse -como lo hace el recurrente- de inconsonancia entre la sentencia y la parte motiva de la demanda, porque el fallador no tiene por qué referirse pormenorizadamente a todos y a cada uno de los motivos o fundamentos básicos que constituyen la causa petendi de la acción incoada. Si, como ocurre en el caso presente, el fallador halló que el testamento de la señora Bastidas adolecía de nulidad porque, habiendo notario expedito y a la mano para presenciar su otorgamiento, se prefirió hacerlo ante solo cinco testigos, no puede tildarse de inconsonante la sentencia que no se haya referido a las otras causales de nulidad que se apuntan en la parte expositiva del libelo.

Como se ha dicho, la sentencia ha de estar en consonancia con lo demandado, debe resolver íntegramente sobre él, sin fallar extra petita, ultra petita, ni mínima petita, pero sin que sea necesario que el juzgador entre a glosar todos y cada uno de los argumentos de hecho en que ha pretendido fundar su derecho el demandante, o su defensa el demandado, cuando se haya encontrado valedero uno cualquiera de tales argumentos, sin posible contradicción por la otra parte.

A este propósito ha dicho la Corte:

"En desarrollo del principio de que las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes litigantes, el artículo 520 del Código Judicial establece la causal segunda de casación, con el objeto de hacer posible que, por medio de este recurso se quiebre la sentencia de instancia y, en su lugar, se produzca fallo armónico y congruente con las pretensiones oportunamente traídas al juicio. La incongruencia resulta, como reiteradamente lo ha sostenido la Corte, cuando el sentenciador 'deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decide sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre algo que no le ha sido pedido o porque condene en más de lo demandado, y cuando deje de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio,". (Cas. Diciembre 3 de 1.959, G. J. t° XCI, 864).

En el presente caso el Juez fué requerido por la parte actora para que declarara la nulidad del testamento de la señora María Francisca Rastidas y ordenara la cancelación del registro del mismo testamento, y sobre tales peticiones decidió el fallador de la primera instancia. A su turno el Tribunal confirmó en todas

sus partes la providencia de primer grado. De suerte que no hubo inconsonancia entre lo fallado y lo pedido, por lo cual no hay lugar al recurso de casación con base en la causal segunda del artículo 520 del C. J.

En la segunda parte del cargo se afirma que la sentencia es inconsonante por no haber decidido sobre las excepciones propuestas por la parte demandada, "ya que no lo había hecho el juez de primer grado".

El opositor o parte demandada propuso, como antes se ha visto, las excepciones de improcedencia de la acción y "petición de modo indebido". El juez se pronunció sobre tales medios defensivos cuando en la sentencia de primer grado dijo: "Por la copia de la partida de matrimonio, de defunción, de los padres de los demandantes, por la copia de la partida de nacimiento de María Francisca Bastidas, de Guillermo Bastidas y Mercedes Bastidas, por la partida de defunción de la testadora Bastidas, se deduce que los dichos demandantes tienen personería sustantiva para entablar la demanda". Y como, por otra parte, se encontraron reunidos todos los presupuestos procesales, el juez no halló en el juicio elemento alguno demostrativo de las excepciones propuestas. Es verdad que el Tribunal no se pronunció expresamente sobre las excepciones aducidas, pero no por ello se puede acusar la sentencia de inconsonante, pues al decidir confirmar la del inferior fué porque no encontró tacha que oponerle en relación con las dichas excepciones.

La Corte ha dicho sobre el particular lo siguiente:

"Para que pueda afirmarse que una sentencia es incongruente, por defecto de proveimiento, es preciso que, de sus términos, dada la materia de que se ocupa y el engranaje entre la parte considerativa y la resolutiva del proveído, quede sin solución la cuestión que se dice preterm itida. Por lo mismo tratándose de excepciones propuestas, para que el fallo adolezca de insuficiencia, no basta que se haya omitido una decisión especial al respecto, sino que es necesario que, por consecuencia de esta omisión, haya dejado de desatarse alguna de las cuestiones sometidas a controversia". (Cas. enero 30 de 1.962, t°. XCVIII, 19).

De lo dicho se desprende que no hay lugar, en el caso de este litigio, a dar aplicación a la causal segunda de casación, y por ende, se rechaza el cargo.

Segundo cargo *(Primero de la demanda)*.

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal porque según su criterio "cuando menos viola indirectamente disposición sustantiva, y conforme el caso de la causal primera del artículo 520 del C. J., pues la apreciación errónea de la prueba de cargo, de que adolece el fallo acusado, viene a constituir error tanto de derecho, como de hecho, el último aparece manifiesto y trataré de demostrarlo".

Dice que el fallo del Tribunal se reduce a seguir los lineamientos del de la primera instancia, y "a sostener que el testamento otorgado por María Francisca Bastidas, no se encuentra dentro del predicamento del artículo 1071 del C. C., y debió extenderse mediante escritura pública, al tenor del artículo 2578 del mismo libro".

Afirma que para llegar a dicha conclusión el Tribunal tuvo como fundamento "las certificaciones de los dos notarios de Pasto, quienes sostienen haberse encontrado en sus derechos el día 2 de mayo de 1.964; y en la certificación

expedida por la Oficina de Obras Públicas Departamentales (sic) sobre la distancia existente entre el centro de la ciudad de Pasto y el poblado de Pandiaco; como también por el hecho de que los testigos de la parte demandada, se limitan a expresar la autenticidad de sus respectivas firmas..... algunos declararon sobre el estado de salud de la testadora y sobre la forma como se redactó el testamento, pero ninguno fue citado a declarar ni declaró sobre búsqueda o diligenciamiento para llevar a un Notario".

Avanza en su alegato el recurrente y dice que habiéndose dicho en la demanda inicial del juicio que el testamento se otorgó en un lugar desconocido, "en casa de Ernesto Meza", era preciso, por lo menos, "establecer si la casa del señor Meza estaba situada en el sector Pandiaco, cosa que nunca se hizo, pero el Tribunal de Pasto dió por demostrado oficiosamente". Dice que las certificaciones de los notarios son discordes; "pero en esencia, se limitan a sostener que en la fecha del testamento los Notarios estuvieron en su despacho, es decir expeditos, hecho que se supone de todo empleado público con funciones diarias y que pudo establecerse más bien con pruebas distintas de orden administrativo y que las certificaciones notariales tal como se expidieron, más bien demostrarían un caso personal de cada Notario: que no estuvo ausente, ni enfermo, etc.

Dice que el Tribunal de Pasto no resolvió "cuál sería el valor de tales certificaciones y si ellas pueden estimarse dentro de las indicaciones que traen los artículos 207 y 597 del C. J."; y agrega que "tratándose de simples atestaciones personales tomadas sin conocimiento de la contraria parte para que pudieran ser controvertidos, conforme lo indica el artículo 693 del Código Judicial debieron ratificarse en el término probatorio, pues consecuencias de esa laya no pueden incluirse dentro de las especificaciones que traen los artículos 1758 y 1761 del C. C.; 630 y 632 del C. J.". Termina diciendo que fuera de la disposición del artículo 316 del C. de R. P. Y M., entre las funciones que fija a los notarios el artículo 2567 del C. C., "no se encuentra la de expedir certificaciones extrajuicio, con fuerza de plena prueba, sobre hechos de orden personal del notario, y así las que se agregaron con la demanda y que el Tribunal acoge como demostración completa o total de la nulidad suplicada para el testamento de la señora Bastidas, no son suficientes en orden a ese objetivo, pues debieron ser ratificadas a fin de dar oportunidad a la parte demandada para su controversia".

SE CONSIDERA:

"En los lugares en que no hubiere notario -dice el artículo 1071 del C. C.- o en que faltare este funcionario podrá otorgarse el testamento solemne nuncupativo ante cinco testigos, que reunan las cualidades exigidas en este código".

Como aparece de lo anterior, la ley autoriza el otorgamiento del testamento solemne público ante testigos y sin la presencia del notario, cuando este funcionario no existe en el lugar, o cuando llegare a faltar.

Pero como lo tiene registrado y aceptado la jurisprudencia y la doctrina, esta forma de testar tiene un carácter simplemente subsidiario y solo puede emplearse en los casos excepcionales que la misma ley señala, sin que pueda generalizarse su empleo, ni mucho menos darle al testamento ante testigos una ca-

tegoría y una preeminencia igual a la que tiene el testamento nuncupativo otorgado ante notario y testigos.

Si el testamento público ante cinco testigos sólo puede otorgarse en forma excepcional y subsidiaria, es preciso en cada caso cerciorarse de la falta del respectivo notario, para poder tenerlo como válido y eficaz para los efectos legales. De lo contrario quedaría al arbitrio de partes interesadas el acudir o no ante el notario, o verificar el otorgamiento ante sólo testigos.

En el presente caso, encontrándose los notarios de Pasto, a poco más de dos kilómetros del lugar de residencia de la presunta testadora, prefirieron los interesados que la señora Bastidas testara en forma pública y solemne ante cinco testigos, el dos de mayo de 1.961, veinte días antes de su fallecimiento.

Aun cuando el testamento aludido fué acusado de nulidad, no sólo por la causa de no haberse otorgado ante notario, sino por otras varias que también acusarían nulidad, ni el Juez ni el Tribunal se detuvieron en el estudio de estas últimas por no ser necesario, ya que encontraron suficientemente demostrada la causal que reconocieron en sus respectivas providencias de instancia.

El Tribunal tomó pie en todo el acervo probatorio (declaraciones de testigos, certificaciones de los notarios de Pasto, certificación de la Oficina de Obras Públicas del Municipio de Pasto) para deducir, sin cometer error evidente de hecho, o error de derecho, que no era el caso de testar la señora Bastidas, en el día en que lo hizo, ante cinco testigos, sin la presencia del notario, pues no se encontraba en las condiciones de que trata el artículo 1071 del Código Civil.

Dice la Corte:

"Tratándose de establecer..... si el otorgamiento de un acto testamentario ante cinco testigos, se ajustó en la realidad a las exigencias legales, la prueba más adecuada es la declaración formal de esos testigos; de manera que el Juez ante quien se discute la validez del testamento, por imputarse la comisión de irregularidades graves que implican el quebrantamiento de requisitos indispensables, debe tener mucho cuidado en el examen y apreciación de los testimonios en referencia, sin hacer caso omiso de ninguna circunstancia relatada y que pueda influir en el esclarecimiento de los hechos controvertidos atinentes a la validez del acto sub-judice". (Cas. de 25 de abril de 1.956, t°. LXXXII. 302).

Si lo anterior es así, era apenas natural que el Tribunal de Pasto tratara de indagar en los testimonios de quienes presenciaron el otorgamiento del testamento de la señora Bastidas, si se habían llenado todas las formalidades necesarias para garantizar la validez de este acto, entre ellas si se había procurado obtener la presencia del notario de Pasto. Mas de tales testimonios no aparece dato alguno sobre el particular; los testigos, como lo dice el fallador, se limitaron a reconocer la autenticidad de sus firmas, y a dejar constancia, algunos de ellos, acerca del estado de salud de la testadora, lo mismo que a afirmar que dicha señora no podía hablar, por lo cual su asentimiento a las disposiciones testamentarias lo daba mediante inclinaciones de cabeza.

Tuvo en cuenta también el Tribunal los certificados de los dos notarios de Pasto, de los cuales aparece que aquellos funcionarios, el día del otorgamiento del testamento de la señora Bastidas, se encontraban en sus respectivos despachos, atendiendo al cumplimiento de sus funciones. Esto demuestra que la señora

mencionada no estaba en condiciones de testar ante cinco testigos, con prescindencia del notario.

Estas certificaciones notariales, por venir de funcionarios públicos, en ejercicio de sus funciones, y por tratarse de hechos que deberían haber pasado ante ellos, hace plena prueba al tenor de lo dispuesto por el artículo 632 del C. J., cuando, por otra parte, ellos fueron aportados al juicio en término oportuno, como consta a folios 15 del C. N°. 2°., y se mandaron tener como prueba mediante auto de 23 de mayo de 1.962, habiendo tenido oportunidad la parte demandada para redargüirlos, si no estuvieran ajustados a la verdad de los hechos.

Con la certificación de la Oficina de Obras Públicas del Municipio de Pasto, expedida en forma legal, y traída dentro de los términos de la ley, quedó demostrado, y así lo apreció el Tribunal, que, por razón de la distancia entre el sitio de residencia de la señora Bastidas y el lugar de ubicación de los notarios de Pasto, no podía omitirse la presencia del respectivo notario en el otorgamiento del testamento de la señora antes mencionada.

El Tribunal, pues, sin incurrir en error evidente de hecho, ni en error de valoración probatoria, y dentro de su autonomía para apreciar el acervo de las pruebas, impartió su confirmación a la sentencia de primer grado; y por consiguiente, no se violaron las disposiciones procesales ni sustanciales a que se refiere el recurrente.

Consigna también el demandante en casación, y dentro del cargo que se decide, su queja de que el Tribunal dizque oficiosamente dió por demostrado que la casa de Ernesto Meza B. en donde residía y testó la señora Bastidas está situada en el poblado de Pandiaco, dentro de la comprensión municipal de Pasto. Sobre el particular es de conveniencia hacer constar que el Tribunal no hizo la suposición mencionada; en el expediente está demostrado con prueba testimonial, incluyendo la misma aportada por la parte demandada, que la casa en mención sí está situada en Pandiaco, sitio a que se refiere el dato sobre distancias de que trata la Oficina de Obras Públicas del Municipio de Pasto.

De todo lo dicho se desprende que la impugnación no prospera.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha (30) de octubre de mil novecientos sesenta y tres (1.963) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el juicio ordinario seguido por Guillermo Bastidas y Mercedes Bastidas de Palacios contra Néstor Noguera, José Manuel Cardona y Teófila Noguera.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

PRESUPUESTOS PROCESALES

La falta de uno cualquiera de ellos inhibe al fallador a decidir sobre el fondo del litigio.- Sociedad.- Su representación no puede demostrarse por medio de confesión.

1. Quien formula demanda de oposición a una solicitud sobre declaratoria de dominio por prescripción, está en la obligación de establecer los distintos presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia, y capacidad para actuar en el proceso. Si falta la demostración de uno cualquiera de ellos, el fallador no puede entrar a decidir sobre el fondo de la relación litigiosa planteada.

2.- El hecho de ser o no ser representante de una sociedad una persona determinada, es una calidad no susceptible de demostración por medio de confesión, sino que debe establecerse dentro de la regulación especial previsto por las leyes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL: Bogotá, ocho de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Julián Uribe Cadavid).

Ordinario sobre prescripción adquisitiva de dominio de Benjamín Estrada E. contra Eudoro Salazar Toro.

- I -

ANTECEDENTES

Alegando posesión útil para adquirir por prescripción, el señor Eudoro Salazar Toro, vecino de Aguadas y Medellín, solicitó al señor Juez del Circuito Promiscuo de Pácora (Caldas), que con audiencia del Ministerio Público y previo el trámite de los artículos 6o. y s. s. de la ley 120 de 1.928, se hicieran las siguientes declaraciones:

"1º. Que pertenece en dominio pleno y absoluto al demandante señor don Eudoro Salazar Toro, mayor de edad, con doble domicilio: uno en la ciudad de Medellín y otro en el distrito de Aguadas, el fundo ubicado en el distrito de Pácora, terreno denominado "Compaña", con dos casas de habitación, dividido en tres (3) potreros, comprendido dentro de los siguientes linderos: 'Del desemboque de la quebrada 'Guayabo' a la de 'Compaña'; de aquí línea recta a buscar el camino de 'Piñones'; camino abajo a buscar un filo; filo abajo a la quebrada 'Papayalito'; quebrada abajo al río Cauca; éste abajo al desemboque de la quebrada 'Compaña

y ésta arriba al primer lindero' y el que tiene una extensión aproximada de ciento cincuenta y seis cuadras.'

"2o. Inscríbase este fallo en el libro 1o. de la oficina de Registro del Circuito de Pácora, para los fines indicados en el artículo 2534 del Código Civil, conforme lo ordena el artículo 2º. de la ley 120 de 1.928".

Como fundamento de su acción Salazar Toro narró una serie de hechos tendientes a establecer que, desde mucho tiempo atrás, y con una anterioridad de más de veinte años, viene poseyendo quieta, pacífica e ininterrumpidamente, sin reclamación de nadie, el inmueble cuya declaración de dominio por prescripción ahora pide: y que durante todo ese tiempo, que se remonta al año de mil novecientos treinta y seis, ha venido ejerciendo sobre el inmueble toda clase de actos de dominio, lo que unido al transcurso del tiempo, le han hecho ganar por usucapión el dominio del inmueble.

Iniciado el trámite del juicio, y mientras se surtían los emplazamientos de ley se hizo presente en el proceso el señor Benjamín Estrada Estrada, quien diciéndose presidente de una sociedada ordinaria de minas denominada Sociedad Minera de Palmira, por conducto de apoderado, instauró oposición a la demanda presentada por Salazar Toro, con fecha 30 de enero de 1.961. Como nota aclaratoria de la intervención en el juicio, el apoderado de Estrada dijo: "La oposición es no solamente a nombre de la sociedad Minera de Palmira sino también a nombre propio de mi poderdante y en su carácter de persona natural".

El Juez de instancia, en cumplimiento de lo mandado por los artículos 10 y 11 de la ley 120 de 1.928, dispuso que la oposición se tramitara como juicio ordinario, en el cual habría de actuar el opositor como demandante.

Al descorrer el traslado de la demanda de oposición el peticionario Eudoro Salazar Toro negó todos los hechos afirmados por el opositor y propuso varias excepciones como perentorias.

Llegado el momento de decidir, el Juez de la primera instancia resolvió declarar la existencia de la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva por parte del opositor Benjamín Estrada E.; hacer la declaración de dominio impetrada por Eudoro Salazar Toro; ordena la inscripción del fallo en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; y condenar en costas al opositor. Esta sentencia tiene fecha quince de junio de mil novecientos sesenta y dos.

El opositor-demandante Benjamín Estrada E. interpuso apelación contra el fallo de primera instancia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales; por providencia de veintitrés de julio de mil novescientos sesenta y tres, CONFIRMA los numerales 2o., 3o. y 4o. de la sentencia de 15 de junio de 1.962, "dictada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pácora en el juicio sobre declaratoria judicial de pertenencia, instaurado por el señor Eudoro Salazar Toro, REVOCA lo dispuesto en el numeral 1o. de dicha providencia, para resolver, en cambio, que no hay lugar a tomar decisión de fondo sobre la oposición formulada, por conducto de apoderado, por el señor Benjamín Estrada, ya que no se realiza respecto de éste el presupuesto de capacidad procesal o legitimatio ad processum".

-16-

MOTIVACION DE LA SENTENCIA

En dos capítulos: sobre presupuestos procesales, y sobre la acción de pertenencia, expone el Tribunal los fundamentos del fallo.

En cuanto a lo primero, dice el Tribunal: "Los presupuestos procesales son los requisitos exigidos por la ley para la constitución regular de la relación jurídico-procesal. Sin ellos no puede iniciarse ni desarrollarse válidamente ningún proceso. Es tan importante esta noción y de tanta incidencia en la marcha del juicio, que el juzgador, antes de entrar a conocer de la acción ejercitada, debe examinar de oficio si existen o no los presupuestos procesales, porque de faltar cualquiera de ellos debe inhibirse de fallar el fondo del negocio para que las partes puedan hacer valer sus derechos dentro de las normas procesales de rigor. En este evento, las pretensiones del actor son desestimadas por razones simplemente procesales, no por improcedencia sustancial de la acción. La falta de uno de tales requisitos constituye no una excepción perentoria de fondo, sino un impedimento procesal".

Después de enumerar los presupuestos procesales: demanda en forma; competencia del Juez; capacidad para ser parte; y capacidad para obrar procesalmente o legitimación ad processum, dice lo siguiente:

"Refiriéndose a la capacidad procesal o legitimatio ad processum, dice la Corte en la sentencia atrás citada, pág. 350: 'Esta es la aptitud para realizar actos procesales con eficacia jurídica en nombre propio o ajeno. Así como en derecho material existe diferencia entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (agere), en derecho procesal existe diferencia entre capacidad para ser parte y capacidad para actuar en el proceso.

"'Lo concerniente a capacidad procesal está reglamentado en el Título IV del libro II del Código de Procedimiento Civil.

"'Las personas capaces comparecen en juicio por sí mismas o por medio de mandatarios; las personas incapaces por medio de sus representantes legales (c. j. art. 240), y las personas jurídicas 'por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales' (C. j. art. 250), o sea, por medio de sus órganos competentes'.

"De tal manera —continúa diciendo el Tribunal— que el presupuesto procesal de que se viene hablando hace relación exclusiva a la capacidad de representación que pueda tener alguien cuando comparece a juicio en nombre de otro, que bien puede ser una persona física o una persona moral. Y es bien distinta de la llamada legitimatio ad causam que comprende la identidad de la parte actora con la persona que tiene sustantivamente el derecho para demandar o la identidad de la parte demandada con la persona contra quien se puede dirigir la acción. Hace relación más que todo a la titularidad del derecho para accionar o para contradecir u oponerse a la acción".

Más adelante agrega:

"Si el demandante formuló su oposición en el presente juicio como Presidente de la Sociedad Minera de Palmira, era esencial, desde luego, la demostración de que actuaba en tal calidad y que por lo tanto tenía capacidad procesal

suficiente para representar en juicio a la aludida Sociedad. Más es lo cierto que esa representación no se demostró en forma legal porque ni en el cuaderno de pruebas del demandante (nº. 3) ni en parte alguna del proceso obra la prueba por medio de la cual se establezca en forma fehaciente que el señor Benjamín Estrada es el Presidente de la Sociedad Minera de Palmira".

Hace relación la Sentencia a lo que disponen los artículos 283 y 284 del C. de Minas en alusión a la constitución de la Sociedad ordinaria de Minas y al nombramiento de director o presidente que la represente, y repite que en el expediente no existe la prueba de que el opositor Benjamín Estrada tenga el carácter de representante judicial y extrajudicial de la Sociedad en cuyo nombre dice operar. Se refiere a unas copias de copia de algunas actas de la sociedad, lo mismo que a la escritura de su constitución, para deducir que de esos documentos no aparece el nombramiento de director o presidente de la Sociedad, y menos que lo sea el señor Estrada.

"De tal manera -concluye el Tribunal- que por la circunstancia anotada ha quedado constituida la falta del presupuesto procesal analizado, es decir, la legitimatio ad procesum, lo que lleva obviamente al Tribunal a declararse inhibido para fallar sobre la demanda de oposición, declarando la excepción pertinente, como efectivamente lo hará.

"El Juzgado a quo, en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia apelada, declaró probada la excepción de ilegitimidad en la personería sustantiva del opositor, conclusión que indudablemente es equivocada.....".

Finaliza la primera parte de la sentencia declarando que la circunstancia de aparecer probada la excepción de falta de capacidad procesal o legitimación para el juicio, hace que el fallador no pueda entrar a considerar las pruebas aportadas por el opositor, por ser allegadas por parte ilegítima.

Entra luego el Tribunal a considerar la solicitud de pertenencia propuesta por el señor Eudoro Salazar Toro; hace el análisis de algunas disposiciones de la ley 120 de 1.928, y de la ley 51 de 1.943, para entrar luego al estudio de todo el acervo probatorio presentado por el peticionario, consistente en un superabundante número de testimonios que declaran en relación con los hechos de posesión y transcurso de tiempo por parte de Salazar Toro sobre el inmueble que pretende usucapir, para deducir que "según las pruebas vistas, el señor Eudoro Salazar comprobó en forma más que eficiente los requisitos de posesión sobre el lote de terreno respecto del cual alega prescripción; son tan categóricos los testigos, tan abundantes, y declaran en forma tan acorde en circunstancias de tiempo, modo y lugar, que no hay duda de ninguna naturaleza sobre la verdad de los hechos sobre explotación económica activa y efectiva realizada por el prescribiente, sin reconocimiento de dominio ajeno y con la plenitud de las comprobaciones que son de desear en este caso, hasta el punto de que puede afirmarse que sobreabundó en la prueba para establecer en el juzgador la plena convicción respecto de los hechos por él planteados a la decisión de la justicia, para lograr su aspiración de que se le declare dueño por prescripción extraordinaria del terreno objeto de la acción".

El apoderado del opositor, en la instancia dice que en el caso presente no era oportuna la demanda erga omnes, "sino que es obligación que la ley impone, de trabar el juicio ordinario contra el anterior poseedor, contra el anterior propietario, conocido o presunto,.....", y que "En el presente caso, esa persona que

se necesario demandar, es la sociedad de Palmira, esta persona jurídica, bien conocida del pretendido prescribiente y de cuyo conocimiento no puede hacer a su voluntad una intencionada o no intencionada omisión.....".

"Sobre éste el Tribunal observa: como se vió atrás, hay necesidad de desconocer las pruebas presentadas por el opositor por tratarse de parte ilegítima, pruebas de donde deduce el doctor..... que el prescribiente conocía la persona contra la cual debía dirigirse la acción; esas pruebas deben considerarse forzosamente como inexistentes por la razón anotada. Pero además, aún en la hipótesis de que pudiera darse por demostrada la existencia de la Sociedad Minera de Palmira cuya constitución data del año de 1.890, es lo cierto que el prescribiente se encontró frente a una situación de las que precisamente contempla la ley 120 de 1.928, porque no se conocen los dueños actuales de la Sociedad, ya que indudablemente hay que admitir, aunque de ello no hay constancia expresa en el proceso, que muchos de los constituyentes ya fallecieron y no se sabe cuáles son sus causahabientes y en cabeza de quién quedaron las acciones, luego al actor no le quedaba otro camino que dirigir la acción contra toda persona, porque exigirle que la dirija contra una sociedad que en realidad de verdad constituye propiamente una comunidad sui generis cuyos comuneros se ignoran, valdría tanto como hacer nugatorias las finalidades que la ley 120 tuvo en cuenta para el saneamiento de la titulación en la propiedad rural inmobiliaria".

- III -

LA IMPUGNACION

Contra la decisión del Tribunal, la parte opositora interpuso recurso de casación, que ahora estudia la Corte.

El apoderado de Eudoro Salazar Toro replicó oportunamente la demanda.

Dice el recurrente:

"Acuso la sentencia del Tribunal dentro de la causal primera de casación que establece el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, por ser violatoria de la ley sustantiva, por dos distintos aspectos que constituyen la materia propia de los cargos de casación que a continuación puntualizo"

Primer cargo

"Falta de apreciación de la prueba de confesión contenida en el interrogatorio de posiciones formulado por el demandado Eudoro Salazar Toro para su absolución por el demandante opositor, Benjamín Estrada Estrada, dentro del presente juicio".

Fundamenta la censura en que el Tribunal declaró probada la excepción de "ausencia de capacidad para comparecer en juicio"; y, consecuencialmente, se declaró inhibido para resolver sobre el fondo de las posiciones de la demanda de oposición. Y dice que el juzgador llegó a esa conclusión, que el recurrente considera equivocada, "por no haber tenido en cuenta que el interrogatorio elaborado por el apoderado judicial del demandado,....., contiene un reconocimiento expreso, varias veces reiterado, de la calidad de representante legal de la 'Sociedad Minera de Palmira' que ostenta este último".

Dice que ese reconocimiento se encuentra contenido en los postulados octavo, noveno, décimo y décimo quinto del pliego de posiciones; y agrega: "Es

bien sabido que la jurisprudencia interpreta el pensamiento del legislador al declarar que quien pregunta en posiciones también confiesa"; que "El Tribunal no apreció esta prueba de confesión, que por ser judicial, reviste el carácter de plena prueba suficiente para haber declarado demostrada la representación de la 'Sociedad Minera de Palmira', por el demandante opositor....., que "La falta de apreciación de esta prueba implica la comisión de un error de hecho cuya evidencia aparece de manera inmediata".

Concluye el cargo diciendo que a "consecuencia de este error de hecho evidente, el Tribunal desconoce la legítima intervención del representante de la Sociedad, conculcando su derecho elemental para comparecer en juicio a nombre de la entidad representada, por lo cual se produce la violación indirecta del primer inciso del artículo 284 del Código de Minas.....,".

Segundo cargo

"Falta de apreciación del certificado sobre tradiciones expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Aguadas y de la escritura pública número ciento sesenta y uno de dos de febrero de mil novecientos cuarenta y dos otorgada en la notaría segunda del Circuito de Manizales".

En apoyo de la impugnación dice el recurrente que "La certificación expedida por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Aguadas, relaciona las ventas efectuadas por varias personas en favor de Eudoro Salazar Toro, sobre dos lotes, uno de ellos situado en el Municipio de Aguadas, distinguido en el texto de la certificación de manera invariable con la letra A; y el otro, situado en el Municipio de Pácora, y distinguido de manera constante con la letra B. La alinderación de este lote, que corresponde exactamente a la que formulara en su demanda el señor Eudoro Salazar Toro, se consigna en el último párrafo de la certificación. (Cuaderno nº. 3, folios 42 a 51)".

Hace en seguida una relación de las ventas que, según esa certificación fueron hechas a favor de Eudoro Salazar, y los años en que ellas tuvieron lugar, según el mismo certificado. Igualmente se refiere al aporte al juicio de la escritura nº. 61 de dos de febrero de 1.942, de la Notaría de Manizales, sobre venta de unos "derechos en proindiviso vinculados al lote materia de la controversia".

Afirma el impugnante: "En la relación de las ventas anteriores se destaca el hecho de que todas ellas tuvieron ugar en los años de mil novecientos cuarenta y uno, mil novecientos cuarenta cuarenta y dos y mil novecientos curenta y tres". Y agrega:

"La prescripción que el primitivo demandante invoca en su favor comenzó a causarse en el año de mil novecientos treinta y seis, según afirmación varias veces reiterada en su demanda. De conformidad con estos documentos, queda establecido que por lo menos hasta el año de mil novecientos cuarenta y tres no existió la posesión alegada. El lapso de posesión iniciado en el mejor de los casos y en gracia de discusión en el año de mil novecientos cuarenta y tres, no completa la posesión veintenaria exigida para prescripción adquisitiva extraordinaria, en octubre de mil novecientos sesenta, en que tuvo lugar la presentación de la demanda.

"El usucapiente que reconoce dominio ajeno, puesto que compra derechos a varios comuneros, solo puede tener el nombre de poseedor y ni la más ligera apariencia de la verdadera posesión".

Manifiesta por último que el Tribunal, "como consecuencia del error que se deja puntualizado en el cargo anterior, se eximió arbitrariamente de apreciar las pruebas aportadas al proceso por el demandante apositor, desconociéndoles así su fuerza demostrativa que despoja de efectividad a las acciones originalmente propuestas por el señor Eudoro Salazar Toro dentro del procedimiento especial del juicio de pertenencia".

Concluye diciendo que se ha cometido "el más evidente de los errores de hecho que pudieran cometerse"; y que ese error condujo al Tribunal a violar indirectamente los artículos 722, 2518 y 2532 del Código Civil, e igualmente los artículos 2º. y 5º. de la ley 120 de 1.928; y que, por cuanto no se declaró interrumpida la prescripción, desde 1.941, se dió aplicación indebida al ordinal 2º. del artículo 2523 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

La oposición a la solicitud sobre declaratoria de dominio por prescripción, fue hecha a nombre de la Sociedad Minera de Palmira, y originó el juicio ordinario cuya sentencia de segunda instancia es materia de la impugnación.

Quien de acuerdo con la demanda de oposición se apersonó en el juicio en su carácter de presidente, estaba en la obligación de establecer los distintos presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia, y capacidad para actuar en el proceso. Si falta la demostración de uno cualquiera de ellos, el fallador no puede entrar a decidir sobre el fondo de la relación litigiosa planteada.

En el caso presente el señor Benjamín Estrada omitió aportar prueba importantísima para actuar dentro del juicio; prueba que no es otra que la eficaz para demostrar su calidad de presidente o director de la Sociedad Minera de Palmira, en cuyo nombre y representación se ha presentado al debate litigioso.

Esa prueba, que sería la copia del acta en que se hubiera dejado constancia del nombramiento, no aparece que hubiera ingresado al proceso; no fué acompañada a la demanda, ni lo fué dentro del término probatorio del juicio.

No apareciendo la prueba de la representación que dice ostentar el opositor, era natural y obvio que dentro de ese criterio el Tribunal tenía que considerar la oposición como inexistente.

No obstante que falta el acta de nombramiento que acredite al señor Estrada como representante de la sociedad en cuyo nombre actúa, se pretende por el recurrente que tal representación está demostrada por el interrogatorio de posiciones que el actor absolvió a petición del usucapiente. Dice aquél que Salazar confesó judicialmente el hecho de ser Estrada presidente de la Sociedad Minera de Palmira; y que tal confesión consta de las preguntas octava, novena, décima y décimaquinta del interrogatorio mencionado.

Sobre el particular cabe observar lo siguiente:

El hecho de ser o no ser representante de una sociedad una persona determinada, es una calidad no susceptible de demostración por medio de confesión, sino que debe establecerse dentro de la regulación especial prevista por las leyes.

Por lo demás, de los interrogantes a que se refiere el recurrente no aparece que quien pregunta esté afirmando un hecho de vigencia actual, como sería si el señor Estrada, al tiempo en que se formuló el interrogatorio, desempeñaba el cargo de presidente de la sociedad opositora. Esos interrogantes fueron formulados en tiempo antepresente o histórico y no en tiempo presente; de manera que, aun suponiendo que contuvieran una afirmación, ésta se referiría a los años de 1.936 o 1.940, pero en manera alguna al año de 1.961, época en que se expidió el pliego de posiciones.

Por otra parte, las preguntas mencionadas no versan sobre el hecho de ser o no presidente, sino sobre el de que, en años anteriores, 1.943, Estrada, diciéndose presidente de la Sociedad Minera de Palmira, ejercitó determinadas actividades judiciales contra Salazar Toro; y si ha estado por un lapso de más de veinticinco años como presidente de la sociedad en referencia, sociedad que se extinguió desde hace mucho tiempo.

El Tribunal no tuvo en cuenta los interrogantes formulados por Salazar Toro a Estrada porque, como se ha visto, ellos no inciden en la demostración de la representación que alega el impugnante, ni pueden tenerse como una prueba supletoria para demostrar la legitimación al proceso, por parte de Benjamín Estrada.

Por lo que hace al segundo cargo o motivo de la censura consistente en que el Tribunal no tuvo en cuenta o no apreció el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Aguadas, ello no implicaría el quebrantamiento de la sentencia.

En efecto, como lo dice el mismo fallador, y esto sería suficiente para desechar el cargo, si del proceso no aparece que Estrada sea representante de la Sociedad Minera de Palmira, si no está legitimado para el proceso, es obvio y claro que todo el material probatorio aportado carece de valor en este juicio, como allegado por parte ilegítima, y, por consiguiente, sin poder tenerse en cuenta al proferir la sentencia. De suerte que no ha errado de hecho el Tribunal al no considerar el medio probatorio señalado por el recurrente.

Más aún en el supuesto de que el Tribunal sí hubiera debido entrar en el estudio de esa prueba, también habría tenido que rechazarla por diversas y varias razones.

De conformidad con el artículo 2675 del C. C., el certificado de Registro de Instrumentos Públicos supuesto que al Registrador de Aguadas y no al de Pácora correspondiera expedirlo, sólo tendría valor de prueba supletoria del título de transmisión del dominio, "cuando se compruebe la pérdida del protocolo o del expediente en que estaba consignado el título original registrado, y no existiere en poder del respectivo interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes que se guarden en alguna oficina pública". Y como en el caso de este juicio no aparecen demostrados los presupuestos señalados en el artículo 2675 citado, es claro que también por este aspecto tendría que ser rechazado ese documento por el juzgado cuya sentencia se impugna.

Finalmente, de la prueba allegada a los autos por Salazar Toro, para recibar la declaratoria judicial de dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria dedujo con toda autonomía el Tribunal que el usucapiente venía poseyendo, con posesión útil, al inmueble, por todo el tiempo necesario para que se operara el fenómeno de la usucapión, sin que el certificado a que se refiere el impugnante pudiera ponerle óbice alguno.

El Tribunal no encontró, ni podía encontrar en ese supuesto medio probatorio, que se hubiera operado, en algún momento, la interrupción de la prescripción alegada; y mucho menos en presencia de lo dispuesto por el artículo 1º. de la Ley 51 de 1.943 que permite alegar la prescripción entre comuneros, fenómeno en cuya presencia, en último término, estaría colocado el peticionario Eudoro Salazar Toro.

Además, el hecho de que Salazar hubiera adquirido algunos derechos indivisos en el predio de cuya declaración de prescripción se trata, lo que no está probado según lo dicho antes, no lo inhibía para alegar prescripción adquisitiva de dominio sobre el inmueble total, previo el lleno de los elementos configurativos de la posesión, y que ésta haya durado el tiempo preceptuado por la ley.

En cuanto a la interrupción de que habla el recurrente, ella tampoco puede tenerse en consideración, porque las disposiciones que la consagran son normas de excepción, y por consiguiente, de interpretación restringida. Y como el motivo alegado como capaz de interrumpir la prescripción no está comprendido entre los señalados por los artículos 2523 y 2524 del C. C. no constituye medio que lleve a ese efecto, no puede hablarse de interrupción natural o civil de la prescripción; ni es, como se ha visto, idónea la prueba con la cual se pretende demostrarla.

Y en lo referente a la escritura número ciento sesenta y uno (161) de dos (2) de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1.942) de la notaría segunda de Manizales, a que se hace alusión por el recurrente, como no apreciada por el Tribunal, tampoco hubiera podido ser tenida en cuenta por el juzgador, por cuanto ese instrumento no aparece inscrito en la Oficina de Registro del Circuito de Pácora, circuito en donde está ubicado el inmueble materia del presente juicio, y, por ende, carece de todo valor probatorio según lo dispuesto por el artículo 2673 del C. Civil.

De lo anterior ha de concluirse que no han sido violadas las normas legales apuntadas por el recurrente, sobre posesión y prescripción; y como, por otra parte, no expuso el concepto de violación "indirecta y de manera consecuencial" de los artículos 2o. y 5o. de la ley 120 de 1.928, y 1o. de la ley 51 de 1.943, ni la Corte encuentra que dichos preceptos se hayan violado, no es el caso de detenerse en el estudio de este aspecto de la cuestión.

RESOLUCION:

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés (23) de julio de mil novecientos sesenta y tres (1.963) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el juicio ordinario seguido por Benjamín Estrada contra Eudoro Salazar Toro.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese insértese en la Gaceta Judicial y ejecutoriada devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada.- Gustavo Fajardo Pinzón.- Enrique López de la Pava.- Enrique Coral Velasco.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

INVENTARIO

Prueba de su existencia en juicio distinto del en que se practicó

La existencia de un inventario puede probarse no sólo con la copia de la diligencia respectiva tomada del juicio en donde se practicó, sino también por otro medio legal de convicción. Como quiera que el artículo 632 del C. Judicial no regula un sistema exhaustivo de demostrar la existencia de documentos auténticos, es la inspección judicial medio idóneo para hacerlo.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, diecinueve de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco).

1º. Frente a Abraham Cuarán y Célida Rodríguez, entre quienes se adelanta un juicio sobre separación de bienes de la sociedad conyugal que por matrimonio tienen formada, en el cual se dice haber inventariado tierras pertenecientes al Cabildo de indígenas de Córdoba, inició éste juicio ordinario ante el Juez del Circuito de Ipiales, para que se declare que el inmueble denominado "La Laguna" o "Salado" y también "La Alegría o Alisales", circunscrito por los linderos señalados en la demanda, corresponde en propiedad a la comunidad de indígenas de Córdoba, no puede ser reputado como bien de la sociedad conyugal Cuarán-Rodríguez, ni en esta distribuirse, por no estar sometido al régimen del derecho común, ni figurar en el inventario del mencionado juicio de separación y del cual debe excluirse.

La causa de pedir está expuesta del siguiente modo:

"1o' El resguardo en mención ha sido siempre reputado como tal, y así ha sido adjudicado por el cabildo de indígenas de Córdoba a distintos miembros de esa comunidad, entre otros, a Silvestre Cuarán, padre legítimo del expresado Abraham Cuarán, y también a este último por petición y cesión de aquél;

"2º. El mencionado resguardo, según los linderos indicados, es apenas una parte del que el cabildo adjudicó a Silvestre Cuarán; pues al hacer legal cesión en favor de sus hijos, por intermedio del cabildo, pidió que a sus hijos se les extendiera acuerdo de adjudicación sobre las parcelas que les corresponda;

"3o. Lo cierto es que el resguardo por excluir, en la actualidad, compete por adjudicación del cabildo a Abraham Cuarán R., para hacer uso de él a título de usufructuario este último, quedando la propiedad exclusiva en favor de la Comu-

nidad, conforme a la ley, para hacer las adjudicaciones que en lo sucesivo correspondan; y

"4º. Por lo dicho, el mencionado terreno no pertenece al dominio de Célida Rodríguez ni de Abraham Cuarán R., ni menos corresponde a la sociedad conyugal de éstos.

"Asimismo, esta demanda se funda en las siguientes consideraciones de derecho" (Aquí ellas).

Al contestarse la demanda se afirmó que el terreno no es de resguardo y que la sociedad conyugal lo adquirió hace más de veinte años, a título oneroso por compra a Cleotilde Cuarán y José Cuarán Playa. En consecuencia se propusieron las excepciones de usucapión ordinaria y extraordinaria; ilegitimidad de personería sustantiva de la parte demandada; petición de modo indebido e inoportunidad de la adjudicación del inmueble materia de este juicio hecha por el Cabildo a Abraham Cuarán. La demanda sólo fue contestada por Célida Rodríguez e intervino el Ministerio Público.

La primera instancia terminó con fallo favorable a la parte demandante, luego de negar las excepciones propuestas. El recurso de apelación de la sentencia de primera instancia, como el de casación del fallo de segundo grado, igualmente adverso a la parte demandada, fueron propuestos por Célida Rodríguez.

2º. La sentencia del Tribunal cataloga la acción como declarativa y se detiene en el estudio y distinción de esta y las constitutivas y condena. Expone los requisitos que configuran la acción declarativa, origen de sentencia del mismo sentido, y los encuentra cabales y cumplidos en el caso del presente litigio. Observa que la comunidad de indígenas tiene protocolizados los títulos de la Real Provisión de Fernando Sexto; que del concepto pericial resulta que el resguardo está comprendido por esos títulos y a la vez el inmueble que se pretende excluir del inventario del juicio de separación de bienes conyugales, antes aludido, está dentro de los límites del resguardo; que el Cabildo de Córdoba ejerció siempre dominio y señorío sobre el lote de terreno, según facultades concedidas por la ley 89 de 1.890, y que ha concedido el usufructo a los miembros de la parcialidad, hasta llegar al actual usufructuario y demandado Cuarán; que "Con la demanda presentó el Cabildo las diligencias de adjudicación del terreno a este demandado, a petición del mismo. En la resolución del Cabildo se lee que en mayor extensión usufructuó una porción del resguardo Silvestre Cuarán, padre del demandado; y que de esa porción se segregó el lote que se adjudicó a Abraham Cuarán, porque el resto de lo que ocupó aquél se destinó a otros de sus hijos. El indicado concepto pericial (fs. 24 cdno. 2º.), demuestra que este lote, cuyo usufructo adjudicó el Cabildo a Abraham Cuarán es el mismo señalado por sus linderos en la demanda. Abraham Cuarán figura en el censo de indígenas de la parcialidad de Córdoba (certificado a fs. 2 vlz. cdno. 3º.)"; y, que Cuarán está en la actual tenencia del predio y este se encuentra inventariado como integrante del patrimonio de la sociedad conyugal formada por los demandados Cuarán-Rodríguez, en liquidación, lo que aparece demostrado con las copias compulsadas del juicio de separación, según consta de la sentencia ejecutoriada dictada en el juicio respectivo.

Como si fuera posible prescripción alguna de bienes pertenecientes a un Resguardo, el Tribunal, como lo hizo el Juzgado, estudia si la posesión ejercida por los demandados o el título por ellos presentado fundan usucapión ordinaria o extraordinaria.

3º.- La demanda de casación, replicada por el Procurador de la Nación, en el sentido de que los cargos propuestos son contradictorios, acusa la sentencia por error de hecho evidente y por error de derecho.

El primero se lo hace consistir en que el Tribunal en el aparte 4º. de la sentencia afirmó que el inmueble objeto de este litigio, fue inventariado en el punto primero de la diligencia de alistamiento de bienes, cuando lo único que existe "es copia de un peritaje o avalúo de los peritos Cadavid y Navisoy, en el cual tales peritos, señalando linderos, avalúan los bienes que según ellos están inventariados; mas no se ha traido copia a este ordinario de tal diligencia de inventarios, cuya fecha se ignora. El dicho o referencia de los peritos, no prueba que en el juicio especial se halle inventariado el inmueble materia de la exclusión; su concepto no puede confundirse jamás, con la diligencia de inventarios o alistamiento solemne; de que trata el artículo 1821 del C.C., armónico del 1822 siguiente; pues que según estas disposiciones una cosa es el inventario o alistamiento y otra la tasación de los bienes. Y lo que se ha traido a este juicio es la tasación y no el inventario demostrativo de qué bienes constituyen la masa partible de gananciales. En estas condiciones, ocurre, entonces, que el Tribunal de Pasto, en la sentencia acusada, comete un error de hecho, que aparece de bulto en los autos, consistente en ver una prueba que no existe físicamente en el proceso, para dar por probado un hecho capital del juicio; para dar por demostrada la legitimación de la parte demandada, porque se ha demandado a la sociedad en liquidación, en su condición de tener en su poder, mejor dicho, incluído en su masa partible de gananciales, el inmueble 'Salado'....". El recurrente indica como disposición violada, el artículo 1388 del C. Civil.

Para fundamentar el segundo cargo, este por error de derecho, dice el recurso:

"Pero si se sostiene que el sentenciador de Pasto tuvo como demostrado el hecho de la inclusión no sólo por el aludido concepto pericial, practicado en el juicio especial, sino por el concepto rendido por los peritos Cabrera y Zarama que actuaron en el presente ordinario; concepto en el cual dicen que los terrenos por ellos inspeccionado es el mismo que está inventariado en el juicio especial, sin indicar la fecha de tal diligencia de inventarios, ni trascribir lo pertinente, para dar visos a su afirmación, de verdad; y que el Tribunal también llega a tal conclusión por la demás prueba documental y testimonial que obra en el proceso, como son, las copias de las providencias, de las sentencias proferidas en el juicio especial, y la demanda con que éste, se inició, y el decreto de embargo del fundo; entonces, porque ninguna de estas pruebas, ni el conjunto de ellas, puede supilr la falta de la diligencia de inventarios del juicio especial que, en copia, ha debido traerse a este juicio ordinario, es lo cierto, que el Tribunal, de esta manera comete un error de derecho, en la apreciacion de dicho concepto pericial de Cabrera y Zarama (fs. 24 cdno. 2º), y de la prueba en general, visible de fojas 6 a 16 del cuaderno número 3º; porque la diligencia de inventario, por ser un documento auténtico y público, que proviene de funcionario que ejerce cargo de autoridad pública, al tenor del artículo 632 del C. J., no puede darse por demostrada sino con la copia, formalmente expedida por el Juez que conoce del juicio especial, autorizada con la firma suya y de su secretario; y comete tal error de derecho, por apreciar como prueba de tal actuación judicial, cosa distinta de la misma, con quebranto del citado artículo del C.J.....". Se indica como indirectamente infringida la norma del artículo 1388 del C. Civil.

4º.- Considera la Corte que el cargo por error de derecho contradice, rectifica y desvirtúa el formulado como error de hecho evidente, porque en aquél se

plantea desvío en la valoración de pruebas que en la censura por error ostensible se afirma que no existen físicamente en el proceso y que el Tribunal las supuso. La cuestión se reduce a saber si la existencia del inventario practicado en el expediente de separación y la inclusión allí de un bien determinado, que se asevera pertenece a un tercero, puede probarse en otro juicio únicamente mediante la copia del inventario practicado en el juicio especial, debidamente ordenada por el Juez del conocimiento, o si es posible legalmente hacerlo por otro medio de convicción.

Para el recurrente sólo sería adecuada esa demostración a través de la copia del inventario. El Tribunal aceptó el concepto pericial que en oportunidad se solicitó respecto a "si el inmueble inventariado en el juicio especial de Célida Rodríguez contra Abraham Cuarán R., sobre separación de bienes, instaurado en el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, es el mismo que es materia del presente juicio y el mismo que ha sido adjudicado a Abraham Cuarán R., como indígena de la parcialidad de Córdoba", cuestionario que los peritos contestaron así: "3. Si el inmueble que constatamos y específicamente alinderado como lo expresamos en los dos puntos anteriores está inventariado en el juicio especial de Célida Rodríguez sobre separación de bienes contra Abraham Cuarán R., según así lo expresa el punto tercero del memorial de pruebas, claro que es el mismo; pues, el inmueble de que anteriormente hablamos, por los mismos linderos que dice la demanda, fué adjudicado a Abraham Cuarán R., en abril de 1.957 por el Cabildo de indios, según consta del título que se halla adjunto a la demanda".

Con acertado entendimiento el Tribunal tuvo como buena esta prueba, resultado de la inspección judicial practicada con peritos, en virtud de que la presentación de copias del inventario no es el único medio conducente para acreditar el extremo que se trataba de probar y, como quiera que el artículo 632 del C.J. no regula un sistema exhaustivo de demostrar la existencia de documentos auténticos, siendo la inspección judicial medio idóneo para hacerlo. Y si a esto se suman las otras pruebas que el Tribunal apreció y tuvo como corroborantes para formar su criterio, resulta que no incurrió en los errores enunciados y que, la sentencia objeto del recurso, no puede ser infirmada.

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 del Distrito Judicial de Pasto, de fecha dos (2) de mayo de mil novecientos sesenta y dos (1.962), proferida en el juicio ordinario propuesto por el Cabildo de Indígenas de Córdoba contra Abraham Cuarán y otra, sobre exclusión de un inmueble.

No se causaron costas en el presente recurso.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

CONTRAPRUEBA

Sobre la cláusula escritural de estar satisfecho el precio de venta. Confesión divisible e indivisible. Firma a ruego. La del poderdante no entraña de suyo ilegitimidad de la personería. Frutos en la resolución de compraventa.

1. El poder conferido para la representación judicial exige autenticidad: porque o se otorga por escritura pública, o bien por memorial que se presenta personalmente ante funcionario del Estado que certifica sobre la identidad del poderdante. Así, el hecho de que el memorial-poder aparezca firmado a ruego, no entraña de suyo ilegitimidad de la personería del representante, ni envuelve por esto causa nulidad del procedimiento.

En conformidad con invariable doctrina de la Corte, el derecho de alegar nulidad por ilegitimidad de la personería no corresponde a cualquiera de las partes, sino privativamente a la mal representada.

2. En derecho existe independencia entre la compraventa y el mutuo como causas distintas generativas de deuda cuyo objeto sea el pago de una suma de dinero.

Si el comprador confiesa que debe determinada suma sobre el precio de compraventa, y agrega que el término para el pago está pendiente porque ese dinero le quedó en mutuo convenido con tercera persona que obrara en calidad de mandatario del vendedor, no se remite a duda ninguna el reconocimiento y plenitud de probanza de una causa jurídica de duda -compraventa- y proposición de otra causa por probar -el mutuo- que en sustitución de la anterior llegara por el consentimiento de las partes con la modalidad aditiva del plazo. Lo que a ojos vistas impone al comprador la carga de probar la existencia del poder otorgado por el vendedor al convenir el mutuo con interés que se da por explicación del documento expedido a favor del alegado mandatario.

Por razones no rebatidas en la censura, el sentenciador encontró sin prueba aquel mandato, y al faltar la demostración de que por su consentimiento sobreviniera entre las partes, por sí mismas o por legítimo representante, el contrato de mutuo en función de satisfacer el precio de la compraventa, no podía dársele este significado al documento en referencia, sin alterar el valor de la prueba por confesión, y el límite que para los medios establece la ley en razón de la cuantía de los negocios jurídicos.

3. Es bastante claro que la resolución de la compraventa decretada por falta de pago del precio, se funda en el cumplimiento del comprador quien por ello carece de causa que en derecho le permitiese ingresar definitivamente en su patrimonio los frutos del bien cuya restitución se predica. Así ordena el artículo 1932 del Código Civil que "la resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para. . . y además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad, si ninguna parte del precio se hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada". O sea, que la norma se base en la falta de causa para adquirir los frutos en la medida respectiva por quien recibió el objeto a título de compraventa incumplida de su parte.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veinticuatro de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

El apoderado de Waldina Vargas v. de Vargas demandó a Oliverio Cadena Bonilla ante el Juez Promiscuo del Circuito de La Plata con estas súplicas:

1ª. La resolución por falta de pago del precio de la venta que Waldina Vargas v. Vargas le hizo a Oliverio Cadena por medio de la escritura pública número 126 otorgada en la Notaría de La Plata el 2 de mayo de 1.960;

2ª. La consecuencial restitución a la vendedora de "todos los derechos y acciones que le pertenecen o puedan pertenecer en el lote en general denominado Mangovieja o La Esmeralda o El Alivio, ubicados en jurisdicción del Municipio de Paicol, y compuesto de labranzas de cacao, sabanas, casa de habitación con su correspondiente cocina, y comprendidos dentro de la siguiente demarcación general:....",

3ª. La condenación del demandado "al pago de los frutos todos tanto naturales y civiles percibidos desde que recibió la finca en cuestón hasta que sea entregada, y que hubiera podido dejar de percibir mi mandante durante el mismo tiempo, los cuales estimo -dice el libelo- en la suma de $3.000.oo, o la que fijen los peritos, dentro del término probatorio correspondiente";

4ª. La inscripción de la demanda en el registro;

5ª. La cancelación del registro de la escritura de compraventa; y

6ª. La imposición de las costas procesales.

La causa para pedir puede resumirse así:

Que aún cuando en la escritura no se habla sino de $3.800.oo como precio, el pactado fue de $5.000.oo, "cosa que hicieron así con fines bastante dolosos y quizás también para evadirse del mayor pago de los impuestos fiscales";

Que "el demandado aprovechando de la suma ingenuidad de mi mandante y el estado avanzado de demencia senil en que se encuentra desde hace algunos años, pues allí no hay sujeto, y además valiéndose de un tercero sin autorización legal y lícita alguna, la llevaron a la convicción de esta venta que como ya dije es un tanto dolosa por sus varios aspectos en que se presenta, y por tanto, consiguieron mediante tales subterfugios y engaños el que ella firmara tal escritura

de venta, sin utilidad alguna y con perjuicios notables para sus intereses, como el de sus hijos, que son en su mayoría idiatas (sic) y necesitan de la ayuda de su madre, o más concretamente del producido de la finca en cuestión";

Que una vez firmada la escritura, el comprador en vez de firmarle documento de deuda a la vendedora, "obrando de mala fe o en forma irregular desde todo punto de vista, y en componendas con el tercero, se constituyó la deuda no a favor de su legítima dueña sino de Daniel Castro, o sea, de un tercero habilidoso interventor, persona completamente extraña al caso, y diciéndose autorizado por mi mandante para tal operación, sin tener para ello ningún fundamento legal, y así fue que a él aparece, que le extendió el documento por la suma de $5.000.oo, como se ve de él o por mejor de su copia exhibida y que obra en autos, pagadera la deuda a ese señor dentro del término de un año y con intereses del uno y medio por ciento, sin que ni una cosa ni otra hubiera recibido mi mandante, de ninguna de las dos personas, lo que está implicando cierto truco malicioso en el asunto, en aprovechamiento de los años con que cuenta mi mandante";

Que en posiciones antes de juicio, el demandado Cadena confiesa que adeuda a la demandante por concepto de la referida compraventa la suma de $5.000,oo "y que aún no le ha pagado, a pesar de estar vencido el plazo para ello ni tampoco sus correspondientes intereses, lo (sic) que se ve claramente la intención de no pagar, como por haber hecho figurar la deuda en pro de un tercero....";

Que la vendedora ha optado por la resolución contractual a falta del pago del precio;

Que Daniel Castro "en ningún momento ha recibido de mi mandante autorización legal, o por mejor poder, para buscar el medio de venderle sus bienes a terceros, mucho menos para aceptar en su nombre obligaciones como la que se aceptó diciéndose representante legal de ella el día 21 de mayo del año próximo pasado (1.960), ni ella le debe al dicho sujeto el menor centavo para que actúe en tales transacciones, ni éste sujeto ha puesto en su poder el documento en cuestión, sino que lo ha conservado como suyo, lo que indiscutiblemente hace esbozar muy a las claras la intención dolosa bien marcada o convenida entre el demandado y el mencionado Castro, para aprovecharse por tanto de la ingenuidad y del estado de avanzada senil de mi mandante, y por ello y en vista de que se tenía noticias de tales maniobras, hubo que ocurrir a los medios de la acción exhibitoria de dicho documento, ya que mi mandante no lo conocía, si sabía qué había ocurrido por lo ya dicho y por la misma razón de no haberle sido entregado, a pesar del tiempo transcurrido";

Que "no deja de ser además aberrante y desfavorable a mi representada, el hecho de que la finca en cuestión por tratarse de un cacaotal en producción con suficiente agua para el regadío, con casa de habitación, etc., como por su situación y demás condiciones favorables, tiene un valor comercial de no menos de $15.000,oo, que por cierto eso ha estado pidiendo el demandado Cadena B. según informes que tengo lo cual por este otro aspecto hace el que se presente de bulto otro fenómeno del dolo cometido por el comprador e intermediario dicho con mi mandante".

El demandado contradijo, se atuvo a la escritura de compraventa y a lo que se probara en juicio, para lo cual pidió la apertura del debate.

Con fallo plenamente absolutorio e impositivo de costas, proferido el 19 de noviembre de 1.962 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Plata, finalizó el litigio en primera instancia.

Abierto por alzada de la actora el segundo grado procesal, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva hizo con fecha 5 de junio de 1.963 este pronunciamiento:

"1º. Declarar resuelto el contrato de compraventa de bienes raíces perfeccionado entre Waldina Vargas v. de Vargas, como vendedora, y Oliverio Cadena Bonilla, como comprador, y que consta en la escritura pública número 126 de de 2 de mayo de 1.960 otorgada en la Notaría de La Plata y registrada en la Oficina de Registro de ese mismo lugar el día 12 de mayo de 1.961, partida número 201 del fol. 99 del Libro 1º., Tomo 2º.

"2º. Como consecuencia de la resolución del contrato declarada en el punto anterior, se ordena al demandado señor Oliverio Cadena Bonilla, mayor de edad y vecino del Municipio de Paicol, que restituya a Waldina Vargas v. de Vargas, también mayor de edad y de la misma vecindad, los bienes relacionados en la escritura número 126 de 2 de mayo de 1.960 otorgada ante el señor Notario del Circuito de La Plata, y que se refiere a:

'.....Todos sus derechos y acciones que le pertenezcan o puedan pertenecerle en el lote general denominado Mongaviejo, ubicado en jurisdicción del Municipio de Paicol, consistente en labranza de cacao, sabanas, casa de habitación, con su correspondiente cocina, demarcado por los siguientes linderos generales:.....

"En consecuencia también de la resolución del acto jurídico a que se refiere el punto primero de esta sentencia, que es contrato de mutuo celebrado entre Oliverio Cadena Bonilla y Daniel Castro el 21 de mayo de 1.960, y que obra en juicio, no puede producir ningún efecto entre las personas que en él intervinieron.

"3º. Condenar al demandado Oliverio Cadena Bonilla, de las condiciones civiles anotadas en esta sentencia, al pago de los frutos naturales y civiles en los términos indicados en lo motivo (sic) de este fallo y previa liquidación con fundamento en el artículo 553 del Código Judicial.

"4º. Condenar a la señora Waldina Vargas v. de Vargas, de las condiciones civiles anotadas en esta sentencia, a devolver al señor Oliverio Cadena Bonilla la suma de UN MIL PESOS ($1.000,oo) moneda corriente, dinero que recibió en el momeno de perfeccionarse el contrato de compraventa a que se refiere lo resuelto en el punto primero de esta sentencia.

"5º. Ordenar, una vez ejecutoriada esta sentencia, la cancelación del registro de la escritura número 126 de 2 de mayo de 1.960 pasada ante el señor Notario del Circuito de La Plata en cuanto se refiere a la tradición en favor del demandando Oliverio Cadena Bonilla.

"6º. Se condena en costas a la parte demandada".

Corresponde ahora a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte perdidosa.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El Tribunal interpreta la demanda y deduce que en realidad está propuesta la acción resolutoria por falta de pago del precio, a pesar de que en los hechos hay alusiones a vicios del consentimiento y lesión enorme, que podrían indicar el empleo de la acción rescisoria.

En cuanto al fondo, encuentra que el precio declarado en la escritura de compraventa fue el de $3.800.oo recibidos por la vendedora. Y después de sentar conforme a la doctrina que entre las partes cabe contraprueba de la declaración de pago, expone:

"A solicitud del señor apoderado de la parte actora el demandado absolvió posiciones, en las cuales respecto al pago del precio del bien que adquiriera por medio del contrato en la escritura pública de que nos hemos venido ocupando expresa al contestar la pregunta 14:

"....y aunque es verdad no he pagado la totalidad de su importe, no estoy obligado a hacerlo puesto que según el documento en cuestión no se ha vencido el plazo; ....." Se refiere el absolvente a un presunto contrato de mutuo que celebró con el señor Daniel Castro a quien, por afirmación que se hace por el demandado en posiciones, autorizó Honorio Vargas -hijo de la vendedora- (respuesta a la pregunta 5ª.) para perfeccionar a nombre de la señora Waldina Vargas v. de Vargas; o por autorización que esta misma señora diera verbalmente al señor Castro, según se dice al contestar la pregunta 6ª. de posiciones.

"Esta confesión del no pago del precio que se afirmó en el instrumento público 126 de que ya hemos hablado, es plena prueba de acuerdo con lo establecido por el artículo 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil, y tiene plena validez porque el hecho confesado es lícito y físicamente posible.

"Es de observar que el demandado al contestar las posiciones a que fuera sometido en el presente juicio confiesa, como lo hemos concluido en el punto anterior, que no se efectuó el pago total del precio tal como se expresa en el instrumento público número 126 ya citado; pues quedó debiendo la suma de $5.000,oo que se estipularon en el contrato de mutuo a que haremos referencia posteriormente. Se dice también por Oliverio Cadena Bonilla que el verdadero valor de la cosa objeto del contrato de compraventa fue el de seis mil pesos moneda corriente; y como se ha aceptado deuda por $5.000.oo, se debe concluir que esta confesión debe tomarse tal como se hace, y que los $1.000.oo que no se confiesan debidos están explicados con detalles en la declaración del señor Daniel Castro que obra al f. 9 del cuaderno número 2; y que en lo pertinente dice:.....

"Ahora bien -sigue el Tribunal- como en realidad de verdad en el acuerdo de voluntades cuya resolución se pide no se fijó término de ninguna clase para el pago del precio, y se ha establecido que este precio no se pagó como se confiesa en principio por la parte vendedora; y habiendo cumplido la entrega de la cosa vendida según hecho aceptado por el comprador y afirmado por la vendedora en la cláusula quinta del contrato, debemos de afirmar de acuerdo con las disposiciones de los artículos 1929 y 1608 del Código Civil, el comprador está en mora de cumplir con su obligación, y la acción resolutoria tiene bases jurídicas suficientes para que prospere".

Respecto al contrato de mutuo y a la prueba del mandato con que Daniel Castro representara en ese acto a la vendedora, alude el sentenciador a que el artículo 2149 del Código Civil fue tomado del artículo del chileno, que a su vez se originó en el artículo 1.985 Código Francés; cita autores nacionales y extranjeros en el sentido de que no es admisible la prueba de testigos cuando el valor excede de $500.oo; y concluye con la aplicabilidad al mandato de las normas contenidas en los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1.887 sobre prueba de las obligaciones que valgan más de quinientos pesos.

Después expresa:

"En el caso que nos importa bien es sabido que se habla de un mandato para perfeccionar un contrato de mutuo por la suma de cinco mil pesos. No existe la prueba por escrito de este mandato, ni principio de prueba por escrito que venga a establecer (sic) tal como lo exige la Ley 153 de 1.887.

"Pues bien, aunque el contrato de mandato no se probó en la forma exigida por la ley, es hecho indiscutible que el contrato de mutuo cuya exhibición se logró por el señor abogado de la parte actora, se acordó entre el señor Oliverio Cadena B. y Daniel Castro, en la forma y términos que podemos leer al f. 3 v. del cuaderno principal; y tuvo como causa primera el acuerdo de voluntades entre Waldina Vargas v. de Vargas y Daniel Castro y se perfeccionó entre Castro y Cadena Bonilla como consecuencia del contrato de compraventa del inmueble a que nos hemos referido en varias oportunidades en esta sentencia.

"Es natural, en consideración a los efectos de la acción resolutoria, que ese contrato de mutuo no puede producir ningún efecto entre las personas que por medio de él adquirieron obligaciones; pues las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de perfeccionarse el contrato resuelto".

Cuanto a frutos, dice el Tribunal:

"..... Como la buena fe se presume y el señor apoderado de la parte actora no ha desvirtuado esta presunción legal, el demandado señor Oliverio Cadena B. debe restituir los frutos naturales y civiles de la cosa que ha percibido desde el día 2 de mayo de 1.960 hasta el día 28 de noviembre de 1.961 en que se dió contestación a la demanda. De esta fecha hasta el momento en que se efectúe el pago, el demandado restituirá los frutos civiles y naturales de los bienes indicados en la demanda no sólamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder. (a. 964 C. C.).

"Es natural que la restitución de los frutos aquí ordenada es únicamente en proporción a los $5.000. oo que hemos concluido anteriormente no fueron pagados por el demandado....."

LA IMPUGNACION

Vienen propuestas las causales 1a. y 6a. de casación. Lo cual significa que corresponde primero el estudio del último de esos motivos, por referirse a vicios del procedimiento.

Causal Sexta

Entiende la censura que es nulo el proceso por "ilegitimidad de la personería de la parte actora, en el aspecto adjetivo".

Toma pie en que el poder conferido por la demandante aparece firmado a ruego por Emilio Velásquez, quien según el recurrente "no conoce personalmente a Waldina Vargas v. de Vargas, ni fue rogado por ella para que firmara en su nombre el susodicho poder."

Pero se podría decir -se lee en el libelo- que el primer auto, el admisorio de la demanda y en que se reconocer (sic) la personería del apoderado, no se reclamó por el demandado. Contestó: el demandado en realidad no tuvo defensor, pero como se violáron normas de carácter imperativo como son las normas procesales, la nulidad debe prosperar".

Cita al efecto los artículos 19, Ley 21 de 1.931 y 6o. Ley 69 de 1.945, no exactamente aplicables: el 19, porque fue derogado á virtud del artículo 18, Ley 69 de 1.945; y el 6o. de esta última, porque es obvio que en el presente pleito Waldina Vargas v. de Vargas no "podía litigar en causa propia". Y hace varios argumentos conducentes a subrayar la necesidad de que los analfabetos reciban adecuada protección mediante el lleno de los requisitos "para precisar si en realidad la voluntad expresada en documento que no ha sido redactado por el analfabeto, corresponde a lo que dicho sujeto quiere expresar".

SE CONSIDERA:

1.- El poder conferido para la representación judicial exige autenticidad: porque o se otorga por escritura pública, o bien por memorial que se presenta personalmente ante funcionario del estado que certifica sobre la identidad del poderdante. Así, el hecho de que el memorial-poder aparezca firmado a ruego, no entraña de suyo ilegitimidad de la personería del representante, ni envuelve por esta causa nulidad del procedimiento.

2.- En la situación de autos consta que el poder fue presentado personalmente por Waldina Vargas v. de Vargas ante el Juez Municipal de Paicol y su Secretario, para la autenticación en 5 de abril de 1.961, y que la otorgante exhibió la tarjeta de identidad 382 expedida en dicho Municipio, esto es la misma tarjeta con que Waldina se identificó a tiempo de extenderse ante el Notario de La Plata la escritura pública que solemnizó la compraventa sobre que versa el litigio. Luego la acusación carece de apoyo.

3.-Ni sería viable en el presente recurso para sustentar la causal 6a. ya que en conformidad con invariable doctrina de la Corte, el derecho de alegar la nulidad de que se trata no corresponde a cualquiera de las partes, sino privativamente a la mal representada.

Causal Primera.

Trae dos aspectos: I) ".... infracción indirecta de preceptos sustanciales por error manifiesto en la apreciación de las pruebas que obran en el juicio"; y II) "..... en el evento de que no prospere el primer cargo o no se decrete el del tercero ", "..... error en la interpretación de la ley, se aplicó mal y se dejó de aplicar en otro sentido, los artículos 1545, 1551, 1932 y 964 inciso 3º. del Código Civil".

1) El primer reparo viene apoyado así:

"Existe un error evidente en la apreciación de las pruebas examinadas por el sentenciador, en los siguientes puntos:

"a) En la apreciación de las posiciones, por cuanto el H. Tribunal calificó o cualificó una parte de la confesión, y al dividirla no apreció la verdadera intención del confesante:

"Al efecto: hablando del precio, se toma en la sentencia únicamente el siguiente aparte: 'y aunque es verdad no he pagado la totalidad de su importe, no estoy obligado a hacerlo puesto que según el documento en cuestión no se ha vencido el plazo; .....'

"La cita bastaría no más para apreciar la confesión como se hizo y no por partes. El confesante acepta que no ha pagado la totalidad del precio pero que no está obligado a hacerlo.....

"Al contestar el punto 5º. de las posiciones dijo el demandado: "..... al celebrarse este negocio se convino en que cinco mil pesos, parte del valor del negocio, me lo dejaría a interés, para con los intereses sostenerse la dueña de la finca..... Advirtiendo que aunque dicho documento está a favor de Daniel, éste no es el dueño del crédito".

"De estas dos citas de las posiciones salta a la vista el error en que incurrió el H. Tribunal, al admitir únicamente la parte de la confesión en que el demandado acepta deber, pero no la parte que implica un plazo para el pago".

Menciona la autoridad de expositores, aparte de doctrinas de la Corte en materia de confesión indivisible, y continúa el recurrente:

"Es así que el confesante acepta deber parte del precio, hay que convenir también en lo que él dice referente al plazo para pagarlo. Ese plazo está determinado en un documento en que aparece en forma de contrato de mutuo entre el demandado Cadena Bonilla y Daniel Castro. En otros términos esa H. Corte ha dicho: 'Cuando en la confesión (609 C. J.) se incluyen hechos o circunstancias de un todo inseparable que destruyen el efecto jurídico del suceso contemplado como objeto de la pregunta, a virtud de la indivisibilidad de la respuesta no hay verdadera confesión, porque entonces no se ha reconocido hecho alguno de consecuencias adversas al declarante, en nada se modifica la carga de la prueba, y la resultante es igual a si el hecho se negara o a que la declaración no se hubiera producido jamás.'

"Examinando la confesión ya frente a la salvedad del plazo, el Tribunal sentenciador interpretó mal la prueba que arroja el documento de que se ha acabado de hablar, y erró porque no respetó el plazo. Fuera de la validez del contrato considerado en sí mismo, (Contrato original al f. 19 del C. 1º. y por exhibición f. 3 v.).

"Al efecto, la sentencia se demora a hacer un estudio bajo el epígrafe de 'contrato de mutuo' sobre la validez o no del contrato que el documento determina. Fuera de que allí se estipula para la actora Waldina Vargas v. de Vargas un crédito a su favor a título de mutuo, que fue autorizado en el momento de otorgarse la escritura de compraventa, como se colige de las declaraciones de Tobías Perdomo y Alberto Chaverra (fs. 10 y 11 C. 2º.), las cuales no fueron tenidas en cuenta en el examen de la sentencia hecho por el fallador, pero que no es el medio para darle más fuerza a tal contrato, lo que se debía tener en cuenta en la sentencia es la fecha cierta que contiene tal documento, para determinar el plazo de las obligaciones del comprador y la circunstancia de que analizadas todas las

demás pruebas pedidas por el actor, ninguna destruyó la salvedad o modificación del confesante".

Hace al respecto consideraciones complementarias y concluye con que "el Tribunal al no apreciar en forma debida unas pruebas y dejar de apreciar otras, violó los artículos 605, 606 del Código Judicial, y 598, 698 y 637 del mismo Código, y el artículo 1757 del código Civil, y por este error de medio lo llevó a violar indirectamente las siguientes disposiciones sustantivas consagradas en los artículos 1546, 1602, 1603, 1608 y 1683 del Código Civil".

11) El segundo reparo consiste en que "el sentenciador ordena pagar los frutos de la finca al demandado, como poseedor de buena fe, desde la fecha del contrato de compraventa, o sea la fecha de la escritura número 126 (f. 7), hasta el día en que se le corrió traslado de la demanda, del 2 de mayo de 1.960 al 28 de noviembre de 1.961. Con la advertencia de que se le deben abonar en parte del pago los intereses del año vencido (del primer año).

"El error es manifiesto en la interpretación de la ley, por cuanto que, por acceder a las súplicas de la demanda, se ordena pagar unos frutos en un tiempo que no corresponde, ya que conforme a la ley el poseedor de buena fe no está obligado a pagar frutos en este evento, antes de la contestación de la demanda. Como en el presente caso la restitución sobreviene por la declaratoria de una condición no puede producir los mismos efectos del caso en que la restitución sobreviniera por ejemplo por la declaratoria de una nulidad en el contrato. En este segundo caso es natural, ya que el contrato se miraría como inexistente y las cosas tendrían que volver al mismo estado que tenían antes de su celebración, o sea, en nuestra fecha en cuestión al 2 de mayo de 1.960. Pero la declaración de cumplimiento de la condición resolutoria, no puede tener, ni tiene este alcance, ya que, mientras que el que tiene derecho a pedirla no lo haga, es decir, no haga la notificación de la demanda no opera resolución alguna pues está en su libre voluntad escoger entre la resolución del contrato o el pago de los perjuicios".

Alrededor de este argumento presenta otros corroborantes para deducir la invocada violación de los artículos 1545, 1551, 1932 y 964, inciso 3º. del Código Civil.

SE CONSIDERA:

4. La sujeta materia del pleito consiste en el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 126 de 2 de mayo de 1.960, Notaría de La Plata. En orden a la pretensión resolutoria fue aducida la falta de pago del precio, que en las voces de la escritura aparece satisfecho a la vendedora. Como contraprueba entre las partes se provocó la confesión del comprador demandado, quien hizo el reconocimiento de no haber cubierto $5.000.oo del precio, como cantidad que viniera a ser objeto de mutuo con interés, ajustado con Daniel Castro por mandato recibido al efecto, de la vendedora Waldina Vargas v. de Vargas, relación jurídica con que el confesante explica el origen del documento de 21 de mayo de 1.960 que por igual suma suscribiera el comprador Cadena Bonilla a favor del dicho Daniel Castro, con plazo de un año.

5. De aquí desprende el recurrente que la confesión es indivisible, pues entiende que este calificativo jurídico va envuelto en el reconocimiento de deuda u término sin vencer todavía, como hechos inseparables: deuda y plazo.

Pero aún sin observar que en posiciones antes de juicio, absueltas para la pregunta 17 el 28 de julio de 1.961, Cadena Bonilla confiesa que está en mora de pagar el precio "porque el plazo estipulado en el documento-pagaré se venció en el mes de junio próximo pasado, pues era de un año"; aún sin esto, si el análisis contempla en todas sus partes la cuestión que el cargo propone, de inmediato se advierte la independencia que existe en derecho entre la compraventa y el mutuo como causas distintas generativas de deuda cuyo objeto sea el pago de una suma de dinero.

Entonces: si el comprador confiesa que debe $5.000 sobre el precio de compraventa, y agrega que el término para el pago está pendiente porque ese dinero le quedó en mutuo convenio con tercera persona que obrara en calidad de mandatario de la vendedora, no se remite a duda ninguna el reconocimiento y plenitud de probanza de una causa jurídica de deuda-compraventa y la proposición de otra causa por probar -el mutuo- que en sustitución de la anterior llegara por el consentimiento de las partes con la modalidad aditiva del plazo. Lo que a ojos vistas impone al comprador la carga de probar la existencia del poder con que Daniel Castro actuara en representación de Waldina Vargas v. de Vargas al convenir el mutuo con interés que se da por explicación del documento expedido a favor del alegado mandatario.

6.- Por razones no rebatidas en la censura, el sentenciador encontró sin prueba aquel mandato. Y al faltar la demostración de que por su consentimiento sobreviniera entre las partes, por sí mismas o por legítimo representante, el contrato de mutuo en función de satisfacer el precio de la compraventa, no podía dársele este significado al documento en referencia, sin alterar el valor de la prueba por confesión, y el límite que para los medios establece la ley en razón de la cuantía de los negocios jurídicos.

7. No es congruente en el fallo acusado la declaración que suprime los efectos obligatorios del aludido documento de deuda, puesto que en ausencia de prueba del mandato de Waldina Vargas, conque Daniel Castro obrara en aquella oportunidad, la operación quedaba por fuera de la litis, no podía ser materia del pronunciamiento, y menos cuando Castro no ha figurado como parte.

Sin embargo, como la corrección decisoria al respecto no es materia del recurso, basta lo anotado en el campo doctrinal.

8. Es bastante claro que la resolución de la compraventa decretada por falta de pago del precio, se funda en el incumplimiento del comprador, quien por ello carece de causa que en derecho le permitiese ingresar definitivamente en su patrimonio los frutos del bien cuya restitución se predica. Así ordena el artículo 1932 del Código Civil que "la resolución de la venta por no haberse pagado el precio dará derecho al vendedor para..... y Además para que se le restituyan los frutos, ya en su totalidad, si ninguna parte del precio se hubiere pagado, ya en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada". O sea, que la norma se basa en la falta de causa para adquirir los frutos en la medida respectiva por quien recibió el objeto a título de compraventa incumplida de su parte.

No obstante que por lo general el incumplimiento del contrato y buena fe se excluyen recíprocamente, el sentenciador adoptó una posición intermedia, no modificable porque se aumentaría el gravamen de la parte recurrente y la casación in peius no se predica.

Pero las correcciones doctrinales evitan la condenación en costas del recurso.

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 5 de junio de 1.963 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el presente litigio de Waldina Vargas v. de Vargas contra Oliverio Cadena Bonilla.

Sin costas en casación.

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

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Julián Uribe Cadavid.- Enrique López de la Pava.- Ricardo Ramírez L., Secretario.

FILIACION NATURAL

Los herederos del presunto hijo natural no pueden ejercer, en su lugar, la acción de filiación, porque la muerte de éste la extingue. Representación sucesoral.

1. La acción de filiación natural, como se infiere de la ley y está aceptado por la doctrina, no puede ejercitarse como sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga algún interés en ello, sino por las personas que el artículo 12 de la Ley 45 de 1.936, con fundamento en principios de orden público y con carácter taxativo, señaló como sujetos de la acción al prescribir quiénes son partes en los juicios de filiación, reconociéndole ese derecho al "hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público", lo que claramente indica exclusión de cualesquiera otras personas que pretendieran hacerlo. Sin que sea esto nuevo dentro del ordenamiento legal de la Nación, pues, en lo tocante a estas acciones de estado, por respeto y guarda de la familia, la ley ha restringido y reserva su ejercicio a determinadas personas y en ciertas condiciones, y lo niega a otras, bien se trate de una acción de reclamación de estado, de una de impugnación, o también de la de comprobación o declaración de paternidad o maternidad natural. Y si como se deduce de la norma citada la acción pertenece exclusivamente al hijo, la muerte de éste la extingue y nadie puede ejercitarla, ni siquiera sus hijos legítimos. El ejercicio de esa acción personalísima por persona distinta de las que la ley reconoce, es ilegítimo (LXXXIX, 84).

En relación con la personería sustantiva o derecho de actor en juicios de filiación natural, conviene recordar lo expresado por la Corte, en caso similar a éste, en casación de 24 de mayo de 1.939, G. J. T. 48 pág 256.

Es cierto, en principio, que el interés origina la acción, como lo afirma el recurrente. Pero el interés debe estar reconocido por la ley sustancial. Entonces sí puede alegarse que la sentencia incurrió en error, por menospreciar el interés reconocido por la ley. Y queda visto que la acción de filiación, por su carácter exclusivo, solo puede ejercitarla el hijo, por sí mismo, dice la norma, o por conducto de las personas comprendidas en el artículo 12 ya citado.

2.- La ficción legal de la representación sucesoral supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si éste o aquél no quisiese o no pudiese suceder. Hay que demostrar que el representado no quiso o no pudo suceder, porque de lo contrario no puede suponerse vacío el lugar que

vendría a ocupar el representante. Lo ordinario es que el heredero ocupe su lugar y acepte la herencia. Si esto no sucede y hay lugar a la representación, lo lógico es demostrar que el heredero directo no quiso suceder o no pudo hacerlo. Y desde luego debe establecer por los medios legales ordinarios, el grado de parentesco entre causante y heredero y entre éste y el representante.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, veintiocho de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco).

1o. Señalando como demandados al Municipio de Barranquilla y al Banco Popular, Pablo Ramón Consuegra inició juicio ordinario a fin de obtener las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. Que la señorita Benilda Consuegra y la señora Carlota Consuegra de Ramón son hijas naturales del doctor Pedro Mártir Consuegra.

"SEGUNDA. Que en su carácter de hijo legítimo de la señora Carlota Consuegra de Ramón, mi mandante señor Pablo Ramón Consuegra tiene derecho a heredar a su tía la finada Benilda Consuegra, y por consiguiente es su heredero con mejor derecho al del Municipio de Barranquilla. Y en consecuencia éste debe hacer entrega, en el plazo que el señor juez fije, de los bienes de la sucesión al señor Pablo Ramón Consuegra, inclusive el inmueble especificado en el cuerpo de la demanda.

"TERCERA. Que el Banco Popular, sociedad anónima establecida en Bogotá, no ha adquirido la propiedad del inmueble antedicho, vendido por el Municipio de Barranquilla a ésta por la escritura pública 1.314 corrida en la Notaría 3ª. de la ciudad el primero de julio de 1.954, y que debe hacer entrega del aludido inmueble a mi mandante, en el plazo que el señor juez disponga.

"CUARTA. Que la entrega de que se habla en los ordinales anteriores debe hacerse con sus frutos naturales y civiles.

"QUINTA. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, disponga la cancelación de los registros respectivos, ordenando a la vez la posesión efectiva a favor de mi mandante y el correspondiente registro, o la adjudicación de la herencia.

"SEXTA. En subsidio pido que se condene al Municipio a restituir a mi mandante señor Pablo Ramón Consuegra las cantidades recibidas a cualquier título por concepto de los bienes de la sucesión".

Relatan los hechos del libelo que entre los varios hijos extramatrimoniales de Pedro Mártir Consuegra figuran Benilda y Carlota. Aquella tenida con Josefa María de la Rosa y Carlota con Matilde Barros. Carlota contrajo matrimonio civil con Pablo Ramón, en Barranquilla, el 15 de junio de 1.866 y, posteriormente matrimonio católico con el mismo. Del matrimonio de Pablo Ramón y Carlota Consuegra nació el demandante Pablo Ramón Consuegra, de donde resulta que éste es sobrino natural de Benilda Consuegra. Esta murió sin hacer testamento el 25 de mayo de 1.943 y sin dejar ascendientes, descendientes ni hermanos de ninguna clase, pero sí bienes, entre ellos el inmueble a que se refiere el hecho sexto de la demanda. Se abrió por consiguiente el juicio de sucesión de Benilda, se

reconoció como heredero al Municipio de Barranquilla, se le dió posesión de la herencia y como no aparecieran otros herederos se ordenó la protocolización del proceso. El Municipio de Barranquilla vendió al Banco Popular por $496.870.oo moneda corriente el inmueble referido, según aparece de la escritura pública número 1314 de primero de julio de 1.954, pasado ante el Notario 3º. de la mencionada ciudad.

Agregan los hechos que Carlota Consuegra contrajo matrimonio cuando aún era menor de dieciocho años y que dentro de las diligencias adelantadas por el Juez del Distrito, su padre Pedro Mártir Consuegra hizo manifestación expresa y directa de su carácter de tal. "Así mismo la trató como hija por más de diez años y sus deudos, amigos y el vecindario del domicilio en general la reputaron como tal por esta razón" y "La señorita Benilda Consuegra, lo mismo que su hermana Carlota también, fue tratada por más de diez años como hija de su padre Pedro Mártir Consuegra, proveyendo a su educación, subsistencia y establecimento, y sus deudos, amigos y vecindario del domicilio en general la tuvieron con tal carácter".

Al contestar el libelo los demandados negaron la mayor parte de los hechos, aceptaron otros, y propusieron las excepciones perentorias de "ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, ilegitimidad de la personería del demandado y prescripción".

La sentencia de primera instancia declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor y absolvió a los demandados. El Tribunal conoció del segundo grado del juicio por apelación interpuesta por la parte actora vencida y reformó la sentencia recurrida en cuanto declaró probada la excepción y se limitó a absolver a los demandados.

El demandante en el juicio interpuso recurso de casación que ahora resuelve la Corte.

2º. LA SENTENCIA IMPUGNADA

El argumento fundamental de la sentencia recurrida es el de que el artículo 12 de la Ley 45 de 1.936 concede una acción estrictamente personal al hijo a fin de obtener la declaración judicial de su estado civil, lo que puede hacerse ya directamente o por conducto de sus representantes legales o por la persona que ha cuidado de su crianza y educación, y que, "como las acciones de filiación natural no aparecen instauradas por sus legítimos titulares que, en este caso, lo serían Benilda Consuegra y Carlota Consuegra de Ramón, sino por un hijo de esta última, la sentencia de primer grado por estar basada en los mismos argumentos, se encuentra ajustada a derecho y debe, por ende, ser confirmada", y agrega, que no solamente por el aspecto dicho "flaquean las acciones de filiación natural incoadas, sino porque estas no han sido enderezadas contra el presunto padre natural o contra sus herederos. En efecto, tal filiación se trata de establecer con respecto al señor Pedro Mártir Consuegra, quien se dice era el padre natural de Benilda y Carlota Consuegra, luego lo lógico y natural era demandar a aquel o a sus herederos. No se hizo así, sino que se escogió como demandados al Municipio de Barranquilla y al Banco Popular, entidades que sólo son, la primera, causahabiente a título universal de una de las presuntas hijas, Benilda Consuegra, y la segunda, causahabiente a título singular del Municipio de Barranquilla.

Fluye, pues de lo anterior que las acciones son ineficaces por falta de legitimación en la causa en la parte demandada".

Se refiere el Tribunal a la tesis de la parte actora en cuanto afirma que la declaratoria judicial de la filiación natural de Benilda Consuegra y Carlota Consuegra tiene apenas un aspecto formal, porque sus estados civiles de hijas naturales de Pedro Mártir Consuegra ya vinieron definidos al juicio de acuerdo con las leyes vigentes en la época en que ellos se constituyeron y dice:

"Releva a la Sala entrar a controvertir la tesis anterior, el hecho de que aunque fuera esta jurídicamente aceptable, tampoco el demandante tendría la titularidad de la acción incoada, porque para ello es indispensable la prueba de la defunción de Carlota Consuegra de Ramón, ya que sólo se puede heredar a una persona que haya fallecido. Y como el demandante invoca su condición de hijo legítimo de dicha señora como fundamento de su acción, la falta de la prueba de su deceso, como se observa en los autos, lo priva del interés jurídico para accionar como sucesor a título universal de su madre legítima. De manera que también se impone, por lo anterior, confirmar la sentencia recurrida, ya que el Superior puede hacerlo por razones distintas a las expuestas por el a quo".

3o. LA DEMANDA DE IMPUGNACION.

A través de la causal primera del artículo 520 del C. Judicial, el recurrente acusa la sentencia por violación directa, por aplicación indebida y por error de hecho evidente en la interpretación de la demanda, cargos a que respondieron el Procurador General de la Nación y el Banco Popular.

a). Por violación del artículo 12 de la ley 45 de 1.936, por considerar el Tribunal que los herederos del presunto hijo natural no pueden ejercer, en su lugar, la acción de filiación.

De que el artículo 12 aludido diga que la "acción de filiación" la tiene el hijo por sí o representando como allí se explica, según dice la demanda, no puede inferirse que excluye la representación legal que tienen los herederos del causante para ejercitar las acciones que a este le correspondían. La del artículo 12, "No es ninguna norma distinta de la general que existe para toda acción, excepto en cuanto autoriza al ministerio público y a quien tenga a su cargo el menor para ejercitarla. Es en estos dos puntos que innovó el art. 12....". Agrega que "..... la filiación no es solo una cuestión moral. Como el estado civil en general, conlleva derechos patrimoniales, tal como el de herencia, trasmisibles a los herederos. Inclusive por el aspecto moral el hijo del hijo natural tiene interés para que se declare la filiación de su padre y así establecer la línea ascendente de sus abuelos. Por otra parte, la ley otorga en general a los herederos el derecho a ejercitar las acciones que correspondían al causante y a recibir la herencia que dejó aquél sin aceptar pero ya deferida y a representarlo para recoger las que vienen a deferirse luego de su muerte (Arts. 1008, 1009, 1013, 1040, 1041, 1042, 1043, del C. Civil)".

Después de reproducir el artículo 1043 del C.C., asevera el recurrente que en cuanto a la madre (Carlota Consuegra de Ramón), el actor "ejercita la acción de filiación aparejada a la representación que le otorga el artículo 1043, y en cuanto a la causante hermana de aquella, la ejercita aparejada al derecho de herencia que por la misma representación le corresponde". Sienta en seguida que "donde hay derecho a heredar, tiene que existir la acción para establecer la cali-

dad de heredero", y termina este primer aparte del cargo afirmando "que si la hermana natural hereda a falta de otros herederos de mejor derecho y que el hijo legítimo de aquella tiene el derecho de representación, resulta absurdo negarle a este la acción para establecer el parentesco, es decir, la mutua filiación. Por lo que con la tesis del Tribunal resultan también violados, por falta de aplicación, los arts. 21 y 22 de la Ley 45 de 1.936, que otorgan el derecho a heredar a la hermana natural" y, asimismo, por falta de aplicación, los artículos 1321 a 1326 del Código Civil, que consagran la acción de petición de herencia que el demandante ejercitó.

b). Este segundo aparte de la censura se encamina a demostrar falta de aplicación de los artículos 21 y 22 de la ley de filiación natural y 1008,1009, 1013,1040, 1041, 1042 y 1043 del C. Civil.

"En efecto -dice-, el Tribunal no le negó al Municipio de Barranquilla la calidad de heredero universal de Benilda Consuegra, ni desconoció que Carlota fuera hermana de ésta (apenas se abstuvo de calificar la filiación). Por consiguiente, como el señor Consuegra no dejó otros herederos que sus presuntas hijas naturales o el Municipio, a falta de aquellas sería éste el heredero universal y no solamente de Benilda. La existencia de herederos de mejor derecho que el Municipio no está probada y su inexistencia no necesita demostración,.....-De manera que como el Municipio de Barranquilla y el Banco Popular no probaron que existían otros herederos del Sr. Consuegra, debe tenerse como tal al mismo Municipio y el demandante no tenía obligación de probar la inexistencia de herederos de mejor derecho.

"La violación de los textos citados aparece de manera directa, por falta de aplicación; pues, si los hubiera aplicado el Tribunal no le hubiera exigido al demandante la prueba de que no existían otros herederos de Consuegra y no hubiera considerado ineficaz la demanda por no haberse dirigido contra esos herederos ni ilegítima la causa o personería sustantiva de la parte demandada".

c). "Por falta de aplicación y de manera directa", se arguye violación de los artículos 1041,1042, 1043 y 1044 del C. Civil. "En efecto, el Tribunal confundió dos institutos jurídicos diferentes: heredar a una persona y concurrir a la sucesión de otra en representación de aquella. Con lo primero violó también el Tribunal, por indebida aplicación, los arts. 1008 a 1013 del C. Civil, que reglamentan el derecho de heredar a una persona y que para ese efecto sí exigen la prueba de su defunción. Pero el demandante no se ha presentado como HEREDERO de Carlota Consuegra de Ramón, sino como heredero de BENILDA, en REPRESENTACION de su madre Carlota, lo que es totalmente distinto; por lo que los textos aplicables son los arts. 1041 a 1044 del C.C., que dejó de aplicar, violándolos directamente, el Tribunal de Barranquilla.

"Ahora bien: para heredar a BENILDA, en representación de su madre Carlota, el demandante no estaba obligado a presentar la prueba de la muerte ésta, porque eso equivale a exigir la demostración de que no existe otro heredero que podría ser de mejor derecho.....".

d). Error manifiesto de hecho en la interpretación de la demanda inicial del juicio, porque "Al decir el Tribunal que faltaba la prueba de la defunción de Carlota, para que el demandante pudiera heredarla, interpretó la demanda en el sentido de que éste concurría como heredero de aquella y estaba reclamando la

herencia de aquella....porque salta a la vista, de solo leer las peticiones, que el demandante solicita ser reconocido como heredero de BENILDA y nó de Carlota, en representación de ésta y no como su heredero".

Luego de reproducir la petición segunda de la demanda, se indican como quebrantados los artículos 1040,1041, 1042, y 1043 del C. Civil que consagran el derecho de representación; los artículos 21 y 23 de la Ley 45 de 1.936 que consagran el derecho de Carlota como heredera de Benilda; el artículo 4º. de la misma Ley 45 que otorga el derecho al demandante para que se declare la filiación natural; los artículos 1321 a 1326 C.C. por falta de aplicación también, ya que consagran el derecho a ejercitar la acción de petición de herencia.

c). Por fin, para cerrar el cargo único, presentado en los varios aparles expuestos se propone este: "Al considerar el Tribunal que la falta de legitimación en la causa del demandante y de los demandados, debía conducir a una simple absolución de estos, en vez de declarar, como el juzgado lo hizo, la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva, que es temporal y que implica un fallo inhibitorio, violó los arts. 1040,1041,1042,1043 del C.C. que consagran el derecho de representación de mi mandante, para heredar a su tía Benilda; el art. 4º. de la ley 45 de 1.936 que le otorga el derecho a que sean reconocidas su madre y su tía como hijas naturales de Consuegra; los arts. 1321 a 1326 del C.C. que le otorgan la petición de herencia para reclamar los bienes dejados por Benilda y que están en posesión del Banco, como causahabiente del Municipio. Estas violaciones aparecen de manera directa".

5. LA CORTE CONSIDERA:

a). En ejercicio de petición de herencia y consiguiente restitución Pablo Ramón Consuegra, hijo legítimo de Pablo Ramón y Carlota Consuegra, para obtener sus pretensiones, busca se declare que Carlota y Benilda Consuegra fueron hijas naturales de Pedro Mártir Consuegra, en virtud de posesión notoria de ese estado; que Carlota y Benilda son hermanas y el actor Pablo Ramón Consuegra sobrino de Benilda y, que, como ésta murió abintestato, "sin dejar ascendientes, descendientes ni hermanos de ninguna clase", el demandante es su heredero en representación de su madre Carlota.

b). Por medio de los distintos motivos que configuran la causal primera del artículo 520 del C.J., y con argumentos que en el fondo son uno mismo, se pretende la infirmación de la sentencia del Tribunal, para que la Corte, en actuación de segundo grado, haga las declaraciones impetradas en el libelo, o, siquiera, reconociendo error de hecho evidente en la interpretación de aquél, confirme la providencia del Juez a quo y declare probada la excepción temporal de ilegitimidad sustantiva del actor, de alcance inhibitorio, propuesta por los demandados, desconociéndose de este modo por el recurrente la legitimación de la parte que inició el juicio y sustenta el recurso de casación, con olvido de que la sentencia que declaró la excepción fué protestada por la parte que ahora pretende que se llegue a esa consecuencia. Pero, la demanda del recurso no ha logrado demostrar que el Tribunal incurrió en los errores que señala, ni violó las disposiciones que indica, pues, si el hecho esencial de donde se deducen todos los derechos a que aspira, es el de declaración de filiación natural de Carlota y Benilda con relación

a Pedro Mártir Consuegra, esta filiación no se promovió en vida del padre, sino mucho después de su muerte y, no por quien se crea su hijo, sino por un hijo de quien se dice es hija natural de Pedro Mártir Consuegra y, esta clase de acciones, como se infiere de la ley y está aceptado por la doctrina, no pueden ejercitarse como sucede con las demás acciones judiciales por todo el que tenga algún interés en ello, sino por las que el artículo 12 de la Ley 45 de 1.936, con fundamento en principios de orden público y con carácter taxativo, señaló como sujetos de la acción al prescribir quienes son partes en los juicios de filiación, reconociéndole ese derecho al "hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público", lo que claramente indica exclusión de cualesquiera otras personas que pretendieran hacerlo. Sin que sea esto nuevo dentro del ordenamiento legal de la Nación, pues, en lo tocante a estas acciones de estado, por respeto y guarda de la familia, la ley ha restringido y reservó su ejercicio a determinadas personas y en ciertas condiciones, y lo niega a otras, bien se trate de una acción de reclamación de estado, de una de impugnación, o también de la de comprobación o declaración de paternidad o maternidad natural. Y si como se deduce de la norma citada la acción pertenece exclusivamente al hijo, la muerte de este la extingue y nadie puede ejercitarla, ni siquiera sus hijos legítimos.

El ejercicio de esa acción personalísima por persona distinta de las que la ley reconoce, es ilegítimo. (LXXXIX. 84).

En caso similar a este (XLVIII. 258), la Corte expresó: "Ya se vió en referencia al caso en consideración que una acción de petición de herencia en que el actor pretende representar un muerto de quien afirma que era hermano natural de otro muerto a quien aspira a suceder, y no acredita que a la hora de su muerte su padre representado ni su tío tuvieran la condición jurídica de hermanos (para el caso de ahora la madre y la tía) naturales como hijos de dos personas determinadas, también difuntas, ya por haberlos éstas reconocido como hijos o por haber sido judicialmente declarados tales por su personal solicitud, sino que se presenta a establecer esa filiación aduciendo pruebas de la posesión notoria de hijos naturales de los desaparecidos, no puede considerarse como una simple petición de herencia, de interés exclusivamente pecuniario, en que pudieran pretermitirse las exigencias de ley y de doctrina que en materia de personería del demandante gobierna las acciones de estado sobre filiación natural".

c). Es cierto, en principio, que el interés origina la acción, como lo afirma el recurrente. Pero el interés debe estar reconocido por la ley sustancial. Entonces sí puede alegarse que la sentencia incurrió en error, por menospreciar el interés reconocido por la ley. Y queda visto que la acción de filiación, por su carácter exclusivo, solo puede ejercitarla el hijo, por sí mismo, dice la norma, o por conducto de las personas comprendidas en el artículo 12 ya citado.

d). Excediéndose en razonamientos, porque si el demandante carecía de la titularidad de la acción, no era necesario que el Tribunal hiciera otras consideraciones, analizó éste por otros aspectos la cuestión controvertida y como faltara la partida de defunción de Carlota Consuegra, madre del actor en el juicio y hermana de Benilda, afirmó no haberse configurado el derecho de representación sucesoral. Para el recurrente determina esto un error de derecho que denomina "falta de aplicación y de manera directa" y violación de los artículos 1041, 1042, 1043 y 1044 del C. Civil, atribuyéndole al fallador confundir "dos institutos jurídicos

diferentes: heredar a una persona y concurrir a la sucesión de otra en representación de aquella".

La ficción legal de la representación sucesoral supone que una persona tiene el lugar y por consiguiente el grado de parentesco y los derechos hereditarios que tendría su padre o madre si ésta o aquél no quisiese o no pudiese suceder. Hay que demostrar que el representado no quiso o no pudo suceder, porque de lo contrario no puede suponerse vacío el lugar que vendría a ocupar el representante. Lo ordinario es que el heredero ocupe su lugar y acepte la herencia. Si esto no sucede y hay lugar a la representación, lo lógico es demostrar que el heredero directo no quiso suceder o no pudo hacerlo. Y desde luego debe establecer por los medios legales ordinarios, el grado de parentesco entre causante y heredero y entre éste y el representante, es decir, que debió demostrarse no solamente que Carlota Consuegra pudo ser heredera de Benilda, sino que por decesa de aquella ocupaba su lugar sucesoral.

Lo visto indica que los cargos son infundados.

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 Barranquilla, de fecha cuatro (4) de octubre de mil novecientos sesenta y uno (1.961), proferida en el juicio ordinario de Pablo Ramón Consuegra contra el Municipio de Barranquilla y otro, sobre filiación natural.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Gustavo Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - (Con salvamento). - Julián Uribe Cadavid. - Arturo Tapias Pilonieta, (Conjuez). - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ENRIQUE LOPEZ DE LA PAVA.

Mi desacuerdo con el fallo anterior, dictado con motivo del recurso de casación interpuesto en el juicio ordinario de Pablo Ramón Consuegra contra el Municipio de Barranquilla y el Banco Popular, no radica en su parte resolutiva, sino en una de las tesis que allí se exponen como argumentos para sustentar esa parte decisoria.

En efecto, recordando la doctrina expuesta ya por la Corte en otras ocasiones, se sostiene una vez más en la anterior sentencia que la acción sobre declaración judicial de paternidad natural ha sido reservada por la ley exclusivamente en beneficio del hijo y que en consecuencia sus herederos no pueden promoverla después de fallecido dicho hijo. Esta tesis ha sido sustentada por la Corte en casaciones de 24 de mayo de 1.939 (XLVIII-1.948, 251), de 11 de mayo de 1.948 (LXIV-2062, 362) y de 12 de septiembre de 1.958 (LXXXIX-2202, 83).

Como no estoy de acuerdo con esta tesis, me propongo exponer a continuación las razones que tengo para no compartirla y para respaldar el concepto contrario, esto es, que los herederos del hijo natural premuerto sí gozan por transmisión del derecho o acción que a éste correspondía en vida para reclamar la declaración judicial de paternidad respecto de su presunto padre natural.

1) El estado de una persona es el conjunto de calidades que le fijan una situación jurídica dentro de los grupos sociales llamados nación y familia. Esas calidades son inherentes a la persona misma, constituyen su individualidad jurídica y no tienen carácter patrimonial, aunque algunas de ellas sí son fuentes de derechos patrimoniales.

Por su naturaleza misma el estado de las personas da origen a acciones que se encaminan unas a protegerlo y otras a destruir el que sólo se tiene en apariencia. Las primeras se denominan acciones de reclamación de estado y su objeto consiste en obtener que se le reconozca a una persona un estado determinado, del cual se halla privado por cualquier razón. Las segundas acciones, llamadas de impugnación, tienen por finalidad privar a una persona del estado que ostenta sin corresponderle en realidad.

En materia de filiación legítima el C. Civil consagra y regula las acciones que tienen por objeto impugnar la legitimidad de un hijo. Esta legitimidad está constituida por cuatro factores, así: por la maternidad, por el matrimonio, por la concepción dentro de dicho matrimonio y por la paternidad. La ley autoriza impugnar esa legitimidad mediante la demostración de la falta de uno cualquiera de estos cuatro elementos.

El marido puede impugnar la paternidad que la ley le atribuye sobre los hijos concebidos por su mujer. Según el art. 216 del C. Civil, esta acción de impugnación está reservada al marido mientras viva, pero una vez fallecido, puede ella ser promovida dentro de ciertos términos por los herederos del propio marido,

por sus ascendientes legítimos y aun por cualquiera persona a quien la pretendida legitimidad del hijo irrogare perjuicio actual. Así lo prescriben los arts. 219 y 222 ibidem, incluso ha sostenido la Corte que, aun en vida del marido, cualquier interesado puede instaurar la acción de impugnación que consagra el art. 220 ibidem en el caso de separación de los cónyuges por declaración de nulidad del matrimonio (LIX- 2025, 687 y 688). Se tiene así que esta acción de impugnación de la legitimidad de un hijo se trasmite a los herederos del marido que pasa por padre de ese hijo.

También se puede impugnar esa legitimidad por el aspecto de la maternidad, esto es, por el hecho de no ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo (C. C., 335).

Esta acción está conferida por la ley al marido de la supuesta madre, a la misma madre supuesta, a los verdaderos padre y madre legítimos, a la verdadera madre y a toda persona a quien la maternidad putativa perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión testamentaria o abintestato de los supuestos padre o madre (C. C., 335 y 337). La ley no incluye al hijo entre los titulares de esta acción de impugnación de la maternidad, pero se le podría desconocer el derecho de probar en juicio que la mujer que pasa por madre suya no lo es en realidad? Tal extremo sería injurídico por contrario al derecho que tiene toda persona de fijar su verdadero estado civil.

Ya se verá mejor cómo esta acción de impugnación de la maternidad se trasmite también a los herederos del padre, de la madre y del hijo, de acuerdo con lo prescrito por el art. 404 del C. Civil, y aunque así no fuese, dichos herederos podrían quedar situados en la posición de personas lesionadas con la maternidad putativa que regula el art. 337 ibidem.

2) Respecto de la acción de reclamación de un estado dispone el art. 406 del C. Civil que "ni prescripción ni fallo alguno, entre cualesquiera otras personas que se haya pronunciado podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o madre que le desconoce". Este precepto consagra la acción de reclamación del estado civil de padre, de madre y de hijo, y, según doctrina de la Corte (LIX-2025, 693), se relaciona y es consonante con las disposiciones que le anteceden y que establecen la institución del legítimo contradictor y regulan los efectos de los fallos sobre filiación.

Por su parte el art. 403 ibidem prescribe que "legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo". Esta norma tiene conexión íntima con los arts. 401 y 402, y, entendida en relación con tales preceptos, significa que el padre, la madre y el hijo son las primeras y principales partes en los litigios sobre reclamación o impugnación de la filiación y que los fallos que declaran verdadera o falsa esa filiación, producen efectos erga omnes cuando el juicio respectivo se ha ventilado entre dichas partes o legítimos contradictores. Este efecto general o absoluto de esos fallos se explica en tal caso por el hecho de ser el padre, la madre y el hijo las únicas personas que se hallan directa e inmediatamente ligadas por el vínculo de descendencia que constituye la filiación.

En relación con este mismo sujeto establece el art. 404, ibidem que "los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia;

y el fallo pronunciado a favor o en contra de cualquiera de ellos, aprovecha o perjudica a los coherederos que, citados, no comparecieron". Esta disposición sugiere varias consideraciones que no deben perderse de vista, siendo la primera de ellas que la representación del contradictor legítimo premuerto que tal norma atribuye a los herederos de éste, es exactamente el mismo fenómeno que consagra el art. 1155 ibidem al establecer que los herederos representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. En virtud de este fenómeno de representación, los herederos se sustituyen al causante o contradictor legítimo y pasan a ocupar la misma posición jurídica que éste derivaba de su respectivo estado civil.

En segundo término cabe observar que, para que se produzca el fenómeno de la representación, no se requiere, como se ha entendido, que la demanda sobre filiación se haya propuesto y notificado en vida al contradictor legítimo y que éste fallezca antes de la sentencia. Tal no es el alcance exacto de este art. 404. El supuesto real de esta norma es que muera un contradictor legítimo antes de la sentencia, o mejor aun, antes de ser juzgada la respectiva cuestión sobre filiación. Mientras no se pronuncie sentencia, cualquier asunto está sin juzgar, sea que ya se ventile o no en juicio o que se haya o no propuesto la demanda del caso.

Para que surja la representación no exige el precepto que exista juicio al momento de morir el legítimo contradictor, porque ese fenómeno no dimana de la litis, sino que se produce por ministerio de la ley al ocurrir el deceso del causante, haya o no entonces pleito pendiente sobre filiación. Instaurada la acción antes o después de la muerte de un contradictor legítimo, sus herederos entran a representarlo, se sustituyen a él, pero con la circunstancia, prescrita por la misma disposición, de que en este caso el fallo no aprovecha sino a los herederos que son citados al juicio. No huelga agregar que esta representación demuestra con la mayor evidencia que a los herederos del legítimo contradictor premuerto se trasmite la acción que éste tenía para reclamar o impugnar la filiación o el interés para contradecir las pretensiones del reclamante o impugnante. Y ello porque la representación es una consecuencia de la transmisión.

La tercera observación consiste en que el mismo art. 404 prevé el caso de muerte de un contradictor legítimo para el efecto de atribuir a sus respectivos herederos la representación del difunto. La norma no se refiere en particular al fallecimiento del padre o de la madre, sino en general al deceso de un contradictor legítimo, carácter que también tiene el hijo. De manera que si el hijo fallece sin que en vida suya se hubiese juzgado algún asunto relacionado con su filiación, sus herederos también lo representarían, por activa y por pasiva, en las acciones dirigidas a reclamar o a impugnar su estado civil de tal hijo.

Y en cuarto lugar conviene recordar que los arts. 401 a 404 del C. Civil son aplicables a la filiación natural, según lo prescrito por el art. 7°. de la Ley 45 de 1.936, y que en consecuencia lo que viene expuesto sobre esos preceptos se refiere también a dicha filiación y de modo especial a la acción de reclamación del estado de hijo natural.

3) El art. 9°. de la Ley 45 de 1.936 confiere a la madre putativa o madre de crianza acción para impugnar el reconocimiento de hijo natural que un hombre le haga al niño criado por ella.

El art. 10°. ibidem dispone que "a falta de representante legal, tiene derecho a demandar la declaratoria de filiación para un menor, la persona o entidad que ha cuidado de su crianza".

Y el art. 12 ibidem preceptúa: "Son partes en los juicios sobre filiación: el hijo por sí mismo, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, cuando es incapaz; la persona o entidad que haya cuidado de la crianza o educación del menor y el Ministerio Público".

Este art. 12 habla de que "son partes en los juicios de filiación", pero al señalar en concreto cuáles son esas "partes" no menciona sino a quienes autoriza para asumir el papel de actores en los juicios sobre declaración judicial de paternidad natural. No señala a las personas que pueden ser demandadas, que también son partes en esos negocios, y no puede por tanto decirse que el precepto determine en realidad a "las partes" en los litigios dichos.

Los arts. 10 y 12, transcritos, no señalan a los verdaderos titulares de la acción de filiación natural, sino a quienes están procesalmente autorizados para ejercitarla como demandantes, según lo expuesto. La prueba de ello resulta de los mismos preceptos, porque de "las partes" que allí se mencionan la única realmente titular de la acción es el hijo mismo. Esta acción, como se ha expresado, nace del estado civil, ya preestablecido o por fijar, y el hijo es el único titular verdadero de la acción encaminada a reclamar el estado de hijo natural. El Ministerio Público está facultado para instaurar la acción, pero no es en realidad titular de ella, porque no tiene ni para sí puede reclamar ningún estado civil. La persona o entidad que ha cuidado de la crianza o educación del hijo, está legitimada para ejercitar la acción, pero no es titular de ella, porque tampoco tiene ni puede reclamar para sí misma el estado civil que genera esa acción. Los dos preceptos mencionados regulan, pues, una situación procesal, pero no consagran una calidad sustancial o jurídica sobre la titularidad real de la acción en referencia. Y por la misma razón no son ni pueden tener carácter taxativo, desde luego que el hijo, como único titular verdadero de la acción, es contradictor legítimo y que, en faltando él por muerte, sus herederos entran a sustituirlo en el ejercicio de esa acción, según el art. 404 del C. Civil, como legítimos contradictores secundarios.

Confirman el anterior razonamiento las dos situaciones que prevé el citado art. 12 en relación con el hijo: una de capacidad y otra de incapacidad. Siendo capaz, puede el hijo ejercitar la acción por sí mismo, esto es, sin el ministerio o la autorización de otra persona, que es lo que significa esa expresión "por sí mismo", según se desprende de lo prescrito por el inciso segundo del art. 1502 del C. Civil. Siendo el hijo incapaz, puede promover la acción en su nombre quien ejerce sobre él la patria potestad o la guarda. Y en defecto de representante legal, según los mismos arts. 10 y 12, están facultados para demandar la declaración de paternidad natural la persona o entidad que ha cuidado de la crianza o educación del hijo y el Ministerio Público. El representante legal, el Ministerio Público y la persona o entidad que ha cuidado de la crianza o educación del hijo, no pueden actuar sino en el caso de incapacidad del propio hijo, lo cual corrobora que ellos no son verdaderos titulares de la acción, que no tiene la calidad de contradictores legítimos, primarios ni secundarios, y que sólo son llamados a cumplir una función procesal transitoria en beneficio del hijo cuando éste es incapaz.

Y aun hay algo más de interés que conviene anotar de paso: cómo actúan el ministerio público y la persona o entidad que ha cuidado de la crianza o educación del hijo menor? Se comprende que representen a éste quienes ejercen sobre él la *patria potestad* o la guarda, porque estas instituciones confieren esa representación legal, según los arts. 13 de la ley 45 de 1.936, 62, 306 y 480 del C. Civil, pero cuando

se trata del Ministerio Público y de la persona o entidad que ha cuidado de la crianza o educación del hijo, sucede que ellos no tienen la representación de éste y que el solo hecho de estar facultados para ejercitar la acción de filiación no les otorga esa representación. De modo que actúan en ejercicio de la autorización que les confieren los arts. 10 y 12 de la ley 45, pero no pueden obrar en nombre del menor incapaz porque ningún precepto les da esa representación. Esta circunstancia, como es obvio, tiene repercusiones en la litis que no son para expuestas aquí y explica el hecho de que en nuestra jurisprudencia no se conozca un solo caso de acción de filiación natural promovida por el Ministerio Público ni por la persona o entidad mencionadas.

Precisamente el art. 12 de la ley 45 es el que se toma como punto de apoyo para sustentar la tesis de que la acción de filiación natural no corresponde sino al hijo y de que ella se extingue con la muerte de éste. Dicha tesis interpreta la expresión "el hijo por sí mismo" como la prueba de que la ley atribuye a dicho hijo la titularidad exclusiva de esa acción y de que por tanto éste no se transmite por causa de muerte a sus herederos. Ya he dicho que la frase "por sí mismo" no tiene en este precepto otro sentido distinto del que le asigna el art. 1502 del C. Civil, esto es, que el hijo capaz puede obrar sin el ministerio o la autorización de otra persona. Esa expresión no resiste, en mi concepto, el alcance que se le atribuye de reservar para el hijo la titularidad exclusiva de la acción y de prohibir su trasmisión a los herederos que lo sustituyen y representan.

4) - La ley 45 de 1.936, en cuanto consagra la acción de declaración judicial de paternidad natural, siguió los pasos, o mejor, fue calcada de la ley francesa de 16 de noviembre de 1.912, sustitutiva del antiguo art. 340 del Código de Napoleón. En este precepto, tal como quedó con la reforma de 1.912, figuran dos previsiones que no acogió la ley colombiana. La primera de ellas consiste en los plazos que la ley francesa señaló para el ejercicio de la acción. La ley 45 no fijó a este respecto ningún plazo, de modo que en esto se apartó de la francesa, y ello en forma deliberada, como lo ha reconocido la propia Corte (LIX- 2025, 694).

En el mismo art. 340 del Código Francés se lee: "La acción no corresponde sino al hijo. Durante su minoridad sólo la madre, aunque sea menor, puede ejercitarla". Tampoco acogió este precepto la ley colombiana, pues en ninguna de sus disposiciones se establece que la acción de filiación sólo pertenece al hijo. La exclusividad de la acción en favor del hijo es creación de la jurisprudencia, fundada, como se ha dicho, en el alcance que se le atribuye a la ya indicada expresión del art. 12 de la ley 45.

La ley francesa le reserva exclusivamente al hijo la titularidad de la acción, pero autoriza a la madre para promover tal acción en nombre de dicho hijo, y aun se conocen decisiones jurisprudenciales que le reconocen a la misma madre el derecho de proseguir la litis propuesta por ella antes de la muerte de tal hijo.

La ley colombiana no dispuso lo mismo y, al igual que lo sucedido respecto de los términos para el ejercicio de la acción, hay razones que permiten concluir que nuestro legislador se abstuvo también en forma deliberada de consagrar la exclusividad del ejercicio de esa acción en favor del hijo. El propio art. 12 de la Ley 45 es prueba de ello. Esta disposición faculta al Ministerio Público y a la persona o entidad que ha cuidado de la crianza o educación del hijo para promover dicha acción en el caso de incapacidad de éste y de que carezca de representante legal. Y ni siquiera actúan en nombre del menor, porque no tienen

su representación legal. Y si esto es así, cómo puede olvidarse que el art. 404 del C. Civil reconoce de manera general a los herederos el derecho de representar al hijo natural premuerto para el efecto de promover las acciones encaminadas a reclamar o impugnar una determinada filiación?.

5) La acción de declaración de paternidad natural es una acción de reclamación de estado. Las acciones de esta índole, como se ha dicho, están consagradas por el art. 406 del C. Civil en beneficio de los verdaderos padre, madre e hijo, con la advertencia de que la relativa a la declaración de paternidad natural se halla restringida a los casos que señalan los ars. 4º., 8º. y 29 de la Ley 45.

En estas acciones de reclamación de estado los legítimos contradictores son el padre, la madre y el hijo, según el art. 403 del C. Civil, y de acuerdo con el art. 404 los herederos representan al contradictor legítimo que ha fallecido antes de la sentencia, es decir, antes de ser juzgada la cuestión relativa al estado civil de que se trata.

Con respaldo en estos preceptos, la Corte, en su famoso fallo de primero de octubre de 1.945 (LIX-2025, 682), admitió que la muerte del presunto padre no es fenómeno que pueda producir la extinción de la acción del hijo natural para reclamar la declaración de paternidad natural respecto de aquel. Como consecuencia de ello el hijo puede promover esa acción contra los herederos del presunto padre premuerto. Se sostuvo esta tesis a propósito del fallecimiento del padre, es decir de la parte pasiva de la acción o de la litis, pero ella no puede restringirse a ese solo caso, sino que también cabe y es aplicable en el supuesto de la muerte del hijo, o sea de la parte activa de la misma acción. El art. 404 se refiere a los herederos de cualquiera de los contradictores legítimos y no sólo a los del padre o madre que fallece. También están allí comprendidos los herederos del hijo natural premuerto; ellos representan a su causante y pueden sustituirse a él en el ejercicio de la acción. Si ésta no se extingue por el deceso del presunto padre y puede ser promovida contra sus herederos, no veo razón valedera para sostener y admitir que se produzca esa extinción por la muerte del hijo, esto es, de la parte activa, y que sus herederos queden desprovistos del derecho de ejercitarla, bien contra el padre, si vive, o contra sus sucesores, si ha fallecido. Estimo que, por el contrario, el citado art. 404 consagra la transmisión de esa acción a los herederos del hijo natural premuerto, y que en consecuencia tal acción no se extingue con el fallecimiento de este contradictor legítimo, como tampoco perece con la muerte del presunto padre natural.

6) En respaldo de la tesis que impugno se ha dicho que los muertos pierden su personalidad jurídica en materia de estado civil y que éste no puede ser modificado después del fallecimiento de su titular. Se cita, sin embargo, como excepción a esta supuesta regla, el caso de la legitimación del hijo premuerto que deje descendientes legítimos. Este concepto se funda en el olvido de que las acciones de reclamación o de impugnación de un estado civil, no se encaminan a mudar un estado por otro sino a fijar o determinar el verdadero estado que a una persona le corresponde o le debe o debió corresponder dentro o fuera del grupo familiar. Se olvida también que la legitimación es fenómeno jurídico atributivo de un estado civil, que la declaración judicial de paternidad natural es simplemente declarativa y que si esa legitimación puede referirse a un hijo muerto, hay razones aún más sólidas para mantener y aceptar que la referida declaración judicial es procedente y viable después de la muerte del hijo. Con ella no se modifica ningún estado civil, sino que se fija la

filiación de este hijo con su correspondiente estado civil. Y se olvida por último que el estado civil es fuente de relaciones de familia y de derechos patrimoniales que no se extinguen, sino que sobreviven a la muerte del titular de ese estado.

Entre las razones que se expusieron en el ya citado fallo de primero de octubre de 1.945 (LIX 2025,695) para cimentar la tesis de que la acción de filiación natural no se extingue con la muerte del presunto padre, figura la que se expresa en los pasos que transcribo en seguida y que es perfectamente válida como argumento de que esa misma acción tampoco desaparece con el fallecimiento del hijo:

"De que el estado civil de las personas sea personal e intrasmisible, no se infiere que sus consecuencias en el orden de las relaciones jurídicas y patrimoniales perezcan con el titular del respectivo estado. Las diversas condiciones cuya reunión forma el estado civil de la persona, esposo, padre, madre, hijo legítimo, hijo natural, etc., son fuente de derecho y obligaciones para la persona, y producen el parentesco que origina toda una serie de relaciones jurídicas según el grado de proximidad de los parientes, relaciones que son de dos clases: las unas de orden puramente moral, por ejemplo la potestad paterna, la potestad marital; las otras engendran derechos pecuniarios que forman parte del patrimonio. Las acciones de impugnación y de reclamación de estado nacen generalmente con motivo del ejercicio de estos últimos derechos, y por eso se otorgan también en consideración a móviles puramente patrimoniales.

"No obstante que el estado civil es indivisible e intransmisible, el Código Civil contempla, según está ya visto, las acciones de impugnación de la filiación legítima en cabeza de los herederos del marido (artículo 219) o en cabeza de cualquier persona que tenga interés en ello (artículo 220), con el objeto de que establecido el verdadero estado del hijo se realicen las consecuencias patrimoniales que de tal estado dependen. El mismo Código contempla también la acción de impugnación cuando obedece a un interés puramente moral en favor de los ascendientes del supuesto padre que ha fallecido (artículo 222). En lo concerniente a las disputas sobre la maternidad se da también la acción de impugnación 'a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique en sus derechos hereditarios' (artículo 337). Y la acción de reclamación de la filiación legítima está visto que se da contra los sucesores del supuesto padre o de la supuesta madre (artículo 406).

"En todos los casos anteriores no se rompe el principio de la indivisión y de la intrasmisibilidad del estado civil. Partiendo de ese principio la acción tiende precisamente a definir determinado estado civil, con el objeto de deducirle allí las consecuencias en orden al patrimonio, ese sí transmisible y divisible.

"Acaso la filiación natural debe estar sometida a principios diferentes? No".

7) Cuando en el parlamento francés se discutía el proyecto que cristalizó en la ley de 16 de noviembre de 1.912, sustitutiva del art. 340 del Código de Napoleón, se propuso adicionar ese proyecto con la autorización al Procurador de la República para ejercitar la acción de declaración judicial de paternidad natural. Esta adición fue rechazada con el argumento de que tal acción era un asunto de derecho privado en que no debía intervenir el funcionario aludido. No ocurrió lo mismo en Colombia, donde el art. 12 de la Ley 45 sí faculta al Ministerio Público para promover esa acción cuando el hijo es incapaz y carece de

representante legal. A qué razones obedece entre nosotros esta intervención del Ministerio Público? No hay otros motivos que la expliquen que el hecho de ser el estado civil una cuestión de orden público y de que la ley 45 se inspiró en el criterio de proteger a los hijos naturales mediante el derecho de probar quiénes son sus padres y de exigirles las prestaciones inherentes a su estado civil. Fuera de haber derogado los preceptos que prohibían la investigación de la paternidad natural, la Ley 45 autorizó la declaración judicial de esa paternidad en los casos que señalan sus arts. 4º. y 8º. y otorgó al Ministerio Público la facultad de promover la acción respectiva en ciertos casos, atendiendo al principio de que todo lo concerniente al estado civil es de orden público y admitiendo el corolario de que a la sociedad no le es indiferente la situación de los hijos naturales.

Interesante sería examinar este problema a la luz del derecho comparado para ver cómo, de una parte, hay legislaciones, entre ellas el Código Civil venezolano (arts. 213 y 218), que de manera expresa consagran la trasmisión a los herederos de la acción de filiación natural que correspondía a su causante, y cómo, de otro lado, en las legislaciones que le reservan esa acción exclusivamente al hijo, la jurisprudencia ha buscado la manera de atenuar el rigor de sus preceptos.

8º). En casación de 11 de diciembre de 1.946 (LXI 2042, 700) la Corte admitió la posibilidad jurídica de que el padre reconozca voluntariamente a un hijo natural muerto, pero sólo en el caso de que éste haya dejado posteridad legítima. Se aceptó esta tesis por analogía con lo que sucede en materia de legitimación y olvidando, como se ha dicho, que ésta es un acto atributivo y recepticio y que el reconocimiento sólo es declarativo y no recepticio. Pero sea como fuere, si es factible reconocer un hijo natural fallecido que deja descendientes legítimos, por qué razón no podría en el mismo supuesto hacerse la declaración judicial de paternidad natural en beneficio de tal hijo?.

No conozco en la jurisprudencia nacional más caso de declaración judicial de paternidad natural después de muerto el hijo que el resuelto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en sentencia de 22 de agosto de 1.963 (Crónica Judicial, No. 295 y 296, ps. 84 y ss.). Los hijos legítimos del hijo natural, premuerto demandaron a los herederos del presunto padre natural, fallecido también después del hijo, en declaración judicial de paternidad natural fundada en varias causales. La sentencia acogió la súplica de los actores e hizo la declaración pedida con apoyo en la causal tercera del art. 4º de la Ley 45, esto es, por haberse demostrado una confesión inequívoca de paternidad hecha en vida por el presunto padre natural. Si hubiese acogido la tesis que impugno, el Tribunal no habría tenido otra vía que denegar las pretensiones de los actores, no obstante lo justo y diáfano del caso.

Este problema, como todos los relativos a la filiación, es en extremo complejo y susceptible de un desarrollo mucho más amplio que no puedo realizar aquí. Me limito a esbozar en la forma expuesta las razones que tengo para discrepar de la tesis a que hago referencia, tesis que debe su origen a una exégesis inadecuada de los arts. 12 de la Ley 45 de 1.936 y 404 del C. Civil.

Fecha ut supra.

Enrique López de la Pava

Ricardo Ramírez L.
-Secretario-

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION POR FALTA DE DEMANDA EN FORMA.

Aplicación del artículo 65 del Decreto ley 528 de 1.964. El mero quebranto del derecho probatorio nunca sirve como base exclusiva para fundar el recurso extraordinario. Causal primera de casación.

Consistiendo la causal primera de casación en ser la sentencia recurrida violatoria de ley sustancial, ya por vía directa o sea sin deberse tal violación a falla alguna en la ponderación de la prueba, ya indirectamente a causa de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de la misma, se tiene que el mero quebranto del derecho probatorio nunca sirve como base exclusiva para fundar el recurso de casación.

El acusador, en caso tal, está indefectiblemente obligado a señalar los preceptos sustanciales que, como consecuencia del pretenso error en el campo de la prueba, hubieran sido vulnerados por el juzgador y el sentido en que lo fueran (arts. 520 ord. 1º y 531 C.J.). Esto, porque la casación no es una tercera instancia que tenga por objeto propio la ventilación del juicio, sino un recurso extraordinario contra la sentencia de segundo grado, en el que la Corte no puede moverse sino sobre la base de la acusación por modo que si ésta se trunca no está en manos de la Corte el suplir oficiosamente sus deficiencias.

Si, pues, el recurrente se detiene en la cuestión probatoria sin plantear infracción alguna de derecho sustancial que dé forma a su demanda, no hay lugar ciertamente a que ésta pueda ser estudiada en el fondo. Lo cual implica que deba declararse desierto el recurso de casación por no reunir la demanda presentada los requisitos legales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Gustavo Fajardo Pinzón).

Contra la sentencia de segunda instancia de fecha veinte (20) de agosto de mil novecientos sesenta y tres (1.963), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en este juicio ordinario seguido por Jerónimo Muñoz contra María Elisa Espinel, interpuso recurso de casación la parte demandada, el que le fue concedido por el Tribunal.

Admitido por la Corte el recurso para su tramitación, se ordenó dar traslado del proceso a la parte recurrente, cuyo apoderado presentó la demanda de

casación que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65 del decreto ley número 528 de 1.964, pasa la Corte a considerar en su aspecto formal, a efecto de verificar si permite, sí o no, estudio de fondo y determinar lo que en consecuencia corresponda.

En su libelo, el recurrente hace un resumen de los hechos materia de la controversia, la que versó sobre el pedimento de Jerónimo Muñoz para que fuese rescindida por lesión enorme la venta que de un inmueble hizo éste a María Elisa Espinel, mediante la escritura número 6265 de 31 de diciembre de 1.957, de la Notaría 2ª. de Cali, juicio en el cual la sentencia de segunda instancia confirmó la resolución del inferior en el punto declarativo de la rescisión impetrada y en el de la condena al actor en costas, revocó sus demás puntos e hizo, en su lugar, otros ordenamientos.

Luego, el recurrente entra a formular la impugnación del fallo del Tribunal, en la siguiente forma:

"ARTICULO VIOLADO Y CONCEPTO DE LA VIOLACION": El artículo violado por el H. Tribunal Superior de Cali es el distinguido con el número 721 del Código Judicial y esa violación por error de derecho en la aplicación de este artículo en concordancia con el artículo 716 de la misma obra.

"El Tribunal aplicó y erró en la aplicación del citado artículo por cuanto dió pleno valor probatorio al dictamen de los peritos. Es exigencia total de la ley que ellos suministren al Juez el fundamento de su dictamen. Los peritos designados para el justiprecio del inmueble materia de la litis no explicaron esos fundamentos sino que se contentaron con dar una descripción del inmueble sobre que versó la litis."

Y, después de una breve crítica al hecho de que el perito tercero hubiera adherido al dictamen de uno de los principales, sin fundamentar el suyo por separado, concluye así:

"Sea esta pequeña consideración sobre la fundamentación del dictamen la única consideración suficiente para que por la Honorable Corte Suprema se remedie el error y, convertida en tribunal de instancia, revoque la sentencia de segunda instancia proferida dentro del juicio de la referencia y en su lugar absuelva a la parte demandada".

SE CONSIDERA

Aunque el recurrente no expresa la causal de casación en que se funda, la forma de la censura, referida a una supuesta infracción de preceptos normativos de la prueba pericial, muestra que pretendió situarse en el ámbito de la causal primera.

Pero, consistiendo ésta en ser la sentencia recurrida violatoria de ley sustancial, ya por vía directa o sea sin deberse tal violación a falla alguna en la ponderación de la prueba, ya indirectamente a causa de error de hecho manifiesto o de derecho en la estimación de la misma, se tiene que el mero quebranto del derecho probatorio nunca sirve como base exclusiva para fundar el recurso de casación.

El acusador estaba, pues, indefectiblemente obligado a señalar los preceptos sustanciales que, como consecuencia del pretenso error en el campo de la

prueba, hubieran sido vulnerados por el juzgador y el sentido en que lo fueran (arts. 520 ord. 1o. y 531 C. J.). Esto, porque la casación no es una tercera instancia que tenga por objeto propio la ventilación del juicio, sino un recurso extraordinario contra la sentencia de segundo grado, en el que la Corte no puede moverse sino sobre la base de la acusación, por modo que si ésta es trunca no está en manos de la Corte el suplir oficiosamente sus deficiencias.

Y, como en este caso, el recurrente se detuvo en la cuestión probatoria sin plantear infracción alguna de derecho sustancial que diera forma a su demanda no habrá lugar ciertamente a que ésta pueda ser estudiada en el fondo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, por cuanto la demanda de casación presentada en este negocio no reúne los requisitos legales, declara DESIERTO el recurso de que se trata.

Sin costas en el recurso, por no aparecer causadas.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada.- Enrique Coral Velasco.- Gustavo Fajardo Pinzón.- José Hernández Arbeláez.- Enrique López de la Pava.- Julián Uribe Cadavid.- Ricardo Ramírez L., Secretario

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION POR FALTA DE DEMANDA EN FORMA.

Aplicación del artículo 65 del decreto ley 528 de 1.964. Condiciones para que se configure la causal 1a. de casación.

Tiene establecido perentoriamente la doctrina de la Corte, que tratándose de acusación por la causal primera, es necesario, para que ella se configure, "que se señalen e individualicen, determinándoles cada uno de los textos legales que se consideren infringidos, señalando también el concepto en que se consideren violados (C. J. art. 531). Si se trata de errores manifiestos de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor, para que prospere el cargo, que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas (Cas. 18 febrero 1.954, LXXVII, pág. 42; 4 marzo 1.955, LXXIX, pág. 696; 19 octubre 1955, LXXXI, pág. 446; 14 abril 1.959, XC, pág. 317).

Si, pues la demanda de casación no contiene ningún cargo sobre violación de derecho sustancial, del que no cita precepto alguno como infringido, ni trae censura alguna en relación con ninguna otra de las causales de casación, quiere decir que carece de la forma indispensable para que la Corte pueda luego entrar en estudio de fondo.

Consecuencialmente, por cuanto la demanda de casación presentada no reúne los requisitos legales, debe declararse desierto el recurso de que se trata.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL. Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón).

Contra la sentencia de segunda instancia de fecha cinco (5) de noviembre de mil novecientos sesenta y tres (1.963), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, en este juicio ordinario seguido por Zenón María Téllez, Luis Alfredo Téllez y Juan Montañez frente a Abelardo Valderrama, Tránsito Albarracín de Contreras y Vicente Ferrer Cárdenas, interpuso la parte actora recurso de casación, el que le fue concedido por el Tribunal.

Admitido por la Corte el recurso para su tramitación, se ordenó dar traslado del proceso a la parte recurrente, cuyo apoderado presentó con fecha tres (3) de agosto último la demanda de casación que, de acuerdo con lo dispuesto en el

artículo 65 del decreto ley número 528 de 1.964, pasa la Corte a considerar en su aspecto formal, a efecto de verificar si permite, si o no, estudio de fondo y determinar lo que en consecuencia corresponda.

El recurrente destina la mayor parte de su libelo a hacer una exposición de antecedentes y hechos relativos a la controversia, la que versó sobre el pedimento de los actores para que se declarase la nulidad absoluta de la escritura pública número 349 de 8 de septiembre de 1.953, de la Notaría del Circuito de Charalá, contentiva de la partición material de un terreno, ubicado en jurisdicción del municipio de Encino, y se hicieran otros ordenamientos, juicio en el cual el sentenciador de segunda instancia revocó la del inferior que había acogido como relativa la nulidad impetrada y, en cambio, se declaró inhibido para resolver sobre las súplicas de la demanda, por cuanto estimó que, no habiéndose demostrado en forma alguna la calidad de comuneros en que fueron citados al juicio Abelardo Valderrama y Tránsito Albarracín de Contreras, faltaba respecto de éstos el presupuesto procesal de la capacidad para ser parte.

Y, por último, el impugnante se limita a hacer una crítica en abstracto del pronunciamiento del Tribunal, sin expresar la causal de casación en que intenta fundarse, que a presumir por los términos del libelo sería la primera, pero sin que el acusador hubiese formulado concretamente cargo alguno, ni por violación directa, ni por violación indirecta de ley sustancial, indicando los preceptos legales que hubieran sido infringidos y el concepto en que lo fueran, de nada de lo cual hay asomo en la demanda. El mero hecho de que ésta traiga a cuento el artículo 604 del Código Judicial, explicativo del concepto de confesión, para sostener la eficacia como tal de la contestación que a la demanda diera Abelardo Valderrama y Tránsito Albarracín, en nada atenúa las deficiencias anotadas, pues que no aparece estructurado cargo alguno por quebranto de los textos que consagran el valor de la confesión, lo que hubiera requerido, no sólo la indicación de éstos, sino la de las normas de derecho sustancial que consecuencialmente hubieran sido vulneradas y el sentido de su infracción (arts. 520 ord. 1º. y 531 C.J.)

Tiene, así, establecido perentoriamente la doctrina de la Corte, que tratándose de acusación por la causal primera, es necesario, para que ella se configure, "que se señalen e individualicen, determinándolos, cada uno de los textos legales que se consideran infringidos, señalando también el concepto en que se consideren violados (C.J. art. 531). Si se trata de errores manifiestos de hecho o de derecho en la apreciación de una prueba, a través de los cuales se ha producido el agravio a la ley sustantiva, también es de rigor, para que prospere el cargo, que se señalen tales errores con toda precisión y las normas de la ley desconocidas o vulneradas" (Casa. 18 febrero 1.954, LXXVII, pág. 42; 4 marzo 1.955, LXXIX, pág. 696; 19 octubre 1.955, LXXXI, pág. 446; 14 abril 1.959, XC, pág. 317).

Si, pues, la demanda de casación que se contempla no contiene ningún cargo sobre violación de derecho sustancial, del que se repite no cita precepto alguno como infringido, ni trae censura alguna en relación con ninguna otra de las causales de casación, quiere decir que carece de la forma indispensable para que la Corte pueda luego entrar en estudio de fondo.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, por cuanto la demanda de casación presentada en este negocio no reúne los requisitos legales, declara DESIERTO el recurso de que se trata.

Las costas en el recurso a cargo de la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Arturo C. Posada. - Gustave Fajardo Pinzón. - Enrique López de la Pava. - Enrique Coral Velasco. - José Hernández Arbeláez. - Julián Uribe Cadevid. - Ricardo Ramírez L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

Extractos de Jurisprudencia en materia laboral, a cargo del Dr. LUIS IGNACIO SEGURA A., Relator de la Corte.

SUSTITUCION PATRONAL. OBLIGACIONES A CARGO DE LA SUCESION AL FALLECER EL PATRONO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. Resulta, inadecuado, según la técnica de casación, fundar la modalidad de la violación directa de la ley en errores de hecho o de derecho. 2. Técnica de casación referida al error de derecho en la estimación de las pruebas. Unas mismas pruebas no pueden generar simultáneamente errores de hecho y de derecho.

1. La jurisprudencia de casación ha sostenido reiteradamente que la violación directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria. Resulta, por tanto, inadecuado fundar esa modalidad en errores de hecho o de derecho. El cargo que se examina, en cuanto sostiene que las disposiciones legales que cita como infringidas directamente lo han sido a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, no se ciñe, pues, a la técnica de casación, aspecto este que por sí solo bastaría para desestimar el recurso.

2. De conformidad con el artículo 87 del C. P. L. "solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho por un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio, y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo".

El recurrente, en el aparte que destina a alegar el error de derecho, no menciona ninguna prueba *ad solemnitatem*, que el fallador haya estimado equivocadamente o dejado de apreciar, con incidencia sobre la parte resolutiva de la sentencia. Alude apenas a cártas y recibos, de los que dice que no merecieron "adjudicación probatoria", y que luego cita entre los documentos cuya falta de apreciación determinó en su concepto el error de hecho que también alega, sin tener en cuenta que unas mismas pruebas no pueden generar simultáneamente errores de hecho y de derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, ocho de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Justino Méndez y Zoila Molina Rincón de Méndez, por conducto de apoderado, demandaron al doctor Francisco Forero Ramírez, como patrono sustituto del señor Raimundo Forero Ramírez, fallecido, a fin de obtener el reconocimiento y pago de salarios pendientes, prestaciones sociales e indemnizaciones.

En el libelo inicial se relatan los siguientes hechos:

"1). Los señores JUSTINO MENDEZ y ZOILA ELENA MOLINA RINCON de MENDEZ, mediante acuerdo con el Sr. Dn. Raimundo Forero Ramirez, comenzaron a trabajar a principios del año de 1.936, para la finca rural denominada "Verdún", ubicada en jurisdicciones municipales de Cogua y Nemocón (Cund.) y ya anteriormente especificada.

"2) El matrimonio nombrado, Méndez-Molina, constituido por mis representados, prestaba sus servicios a dicha finca, bajo la dependencia continuada de don Raimundo Forero Ramirez, en jornada ordinaria.

"3). Los salarios pactados y devengados desde la oportunidad ya indicada fueron así: para el Sr. Justino Méndez, la suma de treinta pesos ($30.00) m/l. en efectivo mensualmente, más su alimentación, estimada en un valor de $60.00 mensuales, y su alojamiento en la casa de la hacienda "Verdún". Para la señora Zoila de Méndez; diez pesos ($10.oo) m/cte. en efectivo mensualmente más igualmente, su alimentación ($60 mensuales su avalúo) y alojamiento en la casa de la hacienda. Además, como contraprestación igualmente por sus servicios, el patrono Sr. Raimundo Forero Ramirez acordó entregar al matrimonio Méndez-Molina, sus servidores, una media fanegada de tierra en su hacienda, para que en ella mis mandantes de hoy sostuvieran una vaca, un burro y dos ovejas. Dicho sostenimiento de los animales naturalmente no ha podido ser continuo desde el comienzo del contrato de trabajo hasta hoy, en fuerza de las necesarias circunstancias de supervivencia y baja de semovientes, materia de esta parte del contrato laboral.

"4) El día 5 de septiembre de 1.957, falleció en el Municipio de Pacho (Cund.), el antiguo patrono Sr. Dn. Raimundo Forero Ramirez, sin que el contrato de trabajo que lo vinculaba a mis representados hubiese terminado en forma alguna, ni sufrido novación o cancelación de ninguna naturaleza.

"5). "Verdún" continuó siendo la empresa agrícola atrás descrita, y a su servicio, y bajo continuada subordinación al Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ, mi demandado, continuaron los señores Justino Méndez y Zoila de Méndez, a quienes represento legalmente.

"6) El Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ, sin solución de continuidad en relación al fallecimiento de su señor hermano legítimo, Don Raimundo, siguió desde entonces administrando la hacienda "Verdún", lugar de trabajo de mis clientes, dirigiendo su mantenimiento y producción, en una palabra, siendo el patrono sustituto de los trabajadores Justino Méndez y Zoila de Méndez, hasta la actualidad.

"7). Aproximadamente desde el mes de Noviembre de 1.957, el Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ, acordó con sus trabajadores don Justino Méndez y doña Zoila de Méndez, un reajuste de los salarios por éstos devengados, en la siguiente forma: Lo atinente al sostenimiento de los animales, y lo referente a alimentación y alojamiento de los trabajadores, todo sigue igual; pero el salario en dinero efectivo se estipuló en la suma de ciento cincuenta pesos ($150.00) m/l. mensualmente para ambos servidores, es decir, $75 mensuales para cada uno de los señores Justino Méndez, y Zoila de Méndez.

"8). Mis mandantes siguen sirviendo a la hacienda "Verdún" de que es empresario el Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ demandado; y desde la

oportunidad señalada en el anterior numeral 7), desempeñan en ella en jornada ordinaria la tarea de celadores de la misma.

"9) Desde la misma oportunidad señalada en el num. 7), el Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ, teniendo en cuenta lo allí indicado, adeuda una suma no inferior a los CIEN PESOS (100.oo) m/l., mes por mes, a ambos reclamantes, es decir, en proporción no inferior a cincuenta pesos ($50.oo) m/l. mensuales a cada uno de los señores Justino Méndez y Zoila de Méndez, por concepto de salarios.

"10) Además de los salarios pendientes en dinero efectivo indicados en el ordinal inmediatamente anterior, el Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ, demandado, adeuda a mis clientes todas las prestaciones sociales causadas según cuanto hasta ahora he indicado, excluido, obviamente, el auxilio de cesantía, pues mis mandantes continúan ininterrumpidamente al servicio de "Verdún", ninguna de dichas prestaciones sociales, correspondientes según la ley laboral, a mis representados, les ha sido reconocida y pagada.

"11) Mi demandado adeuda además a mis mandantes, las indemnizaciones procedentes, según todo lo expuesto, y de acuerdo con el art. 65 C. S. T.

"12) El día 22 de enero de este año, tuvo lugar una audiencia entre el Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ y su vocero, por un lado, y el suscrito apoderado de los reclamantes, por el otro, ante la Inspección 4 de Asuntos Campesinos -Dirección Regional de Cundinamarca, del Ministerio del Trabajo-, durante la cual se declaró rota la etapa conciliatoria, según consta en acta cuya copia autorizada anexo a este escrito.

"13). Dejo muy claro, como allí también quedó debidamente expuesto y claro, que no demando al Sr. Dr. FRANCISCO FORERO RAMIREZ, como heredero o a representante de la sucesión del finado Sr. Dn. Raimundo Forero RAMIREZ SINO COMO A PATRONO SUSTITUTO DE ESTE, como es natural y legal según cuanto he apuntado".

En derecho, la demanda se fundó en los artículos 22, 23, 24, 32, 37, 38, 45, 49, 55, 61, 67, 127, 145, 158, 186, 193, 340 del CST., 1º, 5º., 19, 25, 33, 39, 41, 42, 48, 51, 74, 144 y demás disposiciones concordantes del CPT. y del C. J.

En la contestación, el demandado se opuso a que se hicieran las condenaciones pedidas y negó los hechos afirmados y el derecho invocado. Propuso las excepciones de prescripción, pago efectivo y la genérica. Y agregó las siguientes declaraciones:

Los reclamantes han sido, que yo sepa, únicamente cuidanderos de la casa de la finca "Verdún", de propiedad en un principio del señor RAIMUNDO FORERO RAMIREZ y en la actualidad de los herederos de éste, entre los cuales mi poderdante sólo es uno de ellos. No me consta la época en que los reclamantes entraron a prestar estos servicios ni ninguna otra de las condiciones del contrato laboral distinta a la de que se les ha pagado por dichas funciones de cuidanderos de la casa de la finca la suma de cuarenta pesos ($40.00) mensuales, los cuales les han sido cubiertos por mi representado como heredero que es del señor Raimundo Forero Ramírez pero no porque él hubiera contratado los servicios de los reclamantes. No es cierto en ninguna forma que mi representado haya celebrado ningún contrato de trabajo con los reclamantes en ninguna época ni que

se hubiera comprometido a pagarlos la suma de ciento cincuenta pesos ($150.00) mensuales, ni que sea patrono sustituto del señor Raimundo Forero Ramírez porque no ha habido ningún cambio de un patrono por otro toda vez que la sucesión del señor Raimundo Forero Ramirez representado por todos sus herederos es el único patrono de los reclamantes, sin que dicha sucesión haya sido liquidada hasta el momento puesto que no se ha efectuado la partición hereditaria".

El Juez Sexto del Circulo Judicial del Trabajo de Bogotá, que conoció del negocio, absolvió al doctor Francisco Forero Raramirez de todos los cargos formulados en el libelo de demanda, con costas a cargo de la parte demandante.

Apelada esta providencia, el superior la confirmó, sin costas en la segunda instancia.

Interpuesto el recurso de casación por el apoderado de la parte demandante, concedido, admitido y tramitado legalmente, va a decidirse previo el estudio de la demanda que lo sustenta. El escrito de oposición fue presentado extemporáneamente.

Sin invocar causal alguna, pretende el recurrente que se case la sentencia impugnada y que, en instancia, se reconozca a los demandantes la condición de trabajadores de la hacienda "Verdún", primero bajo la dependencia del señor Raimundo Forero Ramirez, hasta el fallecimiento de éste, y luégo al servicio del patrono sustituto doctor Francisco Forero Ramirez, y se condene al demandado a pagar a los actores los salarios pendientes según el mínimo legal, desde cuando éstos se hicieron exigibles, las prestaciones sociales correspondientes y las indemnizaciones de que trata el artículo 65 del C. S. T. El único cargo que formula está enunciado así: "EXPRESION DE LOS MOTIVOS DE CASACION. En la sentencia que se halla recurrida ante esa H. Corte, se desconocen los siguientes artículos del Código Sustantivo del Trabajo: 22, 23, 24, 37, 67, 68, 69; C. S, T. Primera Parte, Tit. V. Cps. I y II y Decretos reglamentarios. Tit. VIII Cp. I; art. 259; Tit. VII Cap. IV; Tit. IX Cap. 6; y disposiciones vigentes concordantes. Ese desconocimiento ha resultado directo, Srs. Magistrados, ya que ha ocurrido como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas,...".

Hace consistir el error de derecho "en la pretermisión de adjudicación probatoria, en el fallo recurrido, a aquella documentación que debió darse por legalmente reconocida como se alegó atrás (cartas y recibos), además de la fundamental falla que entraña el exigir la liquidación de una situación sucesoria como fundamento de una sustitución patronal en el evento de la muerte del antiguo empresario, en evidente desconocimiento de los artículos 67 y SS. del CST.".

Refiriéndose al error de hecho, dice el recurrente que provino de que el sentenciador no estimó las pruebas que singulariza así:

"A). DOCUMENTALES: Cartas de Nov. 12/55, y Agosto 7/57, suscritas por don Raimundo Forero R.; de Nov. 28/57. Abril 8/58, Julio 19/58, Enero 13/59, y abril 1/59, acompañadas todas a la demanda, como se enuncia al ff. 22; Certificado al cual se alude en el num. 3 del mismo fl. 22, al exponerse el Medio de Prueba. B) DOCUMENTOS PRIVADOS (Fs. 75 y 78 y ss. ibidem); Acta 8 de la Inspección 4 de Asuntos Campesinos (fs. 12 y ss), en que expresamente se confiesa el vínculo laboral del demandado, en la misma hacienda "Verdún". Aquí cabe anotar que el valor de esta empresa agrícola nunca fue comprobado legalmente (C. S. T. art. 195) por el patrono, en la demanda se le atribuyó un valor aproxi-

mado de $490.000.00 m/l. Copias auténticas del juzgado Civil del Circuito de Pacho (Cund.) (fls. 113 y ss.). Contestación a la demanda (Fls. 44 y ss.).

"B). POSICIONES absueltas por el Dr. Francisco Forero R. (Fls. 151 y ss).

"C). TESTIMONIOS de Luis Nieto V., Pablo D. Ospina, Nicolás Urbina R.".

SE CONSIDERA:

La jurisprudencia de casación ha sostenido reiteradamente que la violación directa de la ley es independiente de toda cuestión probatoria. Resulta, por tanto, inadecuado fundar esa modalidad en errores de hecho o de derecho.

El cargo que se examina, en cuanto sostiene que las disposiciones legales que cita como infringidas directamente lo han sido a consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, no se ciñe, pues, a la técnica de casación, aspecto éste que por sí sólo bastaría para desestimar el recurso.

Mas en el supuesto de que se hubiese acusado por quebranto indirecto de las respectivas normas legales, sería el caso de observar lo siguiente:

Error de derecho.- De conformidad con el artículo 87 del C. P. T. "solo habrá lugar a error de derecho en la casación del trabajo, cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto una determinada solemnidad para la validez del acto, 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".

El recurrente, no menciona ninguna prueba ad solemnitatem que el fallador haya estimado equivocadamente o dejado de apreciar, con incidencia sobre la parte resolutiva de la sentencia. Alude apenas a cartas y recibos, de los que dice que no merecieron "adjudicación probatoria", y que luego cita entre los documentos cuya falta de apreciación determinó en su concepto el error de hecho que también alega, sin tener en cuenta que unas mismas pruebas no pueden generar simultáneamente errores de hecho y de derecho.

Respecto a la exigencia de "la liquidación de una situación sucesoria como fundamento de una sustitución patronal en el evento de la muerte del antiguo empresario", en la hipótesis de que el fallador hubiera hecho realmente tal exigencia, ello entrañaría, no un error de derecho (cuestión probatoria), sino un cargo por interpretación equivocada de la ley, que no es posible examinar, porque el recurrente no ha planteado esa modalidad de infracción de la Ley.

Error de hecho.- En torno a las pruebas que cita como no estimadas por el Tribunal, dice el recurrente que los recibos y principalmente los documentos privados aducidos por la parte actora constituyen plena prueba (artículos 637 y 645 del C. J.) y coadyuvan a demostrar la sustitución de patronos, lo mismo que el Acta de defunción de don Raimundo Forero R., emanada de la Notaría del Circuito de Pacho (Cund.); los testimonios sobre propiedad anterior y administración de la finca "Verdún" encabeza del antiguo patrono, y la expresa confesión del demandado sobre los pagos que hizo a los demandantes desde el fallecimiento de su hermano. Añade que ningún valor tiene el hecho relativo a la apertura y continuación de un juicio de sucesión en que figuran, además del doctor Francisco Forero, otros herederos del causante, puesto que de acuerdo con el artículo 67 del CST,

la sustitución ocurre en todo caso de cambio de un patrono por otro, por cualquiera causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto èste no sufre variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios, y porque los patronos sustitutos tratarían de esquivar las obligaciones laborales, valiéndose de la larga duración de los juicios sucesorios.

La tesis del fallador, que el recurrente ataca, está expuesta así:

"La demanda se dirige contra el Dr. Francisco Forero Ramírez, en su calidad de patrono substituto del antiguo patrono, señor Raimundo Forero Ramírez, a fin de que se paguen las obligaciones emanadas del contrato que, según se dice, existió desde febrero de 1.936, hasta el día 5 de septiembre de 1.957, fecha en que falleció don Raimundo Forero Ramírez y fecha desde la cual siguió como patrono el actual demandado, Dr. Francisco Forero Ramírez, hasta la actualidad, pues los demandantes continúan al servicio de la Finca rural denominada "Verdún", ubicada en jurisdicción de los Municipios de Cogua y Nemocón, de este Departamento.

"De lo anteriormente relacionado, salta a la vista que es problema fundamental a resolver en el presente juicio, y en primer término, la sustitución de patrono que se alega en la demanda.

"Como ya se dijo, la demanda pretende que el Dr. Francisco Forero Ramírez, a la muerte del antiguo propietario de la finca rural "Verdún", adquirió la calidad de patrono sustituto de los demandantes.

"El Juzgado pretende que por el sólo hecho de que el actual demandado hizo algunos pagos a los demandantes, por la vigilancia de la casa de la hacienda o finca rural, es patrono substituto. Pero la verdad es que tal hecho no se encuentra plenamente demostrado en autos, pues no se puede dar a los recibos antes referidos la calidad de plena prueba acerca del hecho de la substitución del patrono.

"En la contestación de la demanda se niega tal substitución de patronos, y, se afirma que, a la muerte del antiguo patrono, señor Raimundo Forero Ramírez, el demandado Francisco Forero Ramírez no ha celebrado ningún contrato con los demandantes, toda vez que la sucesión de Raimundo Forero R., representada por todos sus herederos, es el único patrono de los reclamantes. En síntesis, se alegó que las obligaciones reclamadas en este juicio no existen en cabeza del demandado.

"Para probar lo afirmado en la contestación de la demanda, se trajo a los autos la documental de fls. 113 a 122, de la cual consta que según la providencia dictada por el Juzgado Civil del Circuito de Pacho, el 23 de noviembre de 1.957, se declaró abierto y radicado en ese Juzgado el juicio de sucesión intestada de Raimundo Forero Ramírez y que se reconoció como heredero del de cujus a María Elena Forero v. de Peña, María Ascención Forero v. de Madero, María de Jesús y Francisco Forero Ramírez. Y, que como activo de la sucesión figura la Hacienda "Verdún", ubicada en los Municipios de Cogua y Nemocón.

"Así las cosas, la obligada a solucionar las obligaciones emanadas del contrato laboral que, según la parte actora existió entre los demandantes y Raimundo Forero R., es la sucesión del mismo, pero nó el demandado, como persona natural, sin consideración a su calidad de heredero. Y, como, en cuanto al nuevo

contrato o continuación del anterior, también el patrono sería la sucesión, o sea los herederos del de cujus, quien debe solucionar las obligaciones de ese segundo contrato, puesto que no se ha probado plenamente que el demandado hubiera celebrado contrato con los actores.

"No habiéndose probado la substitución de patrono, ni la celebración de un contrato laboral entre los demandantes y el demandado, se impone la absolución de éste de todos los cargos de la demanda, sin que sea necesario entrar a estudiar éstos pormenorizadamente, por no haberse demostrado la existencia de los hechos básicos que sirven de fundamento a las solicitudes de la demanda".

De la transcripción precedente, aparece que el Tribunal, teniendo en cuenta la demanda, la contestación de ésta, la copia de la providencia del Juzgado Civil del Circuito de Pacho en que se declara abierto y radicado en esa oficina el juicio de sucesión intestada de Raimundo Forero Ramírez y se reconoce como herederos del de cujus a María Elena Forero v. de Peña, María Ascensión Forero v. de Madero, María de Jesús y Francisco Forero Ramírez, sucesión en la cual figura como activo la hacienda "Verdún", llega a la conclusión de que el patrono sustituto es dicha sucesión y no el doctor Francisco Forero Ramírez, a quien se demandó como si fuera él el sustituto, sin consideración siquiera a su calidad de heredero. En consecuencia, estima el fallador que es la misma sucesión la que debe satisfacer las obligaciones surgidas del contrato de trabajo que, según la parte actora, existió entre los demandantes y el señor Raimundo Forero, como también las que se hayan causado en razón de la continuidad de los servicios de aquellos, con posterioridad al fallecimiento del antiguo patrono.

Las restantes pruebas que cita el recurrente no desvirtúan la referida conclusión del sentenciador.

La observación de que la demora en la liquidación de la sucesión permite que el patrono sustituto, por causa de muerte, eluda el cumplimiento de sus obligaciones laborales, parte del supuesto equivocado de que no es posible hacer reclamos o demandar a los herederos sino una vez que termina el respectivo juicio.

Por tanto, la acusación no prosperará.

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, NO CASA la sentencia acusada.

Sin costas, por no haberse causado en este recurso.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la "Gaceta Judicial" y Devuélvase el Expediente al Tribunal de Origen.

Adán Arriaga Andrade.- Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

HONORARIOS PROFESIONALES DEL ABOGADO. FACULTADES DEL JUEZ FRENTE A LA PRUEBA PERICIAL. OBLIGACIONES Y DERECHOS EN EL MANDATO JUDICIAL.

1- Facultades del juzgador frente al dictamen pericial. 2- El dictamen pericial y el error de hecho en su estimación. Es principio muy conocido el de que la Corte, en sede de casación, juzga la sentencia del Tribunal, no la de su inmediato inferior. Facultades del juez de apelación frente al fallo de primer grado. 3- Atribuciones del juzgador en relación con la aceptación o el rechazo del dictamen pericial. Aunque el dictamen pericial se produzca conforme al rito procesal que le es propio, no obliga necesariamente al fallador. Importancia de que el litigante inconforme utilice los medios legales para obtener la aclaración del dictamen pericial o para objetarlo si es el caso. Es en las instancias, no en casación, la oportunidad de censurar por error grave el dictamen pericial. 4. Obligaciones del demandante. 5- La renuncia del poder y la responsabilidad del mandatario. Derechos y responsabilidades cuando se ha ejecutado parcialmente el mandato.

1- Observa el recurrente que las razones o argumentos de que se vale el Tribunal para acoger el dictamen pericial, no se desprenden del dictamen mismo ni son consideraciones acerca del valor intrínseco de la prueba, ni fueron mencionados por el perito, luego no podía la sentencia buscarle al dictamen fundamentos que no menciona, ni basarla en razones distintas de las que el experto hubiera aducido.

Para la Corte no es aceptable el argumento de que la sentencia no pueda aducir razones distintas de las contenidas en el dictamen. Si así fuera, se llegaría a la conclusión de que todas las operaciones lógicas del fallador se reducirían a repetir las razones del perito, o, a lo sumo, a prohijarlas sin observaciones. Considera la Sala que el análisis de la prueba por el fallador le impone el deber de exponer los motivos del juicio que le merezca, sea para robustecer el concepto del perito, o para apartarse de sus conclusiones. En esa actividad puede acudir a otros medios probatorios relacionados con el hecho que se pretenda acreditar en el juicio, medio adecuado para la formación de su criterio y el más aconsejable para la valoración de las pruebas, o valerse de todos los elementos que, según las circunstancias del caso, estime pertinentes. Todo ello entra en la sana crítica, no sometida a restricciones distintas de las impuestas por la lógica.

2- A la sentencia del Tribunal opone la acusación la de primer grado para deducir de la confrontación que la decisión justa es la del juez. De tal circunstancia no se puede inferir error de hecho en la sentencia del *ad quem*, porque si el fallador de primera instancia obró con libertad para apartarse del dictamen pericial, la misma facultad utilizó el de segunda para acogerlo. De otro lado, es principio muy conocido el de que la Corte, en sede de casación, juzga la sentencia del Tribunal, no la de su inmediato inferior.

Alega el cargo que el *ad quem* no desvirtuó los fundamentos que para descalificar el dictamen adujo la sentencia de primera instancia. Al respecto se observa que el juez de apelación no le impone la ley ese deber. Conoce del proceso *ex novo*, en toda su extensión, con independencia de las operaciones lógicas realizadas por el inferior. Basta que manifieste su inconformidad con la decisión de éste y su motivación y exponga las razones que, a su juicio, estime pertinentes.

3- Se destaca en la doctrina jurisprudencial que cita el recurrente, el principio de que el juez es libre en la estimación de la prueba pericial cualquiera que sea el tipo de proceso en que se produzca y, en consecuencia, puede aceptar el dictamen si lo encuentra debidamente fundado, o rechazarlo en caso contrario. De las dos soluciones, la sentencia acusada escogió la primera, esto es, estimó que la pericia, en cuanto a sus fundamentos, llenaba las exigencias del artículo 721 del Código Judicial, expresando las razones de la determinación. Luego, frente al principio mencionado, no cabe alegar error de hecho en la estimación de la prueba, sea que el Tribunal acepte el dictamen por encontrar razonables sus conclusiones, o que lo rechace porque no reúna tal requisito.

La Sala está de acuerdo con el recurrente en que, aunque el dictamen se produzca conforme al rito procesal que le es propio, no es obligatorio para el fallador, ya que tiene facultad para rechazarlo, si fuere el caso. Pero no es, ni puede ser indiferente para el litigante inconforme con sus conclusiones, abstenerse de utilizar los médios que la ley le brinda, ya para pedir aclaraciones o explicaciones, o su ampliación, ora para objetarlo, como lo autorizan los artículos 719 y 720 del Código Judicial. El acusador ataca el dictamen en cuanto a la estimación que hace de los honorarios del actor en los dos juicios penales, que ha debido avaluar en las cantidades que fijó el fallo de primer grado, y censura la sentencia del Tribunal por haberlo acogido. Conforme a ese criterio, lo procedente habría sido la objeción contra la pericia por error grave, que es el sentido de la acusación. Los reparos que por tal motivo fórmula el cargo no son aceptables en la etapa de casación, en que se encuentra el proceso, por razones bien conocidas.

4- En cuanto a la violación del artículo 8º. de la ley 153 de 1.887, fundada en la circunstancia de que el mandante se enriqueció injustamente a expensas del mandatario, se observa que el precepto opera cuando no haya ley aplicable al caso controvertido, y no es esa la situación que ofrece el asunto litigioso, porque las pretensiones del actor se fundan en el contrato de mandato que celebró con el demandado y, de manera concreta, en lo previsto por el artículo 2184, numeral 3º., del Código Civil, a vista del cual es obligación del mandante pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual. De estas dos formas, en autos obra la prueba de que las partes escogieron la primera. También es obligación del poderdante reembolsarle al apoderado los gastos razonables por la ejecución del encargo, contemplada en el numeral 2º. de la citada norma. Es claro que ese precepto, de índole supletoria, rige salvo pacto en contrario, y según los términos del contrato de mandato, el procurador judicial se obligó a satisfacerlos por su cuenta. No viene pues, al caso, según lo expuesto, la citada previsión de la ley 153.

5- A propósito de este aspecto de la acusación, debe la Sala rectificar, por vía de doctrina, la tesis del Tribunal. Según éste, la renuncia del poder por el mandatario, causal de extinción del mandato a vista de lo preceptuado por

el artículo 2189- 4o. del Código Civil, exime al poderdante de la obligación que le impone el artículo 2184, numeral 3o, ibidem, esto es, la de pagarle la correspondiente remuneración. A juicio de la Corte esa doctrina, con la universalidad que le asigna el fallador, no es acertada, y no lo es por estas razones:

Según el artículo 2193 del Código Civil, la renuncia del poder extingue las obligaciones del mandatario, a menos que lo haga sin sujeción a lo prescrito en ese ordenamiento, pues si así ocurre, está obligado a responder al mandante de los perjuicios a que haya lugar. Ningún otro efecto asigna el canon legal a la renuncia, de manera que el que de él predica la sentencia conduce a su erróneo entendimiento.

Se debe agregar a lo expuesto, que el Código en cita (art. 2187) contempla expresamente, la ejecución parcial del mandato cuando por su naturaleza ha debido cumplirse en su totalidad. En esa hipótesis no cesan las obligaciones del mandante, pues si lo ha hecho por el mandatario redunda en beneficio de aquél, responde hasta el límite de ese provecho. Por tanto, si por virtud de la renuncia el apoderado ejecutó parcialmente el mándato, aun aceptando que por su índole requería su cumplimiento total, no por ello quedaba el mandante liberado de satisfacer la remuneración proporcionalmente al trabajo realizado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, diez de julio de mil novecientos setenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio ordinario que sobre pago de honorarios profesionales promovió el doctor Salomón Vélez Montoya contra el señor Cristóbal Sherman.

- I -

ANTECEDENTES.

La demanda y su corrección, aducen, en resumen, estos hechos:

El doctor Vélez Montoya le prestó servicios profesionales de abogado al señor Critóbal Sherman, en tres juicios, así:

a) En el penal derivado del denuncio que la señora Elvia Mejía de Tobón presentó, por medio de apoderado, en memorial de junio de 1.953, contra Cristóbal Sherman, Benjamín Navarro y Rafael Vásquez, por los delitos de falsedad y estafa. En la causa criminal de la cual conoció el Juzgado 1o. Superior de Cali, la denunciante fue reconocida como parte civil, calidad que asumió para reclamar perjuicios materiales y morales, estimados en $600.000, oo. Los otros dos sindicados también le otorgaron poder al Dr. Vélez Montoya, habiendo ejercido el de Navarro por cuenta de Sherman. El proceso tuvo especial resonancia debido a la posición social de los sindicados y a la cuantía del documento tachado de falso, dando lugar a publicaciones frecuentes en la prensa hablada y escrita de diversos lugares del país. Terminó el juicio con sobreseimiento definitivo en favor de los procesados, según providencia del mes de enero de 1.955, confirmada por el superior. El fracaso de la acción penal le permitió a Sherman la

efectividad del pagaré calificado como falso en el denuncio, recibiendo por Capital, intereses y costos en la ejecución adelantada para su cobro, la suma de $139.835,10. El demandado se ha negado a pagar a su apoderado los servicios profesionales que le prestó tanto a él como a su recomendado Benjamín Navarro.

No se estipuló previamente su cuantía, que el actor estima en la suma de $60.000,oo.

b) En otro, también de índole penal, seguido contra Cristóbal Sherman por el delito de homicidio en la persona del señor Gert E. Calé Schneider, del cual conoció el Juzgado 3o. Superior de Cali. El juicio terminó con sobreseimiento definitivo en favor del acusado, contenido en providencia del mes de abril de 1.956, confirmada por el superior. Estima el valor de los honorarios por los servicios prestados en ese proceso, en la suma de $ 10.000,oo.

c) En el civil ordinario, sobre indemnización de perjuicios, que a nombre de Sherman promovió contra la señora Elvia Mejía de Tobón, derivado del denuncio penal por falsedad y estafa. Para remunerar los servicios profesionales del mandatario, las partes convinieron, según consta en carta de septiembre de 1.955, un 40% del valor de la condena o del de la transacción a que llegaran los litigantes después de presentada la demanda. Promovió ésta el apoderado Vélez Montoya en octubre de 1.955. En atención a que Sherman se negó a pagarle al actor sus honorarios por los servicios que le prestó en el juicio de que trata el literal a), se vió obligado a demandarlo por medio del presente, ante la justicia del trabajo, a fin de obtener su reconocimiento y pago. Por tal motivo le colocó en la imposibilidad moral y profesional de continuar con su representación judicial en el proceso civil en referencia, y, en consecuencia, tuvo que renunciar el poder que en ese proceso venía ejerciendo El demandado, con anterioridad a la renuncia del apoderado le revocó el mandato, pues designó en su reemplazo al Dr. Carlos Valero Asnar, quien no desarrolló otra actividad que la de dar respuesta al libelo de reconvención. Como consecuencia de la demanda principal, las partes concertaron una transacción, recibiendo la demandante la suma de $35.000,oo. De acuerdo con el pacto de honorarios, le corresponde al apoderado el 40% de esa suma.

En el primer juicio penal, fue intenso el trabajo del apoderado y muy eficaz, no sólo en favor de Sherman, sino de su recomendado Benjamín Navarro. En dicho juicio como en los otros dos, la gestión del mandatario culminó con éxito.

Con base en los hechos expuestos, pidió el doctor Vélez Montoya en la demanda introductiva del juicio, que Cristóbal Sherman fuera condenado a pagarle, a título de honorarios profesionales, lo siguiente:

1.- $50.000,oo por los servicios que le prestó en el proceso penal por falsedad y estafa, y $10.000,oo por los servicios que por cuenta del demandado le prestó el señor Benjamín Navarro en el mismo proceso.

2.- $10.000,oo por la atención del juicio penal que contra Sherman se adelantó por el delito de homicidio.

3.- El 40% sobre la suma de $35.00.oo, por la atención del juicio civil ordinario que como apoderado de Sherman promovió contra la señora Elvia Mejía de Tobón.

Solicitó, en subsidio, que el valor de los honorarios en los tres procesos se fijara pericialmente.

La respuesta a la demanda aceptó unos hechos y negó los que sirven de fundamento a sus pretensiones, y se opuso a su prosperidad. Como perentorios adujo estas excepciones: carencia de derecho e inexistencia de las obligaciones, pago y la que califica de innominada.

El fallo de primer grado, dictado por el Juzgado 1o. del Trabajo de Cali, condena a Cristóbal Sherman (ordinal primero) a pagar al demandante, a título de honorarios profesionales, lo siguiente: a) $30.000,oo por la atención del juicio penal por los delitos de falsedad y estafa; b) $5.000,oo por los servicios que le prestó al llevar su representación en la causa criminal por el delito de homicidio en la persona de Gert Calè S.; y c) $14.000,oo por las gestiones en el juicio ordinario civil contra Elvia Mejía de Tobón, o sea, el 40% del valor de la transacción a que se llegó en ese proceso. Absolvió al demandante de los demás cargos y lo condenó en costas.

La sentencia de segunda instancia, decisoria del recurso de alzada interpuesto por ambas partes contra el fallo del juzgado a quo, reformó éste (numeral 1o.), así: la condena por $30.000,oo la redujo a $ 20.000,oo, y la de $5.000,oo a $2.000,oo; revocó la de $14.000,oo, y lo confirmó en lo demás. No contiene condena en costas.

Ambas partes hicieron valer contra la providencia del ad-quem, proferida por el Tribunal Superior de Cali, Sala Laboral, el recurso de casación, que les fue concedido. Remitidos los autos a esta Superioridad, admitido por ella el recurso y debidamente preparado, se halla en estado de recibir sentencia.

- II -

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA.

Aspira a que se case la sentencia que impugna en cuanto condena al demandado a pagar al actor la suma de $20.000,oo a título de honorarios por los servicios que le prestó en el proceso penal por falsedad y estafa, que la Corte, en instancia, debe revocar.

Formula un solo cargo, el de violación del art. 601, del C. J., en relación con los arts. 61 y 145 del CPL., por falta de aplicación, la que a su vez determinó el quebranto de los arts. 2143, 2144 y 2184-2 por su aplicación en forma indebida, y el de los arts. 1625 y 1626 del C.C., por falta de aplicación. Se deduce del contenido del cargo que invoca la causal primera de casación.

Bajo el título "exposición inicial", discurre el recurrente sobre algunos principios de derecho probatorio, a saber: al actor incumbe la carga de la prueba; el demandado debe ser absuelto si ésta no se produce; y toda duda debe resolverse en favor del demandado, consagrada esta última doctrina en el art. 601 del C. J. aplicable por analogía al proceso laboral, ya que contiene una regla de sana crítica. Manifiesta que contra ese planteamiento no cabría argüir que el Juez de Trabajo forma libremente su convencimiento, porque si no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, está condicionada aquella facultad a los principios antes enunciados, de manera especial el contemplado en la citada disposición legal. Da a conocer la definición que de las nombradas reglas de derecho proba-

torio han dado algunos autores y se detiene en la concerniente a la carga de la prueba, transcribiendo algunos apartes de la obra que sobre el tema expone el tratadista Rosemberg. Anota que esas reglas son de aplicación en todo proceso, y concluye la exposición inicial recordando una doctrina del Tribunal Supremo, contenida en sentencia de junio de 1.957 (sic), en la cual sostiene que el hecho de invertir una presunción al apreciar el material probatorio, dá origen a error de hecho acusable en casación, doctrina de aplicación al caso en estudio, porque fue el desconocimiento de la norma de que toda duda debe resolverse en favor del reo, la que jugó papel decisivo en la forma como se resolvió el litigio.

En seguida la demanda de casación entra a demostrar el cargo, y al efecto, expone, en resumen:

La sentencia, después de aceptar que Vélez Montoya actuó en representación de Sherman en el proceso penal por falsedad y estafa, hecho indiscutido, dice que no existe constancia de que entre el defensor y el sindicado se hubieran convenido los honorarios en la expresada causa criminal. Otras frases de la sentencia comprueban el aserto de que es dudoso saber si lo pactado entre los litigantes en cuanto a honorarios por la atención del juicio ejecutivo contra Elvia Mejía de Tobón, en el cual sirvió de recaudo el documento que después fué tachado de falso en la causa criminal, comprendió la prestación de los servicios del actor en esa causa, según la versión de Sherman, o, si la versión contraria del demandante es la correcta. La duda del Tribunal se traduce en expresiones como éstas: "hay que aceptar, aunque sea por vía de suposición", que las partes estimaron inicialmente como válido el pagaré; que quizás Vélez Montoya hubiera exigido un porcentaje mayor si se hubiera dado cuenta de la posibilidad de una acción penal derivada del documento en que se consignó el título ejecutivo. Se observa a través de tales frases que la sentencia partió de simples conjeturas, que ha debido resolver en favor del reo y no del demandante. El fallo admite el especial interés que tenía Vélez Montoya en que a través del proceso penal no se frustrara su labor en el ejecutivo y desapareciera así el justo derecho a los honorarios pactados, como lo expresa en el párrafo de la parte motiva de su resolución. Si no se puede desvincular el interés que tenía el actor en la prosperidad del juicio ejecutivo del que le asistía en el proceso penal, hay que presumir que la duplicidad de servicio provenía de una misma causa, y, por tanto, los honorarios que recibió por el primero cubrían su trabajo en el segundo. Se trata de una simple presunción, pero como la duda anotada favorece al demandado, debe ella prevalecer en su favor, y no en el de la parte actora, como lo decidió el sentenciador.

Errores de hecho.

De la exposición anterior deduce la acusación que el fallo incurrió en estos errores de hecho manifiestos:

1o. Dar por probado, sin estarlo, que la prestación de servicios profesionales de Vélez Montoya a Sherman en el proceso por falsedad y estafa, surgido a raíz de la ejecución que aquél siguió como apoderado del segundo, daba lugar a honorarios distintos de los pactados y recibidos por el actor por la atención del juicio ejecutivo.

2o. Desconocer el hecho, probado en autos, de que la prestación de los servicios del demandante en la ejecución contra la sucesión de Eliseo Mejía, con base en el pagaré suscrito en favor de Sherman, cuya remuneración se convino cuota litis, sujeta a contingencias ulteriores, vinculó al abogado a la legitimidad del documento en todos sus aspectos, por lo que al defender a Sherman en el proceso penal, defendía sus propios intereses.

3o. Desatar una situación procesal que, por lo menos, es dudosa, en contra del demandado.

En los errores de hecho relacionados incurrió la sentencia por no haber tenido en cuenta los arts. 601 del C. J. y 61 y 145 del C.P.L. debido a equivocada apreciación de estas pruebas:

a) Las declaraciones de Célino Gómez, Alfonso Penilla y Osías Lozano Quintana (fs. 91 a 92, 93 a 94 y 114 a 117); b) La absolución de posiciones de Sherman (fs. 122 a 124); c) La inspección ocular (fs. 86 a 88); d) El poder otorgado por el demandado al actor (f. 66); y e) El dictamen pericial (fs. 96 a 104).

Con referencia al anterior acervo probatorio, arguye el acusador:

Se funda la sentencia en la prueba testimonial para concluir que fueron dos los juicios atendidos por Vélez Montoya, uno civil y otro penal, hecho indiscutido. Debido a su análisis desacertado procede a condenar a Sherman, sin tener en cuenta que los declarantes se limitan a expresar la opinión de que si un abogado se encarga de un cobro ejecutivo, no adquiere la obligación de prestar sus servicios en el penal que de aquel pueda derivarse.

Lo que importa destacar es que los honorarios por las gestiones en la ejecución fueron a cuota litis, modalidad que sí vincula el interés profesional y pecuniario del abogado en su buen resultado.

No se desprende de los testimonios la prueba de la cuestión debatida, ni siquiera un simple indicio.

Menciona la sentencia la confesión rendida por Sherman en el juicio, sin indicar si admitió el hecho de que los servicios que le prestó el actor en el proceso penal fueron inseparables de la atención del juicio ejecutivo. Observa que los honorarios por el trabajo en éste le fueron pagados al mandatario por el acreedor.

No se infiere de la inspección ocular prueba o indicio de que entre las obligaciones a cargo del actor no hubiera quedado incluida la de defender ante la justicia penal la autenticidad del pagaré que sirvió de título ejecutivo, sino únicamente que fueron dos los juicios atendidos por Vélez Montoya. Anota que si los honorarios por las gestiones en el ejecutivo fueron convenidos cuota litis, se creó una solidaridad entre mandante y apoderado y que velando por la validez del documento, defendía el apoderado sus propios intereses, como lo admite la sentencia.

En cuanto al poder que para el cobro ejecutivo confirió Sherman a Vélez Montoya, es indudable que sólo servía para ese juicio, circunstancia que nada prueba en relación con la extensión de las obligaciones del mandatario, ya que solo

es instrumento de ejecución de la representación pero no el contrato sobre prestación de servicios profesionales.

La sentencia acogió el dictamen pericial en cuanto señala al actor, a título de honorarios por su intervención en el proceso penal, la suma de $20.000,oo sin tener en cuenta que la estimación quedaba subordinada al hecho principal, o sea al de que se hubiera probado que el actor tenía derecho a honorarios distintos de los pactados con Sherman y pagados por éste. Olvidó el Tribunal que siendo el contrato a cuota litis, la defensa de Sherman en el proceso penal significaba para el apoderado la protección de sus propios intereses.

Como pruebas inestimadas por el fallador, el impugnante cita las siguientes: La absolución de posiciones del demandante (fs. 130 a 137); y la nota del Banco de Colombia, de 20 de agosto de 1.958 (f. 173).

Dice el autor del recuso que la sentencia pasó por alto el hecho confesado por el apoderado de que el 15o/o de honorarios por sus servicios en el cobro del crédito, vinculaba su interés personal a la legitimidad del pagaré presentado como título ejecutivo, pues el absolvente expresa que si el juicio penal se hubiera fallado al tiempo con el ejecutivo, seguramente el acreedor se habría negado a pagarle sus honorarios en el caso de una sentencia penal condenatoria, exponiéndose a su pérdida, esto es, al 15% sobre el valor del crédito.

Según lo acredita la nota del Banco, el actor recibió dos cheques girados por Sherman por un total de $20.706,oo, pago, dice el recurrente, que "descargó al demandado de la obligación a que se hace referencia".

El cargo afirma que, a consecuencia de los errores de hecho, violó la sentencia los preceptos de los Códigos Judicial, de Procedimiento Laboral y Civil antes citados, por el concepto que aquél indica.

Concluye la acusación con estas observaciones:

Es verdad que cuando la sentencia acoge, de dos versiones acreditadas en el proceso, la que le parezca con mejor respaldo probatorio, la estimación es intocable en casación. Pero no es esa la situación de autos, porque lo que se debate es si los $20.706,oo, pagados por Sherman, cubrieron o nó, dadas las modalidades del convenio entre las partes, los servicios que fueran necesarios para defender la validez del documento aducido como recaudo ejecutivo, en el cual tenía especial interés el abogado.

En su réplica al cargo el opositor anota, en primer término, que el recurrente propone la aplicación del principio "indubio pro reo", por primera vez, pues no fue planteado en las instancias, por lo cual constituye medio nuevo inaceptable en casación; y en segundo, que sobre el tema que el cargo trata la sentencia se basa en otras consideraciones o hechos, que no toca el impugnante, motivo suficiente para que aquélla se mantenga. En relación con este aspecto, alega el opositor:

Las bases de la sentencia fueron éstas:

a). No es aceptable la tesis de la parte demandada, según la cual el apoderado de Sherman en el juicio ejecutivo estaba en la obligación de atenderlo en el proceso penal en vista de que éste surgió como consecuencia de aquél, porque se deduce de autos con toda claridad que las partes no presumieron la posibilidad del juicio penal cuando iniciaron el ejecutivo. Dice el alegato de réplica que para

destruir ese fundamento de la sentencia, Sherman ha debido expresar que sí presumía la posibilidad de que habla el fallo, y lo que él ha expresado es que estimó válido el pagaré aducido como recaudo ejecutivo.

b). El arreglo de honorarios en un 15% sobre el valor del pagaré, demuestra que sólo se refería a la acción civil, y "debe considerarse justo". De ese argumento del fallo deduce el opositor que los honorarios no comprendían la atención del juicio penal, y agrega: la apreciación de la sentencia no indica duda sino certeza, es decir, todo lo contrario de lo que afirma el cargo.

En relación con los errores de hecho que la acusación imputa a la sentencia, alega el opositor:

Del pagaré suscrito por Eliseo Mejía en favor de Sherman (f. 67) y del poder que para su efectividad le confirió el acreedor al doctor Vélez Montoya (f. 66), se desprende, sin lugar a dudas, que el 15% pactado entre deudor y acreedor y nó entre éste y Vélez Montoya, sólo comprendían los honorarios por el cobro judicial del crédito, excluyendo los que pudieran causarse en otros juicios. En el proceso ha declarado el demandado que no previó un juicio penal como consecuencia del ejecutivo, pues partió de la base real de que el pagaré era válido y legal; que todo juicio civil no conlleva la acción penal, de manera que si las partes no previeran el proceso criminal posterior, se ve claro que se estaba en presencia de dos juicios, cuya atención daba derecho a honorarios en ambos. Además, los pactados por el cobro ejecutivo, no los pagó Sherman sino la sucesión del deudor Mejía, como lo acredita la inspección ocular (f. 87).

La afirmación que hace el cargo en el sentido de que la defensa que hizo el actor en el proceso penal no daba lugar a honorarios distintos de los que recibió por el cobro ejecutivo, es contraria a lo aceptado por el demandado en el testimonio que rindió antes del juicio en junio de 1.957 (fs. 63 a 65). De la declaración resulta que eran dos los procesos, pues si en ella el demandado afirma que la suma de $20.705,oo recibida por el actor en el juicio ejecutivo cubría también los honorarios por el juicio penal, ninguna prueba adujo para demostrar que la distribución que hace de la expresada cantidad para el pago de la remuneración en los dos juicios, hubiera sido el resultado de un convenio entre los litigantes.

Por último, alega el opositor: el hecho de que el demandante tuviera interés económico en que el juicio penal no prosperara por su incidencia en el ejecutivo, no significa que se sintiera obligado, moral o legalmente, a defender a Sherman en el proceso penal, pues habría podido suceder que no estuviera en su ánimo asumir la defensa, o no estar el derecho penal entre su especialidad profesional.

SE ESTUDIA EL CARGO.

Sobre la cuestión jurídica a que el acusador se refiere, dice el fallo impugnado:

"El doctor Valero Asnar en sus diferentes alegatos sostiene que el Dr. Vélez Montoya en su calidad de ejecutante del pagaré por los $85.000,oo, estaba en la obligación ineludible de atender a Sherman en este juicio penal (alude al de falsedad y estafa) toda vez que era consecuencia directa de la acción civil instaurada con base en el pagaré. No es aceptable esta tesis por cuanto se deduce con toda claridad de las presentes diligencias que ni Sherman ni Vélez Montoya

presumían la posibilidad de aquel juicio penal cuando iniciaron la ejecución civil. Hay que aceptar, aunque sea por vía de suposición, que el pagaré en cuestión lo estimaban como auténtico, válido en su forma y en su contenido, sin falsedades materiales ni intelectuales, perfecto intrínseca y extrínsecamente y por ese motivo el ejecutante doctor Vélez contrato con su cliente un 15% como honorarios sobre el capital, intereses y costas. Quizás este profesional hubiera exigido un mayor tanto por ciento si se hubiera dado cuenta de la posibilidad de una acción penal derivada del pagaré. De consiguiente, el arreglo de honorarios en el porcentaje prefijado, demuestra que sólo se refería a la acción civil o ejecución del pagaré. Esos honorarios hacían referencia exclusivamente a lo económico, a lo patrimonial y deben considerarse juntos.

"Pero sucedió que posteriormente se inició la acción penal contra el demandado señor Sherman N. Esa acción iba dirigida necesariamente contra la libertad del sindicado, es decir, hacia el más grande de los bienes de una persona, contra el derecho más respetable del hombre, y también por la acción civil que conllevaba la acción penal, contra el patrimonio del mismo sindicado. Ante ese nuevo proceso de orden más elevado que el contenido en el ejecutivo, el procesado necesariamente tenía que buscar un defensor que lo asistiera en las diferentes etapas o instancias. Ese defensor podía ser perfectamente un tercero distinto del Dr. Vélez Montoya, pero efectivamente ningún profesional para ese caso concreto era el más indicado para patrocinarlo en la acción penal como defensor. No puede negarse que el doctor Vélez Montoya tenía especial interés en que esa acción penal fracasara totalmente, que su cliente fuera favorecido con una absolución total, como así sucedió al conseguir el sobreseimiento definitivo del señor Sherman, porque otra habría sido la suerte del pagaré si el sindicado hubiera sido condenado en sentencia penal por falsedad o por estafa. La ejecución en manera alguna habría prosperado y el ejecutante no habría recibido la apreciable cantidad que se aproximó a los $140.000,oo y el Dr. Vélez Montoya no habría recibido tampoco los honorarios del 15%, que ascendieron a la suma de $20.706,oo.

"Sobre que fueron dos juicios, distintos el uno ejecutivo y el otro penal, están de acuerdo los distinguidos profesionales doctores Cèlino Gómez, Alfonso Penilla y Lozano Quintana; lo mismo se deduce de la diligencia de absolución de posiciones del demandado Sherman y de la inspección ocular que practicó el Juzgado 1º. del Trabajo. El Dr. Vélez Montoya únicamente recibió poder especial para instaurar la acción ejecutiva con base en el pagaré, y no poder general proveniente de Sherman para atenderlo en toda clase de juicios, civiles y penales; pero sí fué falta de precaución no haber arreglado previamente honorarios por el asunto penal, de más importancia y trascendencia para el sindicado.

"Por concepto de honorarios del pagaré recibió el Dr. Vélez Montoya la no despreciable suma de $20.706,oo. No le han sido pagados los honorarios que provienen de la defensa penal del señor Cristóbal Sherman por los delitos de falsedad y estafa", avaluados en el dictamen pericial en la suma de $20.000,oo, que la Sala estima suficiente, máxime si se tiene en cuenta, como antes se dijo, "el doctor Vélez Montoya tenía interés casi exagerado en que no prosperara la acción penal en contra de Sharman, para el buen éxito de la demanda ejecutiva...".

SE CONSIDERA:

Según la sentencia, dice el recurrente, existe la duda de si los honorarios por la atención del juicio ejecutivo comprendieron los causados por la defensa

penal, y como la resolvió en favor del actor y no del demandado, sin tener en cuenta lo dispuesto por el art. 501 del C. J., violó esta norma y los demás preceptos legales que el cargo cita. Tal es la tesis central de la acusación.

Afirma el cargo que la duda aparece de estas consideraciones del fallo del ad quem:

a). Las partes no convinieron previamente los honorarios por los servicios del apoderado en la gestión del proceso penal.

La Sala observa que, al respecto, el Tribunal habla de imprevisión de los litigantes por no haber acordado previamente los honorarios, de lo cual no puede deducirse que existe incertidumbre de si deben impularse al proceso penal los estipulados por el cobro ejecutivo. Por lo demás, como lo observa el opositor, la hipótesis de que mandante y mandatario no hayan pactado honorarios antes o después de celebrado el contrato, está prevista y resuelta por el Código Civil. La regulación legal del punto excluye la simple posibilidad de considerar como fenómeno de duda el hecho que presenta el impugnador.

b) Conforme a la versión del demandado, los honorarios del juicio ejecutivo cancelaron los del proceso penal; según la versión del demandante fueron independientes los dos juicios y en ambos se causaron honorarios.

Observa la Sala: lo que en el fondo dice la sentencia es que a la pretensión del demandante sobre reconocimiento y pago de sus honorarios en el proceso penal, opone el demandado la contrapretensión de que ellos fueron cancelados con los que recibió por el cobro ejecutivo. No se trata, como se ve, de simple conjetura de las partes sobre la significación del hecho jurídico, sino de posiciones radicalmente opuestas, fenómeno corriente en todo proceso contencioso. Afirma el Tribunal que el poder otorgado por Sherman al demandante para el juicio ejecutivo, se refería a éste únicamente y no a otros procesos, civiles o penales, rechazando así, de manera expresa, el fundamento de la defensa. Por tanto, de tal concepto no puede deducirse que para el Tribunal hubiera sido dudoso el hecho de que la remuneración pactada en el juicio civil haya comprendido la del proceso penal.

c) Hay que aceptar, aunque sea por vía de suposición, que las partes, al iniciar la ejecución, aceptaron la validez del pagaré, fundamento de la misma.

Observa la Sala: No dice la sentencia que debe suponerse la validez del pagaré, sino que hay que aceptarla aunque sea por vía de hipótesis, de manera que acerca del documento no está presentando, en realidad, una duda. Por lo demás, aun admitiendo el reparo del acusador, apenas habría que decir que fue impropio el uso por la sentencia de la frase conjetural. En efecto, el título que sirvió de recaudo ejecutivo fué un pagaré comercial, esto es, un instrumento negociable que, conforme a la Ley 46 de 1.923, se halla amparado por una presunción de autenticidad. Si ello es así, lo adecuado habría sido predicar su validez y firmeza, y no aceptarlo con reticencias, como lo hace el Tribunal.

d) Si el apoderado del ejecutante hubiera previsto la posibilidad de la acción penal, habría exigido un honorario más elevado por el cobro judicial del pagaré.

Para la Sala se trata de una deducción lógica, ya que si por la atención del juicio ejecutivo la remuneración pactada fué del 15% sobre el valor del crédito, es razonable suponer que las partes habrían convenido una superior si hubieran

previsto la posibilidad de que como secuela de la ejecución surgiera un proceso penal. De la observación del Tribunal no puede deducirse ninguna situación de incertidumbre, por lo que no es elemento apto para ver en ella la duda a que el cargo se refiere.

c) El actor tenía interès en el fracaso de la acción penal, porque de haber prosperado, el resultado del juicio ejcutivo habría sido adverso al ejecutante, con la consecuencia de que aquél habría perdido sus honorarios.

No es idóneo el argumento para demostrar la duda que alega el recurrente, pues como lo anota la sentencia, Sherman habría podido confiar su defensa en el proceso penal a un abogado distinto del demandante, o habría podido éste, como lo observa el opositor, abstenerse de atenderlo por no ser especializado en derecho penal, o por cualquier otro motivo. No se descarta el interés del actor en el insuceso de la acción penal, pero esa circunstancia no lleva a la conclusión forzosa de que tal interès era suficiente para que el demandante, a fin de evitar la pérdida de sus honorarios en la ejecución, debía asumir la defensa de Sherman en la causa criminal. Dada la importancia de ésta, el apoderado habría podido sacrificar los honorarios de la ejecución para atender la defensa de Sherman en aquella causa. Por sus servicios en ella se causaban honorarios, con independencia de sus resultados, salvo pacto en contrario, respecto del cual no obra prueba en el juicio. La vinculación entre los dos procesos es circunstancia que el fallo toma en consideración, pero para el efecto de moderar la cuantía de la remuneración del mandatario en el de naturaleza penal, no para deducir incertidumbre alguna sobre el derecho a ella con independencia de la que recibió por el cobro del pagaré.

Por lo demàs, todo el razonamiento del sentenciador se encamina a demostrar que la tesis de la parte demandada en cuanto sostiene que el actor tenía la obligación de representar a Sherman en el proceso penal por haberse derivado éste del ejecutivo, es inaceptable, porque de autos resulta, dice el fallo, "con toda claridad", que cuando se promovió la ejecución, las partes no previeron la posibilidad de que ante la justicia penal se tachara de falso el pagaré. A este concepto fundamental de la resolución acusada, no impugnado por el recurrente, deben subordinarse sus demás apreciaciones, aun en el supuesto de que algunas de éllas, por su aspecto gramatical, puedan prestarse a equívocos u ofrezcan vicios de razonamiento.

Fuera del reparo que antes se dejó anotado, la Sala halla acertados los argumentos del fallador, porque lo normal y corriente en la vida de los negocios no es el hecho de que el titular de un crédito lo haga valer judicialmente a sabiendas de que el documento en que consta puede ser tachado de falso, y que, por tanto, debe abrigar el temor de una acción penal. Lo que demuestra la experiencia es que quien acude a la jurisdicción para hacer efectiva una deuda con base en instrumentos negociables, los estima amparados por la presunción de autenticidad con que la ley los protege.

No es, pues, la duda sobre la cuestión debatida, lo que resalta en la sentencia, sino la certeza de que los honorarios por la gestión en el juicio civil, no incluyeron los correspondientes al penal. Si no existe la duda, debe desecharse la aplicación al caso de autos de la norma del art. 601 del C. J. y, de consiguiente, la infracción de los demàs preceptos legales que con base en tal supuesto, acusa el recurrente.

Conviene observar que el argumento de que por haberse convenido o cuota litis los honorarios por el juicio ejecutivo, el pago de éllos cubrían los correspondientes al proceso penal, en atención a que éste se derivó de aquél, no constituye presunción legal, ni, por consiguiente, con base en tal hipótesis puede hablarse de carga de la prueba o de su inversión, ni deducir de ese planteamiento censura alguna contra el fallo porque hizo operar la presunción en favor del actor y no del reo.

Cumple ahora examinar si las pruebas a que se refiere el cargo acreditan incertidumbre sobre la cuestión central que se analiza. Este aspecto de la acusación se propone demostrar error de hecho por equivocada estimación de unas pruebas y por falta de apreciación de otras.

En cuanto a lo primero, la Sala considera:

Se vale el Tribunal de la prueba testimonial, de la confesión provocada del demandado y de la inspección ocular, para sostener que, según éllas, el actor tuvo a su cargo dos juicios distintos, uno civil y otro penal, y que por los servicios prestados en ambos adquirió el derecho a los correspondientes honorarios. Alega el recurrente que el fallador apreció mal esas pruebas, porque ninguna de éllas sirve para acreditar la cuestión debatida. Esta, según su concepto se concreta a establecer si los honorarios recibidos por el actor en pago de sus servicios por el cobro ejecutivo, pactados cuota litis, cancelaban los correspondientes al proceso penal, en atención a la vinculación entre los dos procesos y al consiguiente interés del apoderado por el fracaso de la acción penal, ya que el éxito de ésta habría significado para él la pérdida de los honorarios por su trabajo en el proceso ejecutivo.

Observa la Sala que ninguna de las tres pruebas se adujo al proceso para acreditar el hecho a que el cargo se refiere, sino para los fines ya expresados, de manera que es inaceptable acusar la sentencia por su mala apreciación. Conviene anotar que la inspección ocular tiene por objeto el examen y reconocimiento de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate (art. 724 del C. J.), por lo que la inspección no era medio adecuado para descubrir en ella el fenómeno de incertidumbre de que habla el cargo.

En su confesión provocada (respuesta a la pregunta undécima del cuadro de posiciones) dice el demandado que los honorarios por el juicio penal, que según la pregunta le está debiendo al actor, los canceló según lo pactado. Cabe hacer este interrogante: Cuál es el pacto a que se refiere el absolvente?. Sin duda al convenido por las partes por el cobro ejecutivo, ya que no hubo acuerdo previo de honorarios por la atención del juicio penal. De la afirmación del interesado no se puede deducir lo que asevera, por razones que sobra exponer. Se ha visto que la sentencia menciona la prueba para reforzar el concepto de que el juicio penal y el ejecutivo fueron distintos y de que, por tanto, en ambos se causaron honorarios. La independencia entre los dos procesos resulta del texto de la confesión; el derecho a los honorarios, prestado el servicio, lo sanciona la ley. No siendo admisible la confesión en cuanto el deudor declara que los servicios en los dos procesos quedaron cubiertos con el pago de lo que el apoderado recibió para remunerar los que prestó en uno de ellos, la glosa que por mala estimación de la prueba alega el acusador, es inatendible.

El poder otorgado por el demandado al actor para el cobro ejecutivo, de naturaleza especial, lo cita el Tribunal para sostener que, según sus términos, no tenía el apoderado obligación de atender ningún otro juicio, civil o penal. Aunque

el recurrente admite que el poder no pueda tener otra significación, esto es, la de que sólo podía servir para el cobro judicial del crédito, alega que nada prueba en relación con la extensión de las obligaciones del mandatario relativas al contrato sobre prestación de servicios profesionales. Observa la Sala que si el poder sólo es apto para probar el mandato judicial y si tal es el alcance que le atribuye la sentencia, la censura contra ésta por su mala estimación, carece de fundameto.

Arguye el acusador que la sentencia apreció con desacierto el dictamen pericial en cuanto a la fijación que hace de los honorarios del actor por sus servicios en el juicio penal, porque la pericia quedaba subordinada al hecho de haberse probado que eran distintos de los que recibió por el cobro judicial del pagaré, para la Sala la censura carece de fundamento. En efecto, la misión del perito en el juicio era la de estimar en cifra numérica el valor de los honorarios del demandante en los distintos procesos en que actuó como apoderado de Sherman, de manera que el dictamen no podía ser una prueba apta para demostrar el hecho a que la acusación se refiere. De ella se vale el Tribunal para decir que de su texto aparece que el actor tuvo a su cargo, en representación del demandado, el juicio penal por falsedad y estafa y el ejecutivo para el cobro del pagaré, y que como no se le ha pagado la remuneración por el segundo, procede su reconocimiento. Nada distinto de lo expuesto podía acreditar la prueba pericial.

En cuanto a los medios probatorios que según el cargo inestimó la sentencia, se observa:

1) CONFESION PROVOCADA DEL DEMANDANTE.

Se refiere a la respuesta dada por el absolvente a la pregunta séptima del pliego de posiciones. Reza la pregunta: "Diga el absolvente cómo es cierto, si o no, que si en el juicio penal se hubiera declarado la falsedad del pagaré y la pretendida estafa que se investigaba, el juicio civil que usted adelantaba para el cobro de dicho instrumento hubiera sido nugatorio en sus efectos, es decir que el pagaré citado no se hubiera cobrado?".

La respuesta, después de anotar que la pregunta no contiene un hecho personal del interrogado, expresa que las obligaciones de éste en el proceso ejecutivo consistían en defender la autenticidad del pagaré, como lo hizo en el correspondiente incidente de excepciones; que si el juicio penal se hubiera fallado coetaneamente con el ejecutivo, el demandado se habría negado al pago de la deuda con base en la sentencia penal condenatoria, y habría perdido, posiblemente, los honorarios por su labor profesional.

La sentencia no hace mérito de la prueba, pero contiene en su motivación apreciaciones semejantes a las que hace el actor en su confesión. Lo que el cargo se propone demostrar es que el doctor Vélez Montoya admitió el hecho de que tenía interés en el fracaso de la acción penal para el buen resultado de la ejecutiva y que, por tanto, los honorarios por el cobro del crédito cubrían los correspondientes a su servicio por la atención del juicio penal. Este aspecto de la acusación fue examinado en otro lugar de esta providencia, y por consiguiente, la Sala se remite a lo que sobre el particular ha dejado expuesto.

2) LA NOTA DEL BANCO DE COLOMBIA.

Según el recurrente, prueba el documento que al demandado le pagó al actor, en dos contados, la suma $20.706,oo, valor de sus honorarios por el cobro

ejecutivo. La Sala observa que aunque los cheques contra el Banco fueron girados por el demandado, el pago lo hizo la sucesión del deudor, de la cual recibió aquél en el juicio ejecutivo contra ella el valor del crédito por capital, intereses y costas, incluyendo éstas los honorarios del abogado del ejecutante en cantidad igual a la anotada, como lo acredita la diligencia de inspección ocular. Por lo demás, aunque la obligación hubiera sido solucionada por el demandado, de allí no habría podido deducirse que comprendía también los honorarios por el juicio penal, que es la tesis fundamental de la demanda de casación. Aunque el fallador no hace mérito de la nota del Banco, halla probado el hecho que ella demuestra, de manera que su inestimación carece de trascendencia, y, por lo mismo, no conduce al error de juicio que el acusador alega.

Por todo lo expuesto, no se recibe el cargo.

III. EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE.

Persigue la quiebra parcial de la sentencia en cuanto a las condenas por $20.000,oo y $2.000,oo y su revocatoria en relación con la súplica sobre pago de la cantidad de $14.000,oo, para que, en su lugar, la Corte, en instancia, acoja el fallo de primer grado respecto a las condenas que contiene el ordinal primero de su parte resolutiva en los literales a), b) y c).

Con base en la causal primera de casación formula tres cargos, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

A) Honorarios por la atención del juicio penal con base en los delitos de falsedad y estafa.

Acusa la sentencia del ad-quem por violación de los arts. 721, 722 y 723 del C. J., en relación con los arts. 61 y 145 del CPL., por falta de aplicación, infracción de medio que condujo al Tribunal a quebrantar los arts. 2141, 2143, 2144, 2149, 2150, 2156, 2184-3o., 2189-1o., en relación con los arts. 2054 y 2063, todo del Código Civil.

Se produjo la infracción a causa de error de hecho evidente por mala apreciación del dictamen pericial (fs. 96 a 104), en relación con las observaciones que a esa prueba formuló el actor (fs. 106 a 110) y con las declaraciones de Celimo Gómez (fs. 91 y 92), Alonso Penilla (fs 92 a 94) y Osías Lozano Quintana (fs. 114 a 117).

Consistió el error en que el Tribunal dió por demostrado con base en el dictamen, defectuoso e infundado, que la suma de $20.000,oo en que fija el valor de los honorarios del actor por la atención del juicio penal, es una remuneración suficiente. La adecuada, según lo sostiene el acusador, habría sido la de $30.000,oo, que fue la señalada por el fallo de primer grado.

Para demostrar el cargo, dice el acusador que el perito se limitó a hacer una enumeración de los memoriales y notificaciones del Dr. Vélez Montoya en el sumario por los delitos de falsedad y estafa, como lo hizo presente el demandante en su memorial de febrero de 1.958 (fs. 106 a 108), sin tener en cuenta los resultados favorables a los intereses morales y materiales del defendido, la importancia de

la gestión, el tiempo empleado en ella y la vigilancia e interés que dedicó al asunto, advirtiendo que si no objetaba el peritazgo, dejaba constancia de su inconformidad con la valuación que hace de su labor profesional.

Agrega el acusador:

El perito no hizo un análisis ponderativo del sumario; no destacó su gravedad en relación con el demandado; no consideró la efectividad de la gestión profesional del apoderado y el éxito que obtuvo en beneficio de los intereses morales y patrimoniales del defendido; no analizó el tiempo empleado en la defensa. Se atuvo al trabajo material del mandatario como se deduce de la relación de memoriales y notificaciones a que contrajo su estudio, por lo cual, según los principios que informan la crítica de la prueba, no servía para fundar una decisión como la que contiene la sentencia impugnada.

No contiene el dictamen una fundamentación lógica, ni un examen detenido de la materia sometida a la consideración del perito, sino una relación mecánica de la actuación surtida en el proceso penal, por lo cual la sentencia incurrió en evidente error de hecho al darle mérito por no haber sido objetado, cuando ha debido analizarlo de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Si así procede, la conclusión habría sido la de su rechazo, o su complemento, como lo hizo el fallo de primer grado.

Para acoger el dictamen pericial, el Tribunal aduce estas razones: 1) Que el apoderado tenía interés exagerado en que no prosperara la acción penal contra Sherman para el buen éxito de la demanda ejecutiva; y 2) Que el mismo apoderado está unido con lazos de afinidad con el demandado, por lo cual habría sido desdoroso para aquél y su familia que el proceso penal hubiera concluído con fallo condenatorio.

Observa el recurrente que los argumentos no se desprenden del dictamen ni son consideraciones acerca del valor intrínseco de la prueba, ni fueron mencionados por el perito, luego no podía la sentencia buscarle al dictamen fundamentos que no menciona, ni basarla en razones distintas de las que el experto hubiera aducido. Refuta a continuación los dos soportes de la resolución acusada, así:

Con relación al primero afirma que la sentencia no tuvo en cuenta la distinción hecha por el demandante en su alegato de conclusión (fs. 18 a 25 del cuaderno número 4), en el sentido de que el interés posible que pudiera tener en el fracaso de la acción penal por su influencia en el cobro ejecutivo, no le imponía la obligación moral o jurídica de representar al acreedor Sherman en la causa criminal. Agrega que así lo expresan también los abogados que sobre el particular han declarado en el juicio, doctores Célimo Gómez, Alonso Penilla y Osías Lozano Quintana, prueba que el Tribunal no estimó ni mencionó siquiera en su fallo, de la cual se desprende que el abogado encargado de atender un juicio no tiene obligación de llevar los que de él puedan desprenderse.

Respecto a la segunda base de la decisión, dice el impugnante que el parentesco de afinidad no puede tomarse en cuenta para estimar un trabajo profesional, por ser extraño al establecimiento de ese hecho.

Consideración igual le habría podido servir al Tribunal para mantener el criterio del Juez, ya que por razón del parentezco Sherman se hallaba más obligado con su cuñado Vélez Montoya y ha debido evitarse la mortificación de la

demanda para el pago de honorarios, deuda más sagrada para el que cualquiera otra en atención a que el apoderado le defendió la parte más importante de su patrimonio, esto es, la libertad y la honra.

En la estimación del dictamen el fallo de primer grado fué más lógico que el de segunda. Para demostrar el aserto transcribe el cargo apartes del fallo del Juzgado.

El Tribunal, al estimar el dictamen, no tuvo en cuenta las reglas que al efecto establecen los arts. 721, 722, y 723 del C. J., en relación con la contenida en el art. 61 del CPL., según las cuales la pericia merece fé si se halla explicada y debidamente fundamentada, y debe ser apreciada conforme a los principios de la sana crítica; que en cambio si fue observado ese criterio por el Juzgado a quo, quien por estimar que el peritazgo no se halla debidamente fundado, lo rechazó para lo cual se atuvo a la reiterada jurisprudencia de la Corte acerca de la interpretación que debe darse a las normas citadas del Código Judicial, que el recurrente da a conocer en su alegato.

En relación con las normas del Código Civil que establecen el derecho al pago de honorarios por servicios profesionales, el acusador cita también decisiones de la Corte en apoyo de su tesis, especialmente la que fija el alcance del art. 2054.

El opositor considera el cargo infundado, por estas razones:

Con el fin de demostrar el error de hecho que alega, invoca la libertad de que goza el fallador para estimar la prueba pericial; en nombre de esa facultad censura al Tribunal por haber acogido el dictamen producido en el juicio, razonamiento en su concepto equivocado. Manifiesta que la doctrina procesal que sobre valoración de la prueba pericial ha sentado la Corte, citada por el acusador, define el punto con claridad. De su lado hace mérito de otras decisiones de la Corporación acerca de la libertad en que la ley coloca al sentenciador para apreciar la prueba y de acuerdo con ella dice que, tratándose de negocios regidos por el principio de la libre apreciación de los medios probatorios, el fallador puede adoptar una de estas dos posiciones: o compartir el dictamen, o censurarlo para apartarse de sus conclusiones. Si de los dos términos acoge el primero, dando las explicaciones del caso, la estimación no puede ser acusada en casación por error de hecho.

En cuanto al reparo de que el Tribunal debió tener en cuenta las observaciones que al dictamen hizo el demandante, observa el opositor que no dan base para una censura por error de hecho, porque para que surtieran efecto, ha debido hacer uso de cualquiera de las facultades de que tratan los arts. 719 y 720 del C. J. La parte actora anunció una tacha por error grave del dictamen y desistió de ella, limitándose a objetar la cuantía de los honorarios señalados al experto. Si contra la pericia no se propusieron las tachas que permite la ley, la omisión no puede ser subsanada en casación. No habiendo sido objetada, era mayor la órbita de acción del Tribunal para sentar las deducciones a que llegó, sobre todo si se tiene en cuenta el sistema de apreciación de pruebas que para los juicios laborales establece la ley, aplicable al presente conforme a los decretos 456 y 931 de 1.956. La aplicación de ese sistema excluye el error de hecho, para cuya viabilidad se requiere que aparezca en autos de modo ostensible, según la jurisprudencia que al respecto tiene recibida la casación del trabajo.

Con referencia al argumento de que tampoco tuvo en cuenta el Tribunal al estimar el dictamen las declaraciones de los doctores Gómez, Penilla y Lozano Quintana, manifiesta el opositor que lo relativo a la cuantía de honorarios por servicios profesionales no se puede establecer mediante prueba testimonial, como lo ha sostenido la Corte.

Segundo cargo.

B) Honorarios por la atención del juicio penal derivado del delito de homicidio.

Acusa el fallo del ad quem por infracción de los arts. 2141, 2143, 2144, 2149, 2150, 2156, 2184-3o, 2189-1o, en relación con los art. 2054 y 2063 del Código Civil, a causa de errores de hecho.

El cargo afirma que son seis las apreciaciones del Tribunal para acoger el dictamen, en todas las cuales incurrió en error de hecho. Sintetiza los argumentos de la resolución y los rebate para demostrar los errores que alega. Los argumentos son los siguientes:

1) Fué escasa la actividad profesional del apoderado en el sumario por el delito de homicidio imputado al demandado.

Lo refuta el acusador en estos términos:

En la inspección ocular que para el examen del proceso penal se practicó en el juicio (fs. 86 a 88), se obtuvo el siguiente resultado:

"En este expediente se observa que la labor desarrollada por el doctor Salomón Vélez Montoya, fue muy poca, pues al sindicado Cristobal Sherman lo asistió en la indagatoría el Dr. Hernando Valencia". A continuación la diligencia anota que el poder al Dr. Vélez Montoya le fue conferido en febrero de 1.955, y que en uso de él solicitó la reconstrucción de los hechos y pidió la declaración de varios testigos para acreditar la conducta social del sindicado. Como última actuación señala la expedición del auto de sobreseimiento definitivo de abril de 1.956 y su confirmación por el superior, contenida en providencia de julio del mismo año.

El Tribunal, dice el acusador, se fijó en la observación de que fue escasa la labor desarrollada por el apoderado, pero omitió considerar el resto de la prueba, o sea, la que relata la actuación del apoderado. Tuvo en cuenta la cantidad de la labor pero nada dijo de su calidad y eficacia, es decir, se limitó a pasarla o medirla, método inadecuado para apreciar la labor intelectual de un abogado en la atención de un juicio. En ella lo que debe destacarse es su intensidad, el resultado, la diligencia, el cuidado, el tiempo empleado, la fama y reputación del abogado, factores que pasó por alto el fallador, por lo cual fue incompleta y equivocada la valoración de la prueba. En esa operación fue más acertado el criterio del fallador de primer grado, pues entre otras razones adujo, para desechar el peritazgo, la de que si es verdad que a raíz de abierta la investigación se ordenó la libertad del sindicado, para lograr la expedición del auto que decretó el sobreseimiento definitivo y su confirmación, se requiere una labor tesonera de vigilancia de parte del mandatario judicial, ya que sin ella es posible un cambio en el cuadro probatorio, y en vez del sobreseimiento, puede sobrevenir un auto de vocación a juicio. No refuta el Tribunal el razonamiento del fallo del a quo, por lo cual queda en pié.

2) La sociedad había exculpado al sindicado por conocer los desgraciados sucesos en que se vió comprometido al dar muerte al señor Calé.

Dice el impugnante que la afirmación es gratuita, por que no hay una sola prueba que la respalde.

3) No era necesario la intervención de abogado en el proceso, porque el acusado actúo en legítima defensa.

Alega el acusador que al hacer tal afirmación, la sentencia incurrió en error de hecho evidente, por no haber apreciado la eficiencia e importancia del trabajo cumplido por el demandante en el sumario, como lo acredita la declaración rendida por el investigador, corriente a folios 135 y 136. Tampoco tuvo en cuenta la actuación del mandatario, de que habla la inspección ocular y el concepto del perito, en cuanto calificó de muy importante la diligencia de reconstrucción de los hechos solicitada por aquél. Por falta de apreciación de las tres pruebas, incurrió el ad quem en error de hecho evidente al estimar innecesaria la defensa del sindicado. Esa afirmación es un adefesio jurídico, pues no es exacto de que cuando alguien dé muerte a un semejante y estime que lo hizo en legítima defensa, no necesite de apoderado para lograr su absolución, porque los jueces se encargarán de allegar las pruebas a su favor. Es sabido que en toda clase de procesos, según la ley, se requiere la intervención de abogado inscrito.

4) El primer abogado del sindicado en el asunto, doctor Hernando Valencia, lo asistió en la indagatoria en forma desinteresada.

El impugnante sostiene que erró de hecho el Tribunal al estimar la declaración del Dr. Valencia (f. 157) porque lo hizo en forma incompleta, ya que para no cobrar honorarios el testigo dice que obró así en atención a su amistad con el procesado. Que el apoderado hubiera resuelto no cobrarlos por razones de amistad, no significa que la gestión del abogado que lo reemplazó debía ser también gratuita. De un caso particular pretende deducir el Tribunal la regla general de que ningún otro apoderado podía cobrar honorarios.

5) El Dr. Vélez Montoya tenía el deber de ayudar a su cuñado Sherman en el proceso penal, por los lazos familiares que los unen.

Dice el impugnante que el error de hecho resulta notorio con solo pasar la vista por la demanda y respuesta y la confesión provocada de ambas partes en el juicio, pues de esas piezas se deduce la discordia entre los litigantes, de manera que lo que ellas demuestran es la desunión familiar. El fallo no apreció esas pruebas; si lo hace no habría dicho que las partes están "unidas por nexos familiares". Además, la tesis de que entre cuñados no se causan honorarios por gestiones profesionales no es aceptable ni hay norma legal que lo prescriba. Se halla admitida en la relación de trabajo dependiente entre padres e hijos y no la rechaza la ley en el mandato civil y mercantil. Luego si la Prestación de servicios inmateriales convenida por las partes es válida, no se puede desconocer como efecto de la convención el pago de honorarios como contraprestación de los servicios. La tesis contraria sí sería injusta e ilegal.

6) En vista de que era fácil la defensa de Sherman, cualquier profesional por eminente que fuera, habría cobrado por su atención una suma ínfima.

Alega el cargo que se trata de simple suposición de la sentencia, sin ninguna prueba en su apoyo, luego incurrió en error de hecho al dar por demostrado lo

que no lo está. En contra de la afirmación existe el peritazgo y la estimación que de los honorarios hace el fallo del a quo en la suma de $5.000,oo.

En la réplica al cargo expone el opositor:

No configura error de hecho la circunstancia de que la sentencia acoja un dictamen pericial no objetado, pues como es sabido, el juzgador tiene libertad para admitirlo o rechazarlo expresando las razones de la determinación. No se limitó la sentencia a aceptar la conclusión pericial, sino que expuso los motivos para admitirla.

La acusación alega que el Tribunal sólo tuvo en cuenta la primera parte del resultado de la inspección, pero no la segunda en donde habla de la importancia del dictamen. A lo cual observa el opositor: Anotó el Tribunal que todo abogado colocado en el caso del actor tenía que obrar en los mismos términos, lo que resulta moralmente incontrovertible. De otro lado, para la estimación de los honorarios, la sentencia hace mérito de la circunstancia del parentesco existente entre los litigantes, lo cual obligaba al apoderado a guardar una posición de continencia distinta a la que hubiera podido tomar tratándose de un simple particular. La apreciación del fallo al respecto no puede ser objeto de censura sino de aprobación, ya que una de las obligaciones del abogado es la de atender, aun de oficio y sin percibir honorarios, a quienes comparecen ante la justicia penal abatidos por el infortunio.

Afirma el demandante recurrente, que por el hecho de que el apoderado sea cuñado del sindicado, no tenía la obligación de prestarle servicios profesionales gratuitos. Contesta el opositor diciendo que si la tenía si era llamado de oficio, aun tratándose de extraños; que no siendo esa la situación que se contempla, sino la de que si le asistía al actor derecho a los honorarios, tenía por lo menos el deber de no exagerar su cuantía. Por tanto, cuando la sentencia tuvo en cuenta el factor anotado para compartir el justiprecio que de los honorarios hizo el perito, no incurrió en nada digno de reprobación.

Ataca el cargo la apreciación del fallo en cuanto a la presunción de que con o sin apoderado Sherman hubiera obtenido el mismo resultado en el proceso penal, pero la verdad, dice el opositor, es que de autos aparece probado que el sindicado venía siendo asistido en el sumario por el doctor Hernando Valencia, y que habría podido abstenerse de nombrar apoderado, evento en que la designación la habría hecho el Juez de la causa, conforme a preceptos del Código de Procedimiento Penal. De modo que no fue desacertada la apreciación del fallador.

Igual observación cabe hacer respecto de la manifestación que hace la sentencia, censurada por el acusador, de que la sociedad había exculpado al demandado por el conocimiento que tuvo de los desgraciados suceso en que se vió comprometido al dar muerte al señor Calé, porque si como lo acepta el actor lo hizo en legítima defensa, y si cuando entró a actuar ya se había decretado la libertad incondicional del sindicado, el razonamiento del ad quem no puede calificarse de dislate jurídico.

Si el fallo hizo mérito de la circunstancia de que el doctor Valencia había atendido al acusado sin cobrar honorarios, no fue para negarlos, sino para exponer otro de los motivos que tuvo para acoger la estimación pericial. Tampoco se puede destacar este argumento como un desacierto de la resolución recurrida.

En relación con la desavenencia familiar entre los litigantes, de que habla el recurrente, dice el opositor que basta la lectura de la diligencia de absolución

de posiciones del demandado para llegar al convencimiento de que éste se limitó a poner de manifiesto el hostigamiento de que lo hacían víctima su apoderado y otros de sus familiares. Además la intervención del actor como apoderado de Sherman en el sumario tuvo lugar antes de que se hubieran roto sus relaciones, de manera que si con posterioridad surgió entre ellos una situación distinta, ello no justificaba un cambio de comportamiento, pues entonces no se estaría en presencia de una acción encaminada al cobro de honorarios, sino ante una mezquina venganza, supuesto que debe ser descartado por que iría en perjuicio de la parte actora.

SE CONSIDERA:

En atención a que los cargos primero y segundo acusan violación de las mismas normas de derecho material y la prueba que ambos estiman mal apreciada es la pericial, la Sala los estudia conjuntamente.

Lo pericio (fs. 96 a 104).

Dedica el primer capítulo al estudio del sumario por los delitos de falsedad y estafa.

El perito hace una relación de lo actuado desde junio de 1.953, fecha en que se inició la investigación, hasta su conclusión a fines de 1.955, dando cuenta del contenido del expediente y de las gestiones cumplidas por el apoderado del procesado.

Expone a continuación: los sindicados son personas de relieve social; el doctor Vélez Montoya atendió el juicio con vigilancia, celo y tenacidad hasta obtener el sobreseimiento definitivo de sus defendidos.

Para avaluar los honorarios por la defensa de Cristóbal Sherman debe tenerse en cuenta, además de las razones expuestas, las siguientes: la cuantía del pagaré tachado de falso en el proceso penal ($85.000,00); la del reclamo por perjuicios que la denunciante de Sherman formuló al constituirse en parte civil en la causa criminal ($600.000,00); y la posición social y económica de las partes en esa causa. Con base en tales fundamentos estimó los honorarios del apoderado demandante en la suma de $20.000,00.

El segundo capítulo del dictamen se concreta al estudio de la labor cumplida por el actor en el juicio penal contra Sherman por el delito de homicidio.

Anota que la intervención del apoderado comenzó después de la indagatoria y de la expedición del auto que decretó la libertad incondicional del sindicado; que actuó en la reconstrucción de los hechos materia de la investigación, presentó dos memoriales y no alegó de fondo en el negocio. Por sus servicios en éste estimó que el valor de sus honorarios debía ser la suma de $2.000,00.

Observa el experto que para la estimación del trabajo del actor en los dos procesos, tuvo en cuenta lo que habitualmente acostumbran cobrar profesionales distinguidos en la plaza de Cali.

La motivación del fallo acerca de la cuantía de los honorarios del actor, es la siguiente:

a) PROCESO PENAL POR FALSEDAD Y ESTAFA

No fue objetado el dictamen dentro del término legal. La suma en que el perito estimó los honorarios es suficiente y compensa la labor cumplida por el demandante, si se tiene en cuenta su interés en el fracaso de la acción penal para el buen éxito de la demanda ejecutiva y su parentesco de afinidad con el demandado, pues habría sido desdoroso para la familia, la prosperidad de aquélla. Por esas dos razones -dice la sentencia- debe preferirse la estimación pericial a la del Juzgado a quo.

b) PROCESO PENAL POR HOMICIDIO

El perito fijó en $2.000,oo los honorarios del apoderado y en $5.000,oo el fallo de primer grado, en lo cual tampoco estuvo de acuerdo la sentencia del ad-quem acogiendo la estimación del experto, por estas razones:

Fue poca la actividad profesional del apoderado, por que su defendido había obrado en legítima defensa de su vida; por ese motivo la sociedad exculpó al sindicado; éste habría obtenido el sobreseimiento definitivo aún sin apoderado; era tan fácil la defensa que cualquier profesional eminente habría cobrado por ella una suma ínfima; el doctor Hernando Valencia lo representó en la indagatoria en forma desinteresada. Pero como el actor alega que no tenía obligación de atender a Sherman por haber obrado en legítima defensa, le fija por su gestión la misma suma en que la estimó el perito.

Examina la Sala la acusación contra el fallo por mala apreciación del dictamen pericial.

La que presenta por la fijación de honorarios en el proceso penal por falsedad y estafa se basa en que la pericia no se halla debidamente fundada, porque sólo tuvo en cuenta la labor material del mandatario y no los factores predominantes en su gestión profesional.

Para la Corte no es atendible el reparo, porque el perito sí tomó en consideración la gestión cumplida por el apoderado en sus aspectos esenciales, en el fondo iguales a los que el cargo indica, a saber: el tiempo empleado en la atención del juicio, el celo y diligencia con que ejerció el mandato, la faz económica del litigio, el éxito de la defensa y lo que por servicios profesionales de la misma clase acostumbran cobrar en el lugar del juicio profesionales distinguidos, dando a entender que incluye entre ellos al demandante.

No es aceptable el argumento de que la sentencia no puede aducir razones distintas de las contenidas en el dictamen. Si así fuera, se llegaría a la conclusión de que todas las operaciones lógicas del fallador se reducirían a repetir las razones del perito, o, a lo sumo, a prohijarlas sin observaciones. Considera la Sala que el análisis de la prueba por el fallador le impone el deber de exponer los motivos del juicio que le merezca, sea para robustecer el concepto del perito, o para apartarse de sus conclusiones. En esta actividad puede acudir a otros medios probatorios relacionados con el hecho que se pretenda acreditar en el juicio, medio adecuado para la formación de su criterio y el más aconsejable para la valoración de las pruebas, a valerse de todos los elementos que, según las circunstancias del

caso, estime pertinentes. Todo ello entra en la sana crítica, no sometida a restricciones distintas de las impuestas por la lógica.

En cuanto a las razones que para aceptar el dictamen expone la sentencia, observa la Sala:

Las partes están de acuerdo en que el acreedor Sherman pagaría al Dr. Vélez Montoya por el cobro ejecutivo el 15o/o de su importe, esto es, el mismo porcentaje estipulado entre el titular del crédito y el deudor. Ahora bien: objeto de la investigación penal fue la falsedad del documento aducido como título de recaudo en el proceso de ejecución. Luego no podía serle indiferente al apoderado del ejecutante el éxito de la acción penal, ya que su consecuencia habría sido el fracaso de la acción ejecutiva y la pérdida de sus honorarios por el cobro del crédito. Aduce la sentencia esa consideración para estimar suficiente el valor asignado por el perito a la labor desarrollada por el actor en el proceso penal. El argumento es razonable a juicio de la Sala y, por tanto, no puede señalarse como desacuerdo en la apreciación de la prueba.

Acepta la sentencia la tesis de la parte demandante, según la cual, al encargarse del juicio ejecutivo no asumió la obligación de atender a Sherman en el proceso penal, y por haberla aceptado condenó al demandado al pago de los honorarios causados en el segundo juicio. Luego no puede afirmarse, como lo sostiene el cargo, que no la tuvo en cuenta.

La sentencia acoge la prueba testimonial a que el cargo se refiere, y por haberla aceptado llegó a la conclusión de que el actor tenía derecho al reconocimiento y pago de honorarios en el juicio penal, con independencia de los recibidos por su gestión en el proceso ejecutivo. No sobra advertir que sobre el punto los testigos no están informando a la justicia sobre la ocurrencia de hechos, ámbito propio de la prueba testimonial, sino emitiendo conceptos sobre una cuestión jurídica, aspecto que no es de su incumbencia. Aun prescindiendo de esa falla, no resulta exacto que el fallo hubiera pasado por alto la prueba en mención.

Con referencia a la otra base de la decisión impugnada -las relaciones de parentesco entre los litigantes- la Sala no encuentra aceptable el reparo del acusador, porque lo que al respecto dice aquélla no tiene por objeto exonerar al demandado del pago de los honorarios reclamados, sino el de moderar su cuantía. Que el parentesco, aunque sea de afinidad, es una razón para que el abogado dispense un tratamiento especial en cuanto a honorarios, sobre todo si se trata de la defensa de su pariente en proceso penal, no puede calificarse de desacierto. Ese comportamiento es corriente en las relaciones humanas y se inspira, principalmente, en elevados sentimientos cristianos.

En cuanto a la fijación de honorarios por la atención de la causa penal por homicidio, la Sala examina los reparos del acusador contra la sentencia y al efecto, considera:

Dice la inspección ocular que fue escasa la actividad desarrollada por el apoderado en el juicio, lo cual es cierto según consta en la respectiva diligencia. De aquélla no se sigue que solo hubiera fijado su atención en la labor material del mandatario.

Es cierto que la ley exige la defensa letrada obligatoria en todo proceso, salvo excepciones, por lo que debe estimarse equivocada la apreciación contraria

del sentenciador; pero el error no tuvo incidencia en la resolución de derecho, porque no niega la condena al pago de la obligación reclamada, como se anotó anteriormente.

La sentencia no hace mérito de la declaración del Dr. Hernando Valencia para sostener -como lo afirma el cargo- que el actor ha debido defender gratuitamente al demandado, ya que reconoce su derecho a los honorarios. Que los hubiera decretado en cuantía inferior a la fijada por el Juzgado a quo, no lleva a la conclusión de que por ello se equivocó en la estimación de la prueba.

Da a entender el Tribunal que era un hecho notorio la aprobación por la sociedad del lugar en que el demandado cometió el hecho delictuoso, por haber actuado en legítima defensa. En doctrina el hecho de la naturaleza expresada no requiere prueba, por la circunstancia de que puede ser observado por los habitantes del territorio en que se produce, y, de consiguiente, por el Juez. Pero aún rechazando la tesis enunciada, ya se ha visto que el fallador no desconoce el derecho objeto del pleito, se limita a estimar el quantum con base en el trabajo realmente ejecutado por el apoderado.

No sostiene la sentencia que por razón del parentesco de afinidad entre las partes, no se causó el derecho a los honorarios exigidos por el actor, como lo asevera el recurrente, porque se ha dicho y repetido que aquélla los decreta en la cuantía que estimó pertinente, de acuerdo con la conclusión a que llegó el dictamen pericial. El fallo habla de nexos familiares entre los litigantes, lo cual es cierto, no de unión entre los componentes del grupo familiar, de manera que la alegación del acusador tendiente a demostrar la desavenencia entre los integrantes del grupo, de que dan cuenta las piezas del proceso que cita, no resulta conducente. Por lo demás, la desunión, que surgió con posterioridad a la promoción del presente juicio, no desvirtúa el concepto del fallador, esto es, el parentesco de afinidad entre actor y demandado.

La observación de que la defensa en el pleito era fácil lo acredita la circunstancia de que en la primera fase de la investigación penal, el funcionario instructor decretó la libertad incondicional del sindicado. Sobrevino después el sobreseimiento definitivo contenido en resolución del Juez del conocimiento, confirmada por el superior. Da cuenta de esos hechos la inspección ocular; de ellos es razonable deducir que fué fácil la defensa del sindicado en la causa criminal. Luego no puede sostenerse, como lo hace el cargo, que el fallador dió por demostrado un hecho sin comprobación en el proceso.

No sobran además, estas consideraciones:

A la sentencia del Tribunal opone la acusación la de primer grado, para deducir de la confrontación que la decisión justa es la del Juez. De tal circunstancia no se puede inferir error de hecho en la sentencia del ad quem, porque si el fallador de primera instancia obró con libertad para apartarse del dictamen, la misma facultad utilizó el de segunda para acogerlo. De otro lado, es principio muy conocido el de que la Corte, en sede de casación, juzga la sentencia del Tribunal, no la de su inmediato inferior.

Alega el cargo que el ad quem no desvirtuó los fundamentos que para descalificar el dictamen adujo la sentencia de primera instancia. Al respecto se observa que al Juez de apelación no le impone la ley ese deber. Conoce del proceso ex novo, en toda su extensión, con independencia de las operaciones lógicas realizadas por

el inferior. Basta que manifieste su inconformidad con la decisión de éste y su motivación y exponga las razones, que a su juicio, estime pertinentes.

Se destaca en la doctrina jurisprudencial que cita el recurrente, como lo anota el opositor, el principio de que el Juez es libre en la estimación de la prueba pericial cualquiera que sea el tipo de proceso en que se produzca, y, en consecuencia puede aceptar el dictamen si lo encuentra debidamente fundado, o rechazarlo, en caso contrario. De las dos soluciones, la sentencia escogió la primera, esto es, estimó que la pericia, en cuanto a sus fundamentos, llenaba las exigencias del art. 721 del C.J., expresando las razones de la determinación. Luego, frente al principio mencionado, no cabe alegar error de hecho en la estimación de la prueba, sea que el Tribunal acepte el dictamen por encontrar razonables sus conclusiones, o que lo rechace porque no reúna tal requisito.

La Sala está de acuerdo con el recurrente en que, aunque el dictamen se produzca conforme al rito procesal que le es propio, no es obligatorio para el fallador, ya que tiene facultad para rechazarlo, si fuere el caso, pero no es, ni puede ser indiferente para el litigante inconforme con sus conclusiones, abstenerse de utilizar los medios que la ley le brinda, ya para pedir aclaraciones o explicaciones, o su ampliación, ora para objetarlo, como lo autorizan los arts. 719 y 720 del C.J. El acusador ataca el dictamen en cuanto a la estimación que hace de los honorarios del actor en los dos juicios penales, que ha debido avaluar en las cantidades que fija el fallo de primer grado, y censura la sentencia por haberlo acogido. Conforme a ese criterio, lo procedente habría sido la objeción contra la pericia por error grave, que es el sentido de la acusación. Los reparos que por tal motivo formula el cargo no son aceptables en esta fase del proceso, como lo observa el opositor, por razones bien conocidas.

Tercer Cargo.

C).- Honorarios por la atención del juicio civil ordinario sobre indemnización de perjuicios.

Acusa el fallo recurrido de haber violado, por falta de aplicación, los arts. 2142, 2143, 2144, 2149, 2150, 2156, 2184-30., 2189 y 2190 y pertinentes del C. C., y el art. 8o. de la ley 153 de 1.887, como consecuencia de evidentes errores de hecho.

En sustentación del cargo, la acusación dice que por convenio entre las partes, consignado en carta de 19 de septiembre de 1.955, aceptado por el Tribunal, aquéllas estipularon como honorarios del apoderado por la atención del juicio, el 40% del valor de la condena que a título de perjuicios se impusiera a la parte demandada, y concluye el fallador que por haber renunciado el Dr. Vélez Montoya el poder que le otorgó Sherman, incumplió sus obligaciones y, de consiguiente, no tiene derecho a los honorarios pactados. Por tal motivo revocó el fallo de primer grado en el aparte en que condena al demandado al pago de la obligación, o sea, el 40% de la suma en que se efectuó la transacción. Afirma el cargo que, al proceder en tal forma, la sentencia incurrió en errores de hecho manifiestos, por haber apreciado mal unas pruebas y no haber estimado otras. De ellas hace la siguiente relación:

1) La carta contrato de 19 de septiembre de 1.955, suscrita en Cali por los litigantes (fs. 24 y 129), reconocida por el demandado en posiciones (fs. 122 a 124).

2) La confesión espontánea de Sherman (fs. 51, 52 y 56), contenida en la respuesta a los hechos 16 y 17 de la demanda inicial, en cuanto acepta que le otorgó poder al demandante para promover la demanda ordinaria sobre pago de perjuicios contra la sucesión de Eliseo Mejía.

3) La copia de la demanda ordinaria promotora del juicio civil sobre reconocimiento y pago de perjuicios (fs. 29 a 50).

4) La inspección ocular (fs. 86 a 88).

5) El poder conferido por el demandado al doctor Vélez Montoya el 19 de septiembre de 1.955 (f. 121 bis), reconocido por el poderdante en posiciones (f. 123 bis).

6) La carta de 6 de noviembre de 1.956, dirigida por el actor al demandado (fs. 74 y 126 a 127), por la cual le comunica que ha renunciado el poder que le otorgó para representarlo en el juicio ordinario.

7) La confesión de Sherman que aparece en la respuesta a los hechos 19 y 20 de la demanda inicial, en la cual reconoce que el juicio civil ordinario terminó por transacción, recibiendo en virtud de ella el demandante Sherman la suma de $35.000,oo (f. 52 v.).

8) La demanda de 9 de marzo de 1.957, por la cual el actor promovió contra Sherman el presente juicio (fs. 1 a 13)

9) El dictamen pericial (f. 103).

Afirma el acusador que el Tribunal apreció mal las pruebas de los puntos 1 a 6 y dejó de estimar las de los puntos 7 a 9. Expone a continuación:

La sentencia no hace mención de la carta de 6 de noviembre de 1.956 (prueba del numeral 6) sobre renuncia del poder, en cuanto a la razón que la motivó, o sea, que por tener que demandar a Sherman para el cobro de honorarios, no podía ser al mismo tiempo su demandante y apoderado. Se inspiró, pues, la renuncia en una consideración de ética profesional, por lo cual resulta justificada. Sin embargo, por mala apreciación de la prueba, el Tribunal consideró la renuncia inmotivada, viendo en ella una violación del contrato de mandato por parte del apoderado.

También estimó con desacierto la sentencia la carta contrato de 19 de septiembre de 1.955 (prueba del numeral 1), pues ni siquiera hizo mención de éstas estipulaciones, contenidas en el documento: la que reconoce al mandatario el 40o/o del valor de la condena que obtuviera en el juicio ordinario, o como consecuencia de una transacción después de presentada la demanda; y la que expresa que, en caso de revocatoria del poder, tendría derecho al indicado porcentaje.

Dice el recurrente que de la prueba del numeral 2 aparece que Vélez recibió poder de Sherman para promover el juicio ordinario, en ejercicio del cual presentó la correspondiente demanda el 25 de octubre de 1.955. Que la prueba del numeral 7 demuestra que el juicio en referencia terminó por transacción en abril de 1.957, esto es, después de presentada la demanda, y que en virtud de ese acto jurídico, Sherman recibió de los demandados la suma de $35.000,oo. Por consiguiente, tiene derecho el apoderado al 40o/o del valor de la transacción, de acuerdo con las estipulaciones del convenio.

La sentencia reconoce que Sherman le revocó el poder al demandante, por lo cual por este otro aspecto aparece el derecho a los honorarios, como se deduce del convenio entre los litigantes.

También aparece de las pruebas de los numerales 3, 4, 5 y 9, que la transacción se efectuó sobre el trabajo realizado por el Dr. Vélez Montoya, pues el nuevo apoderado Dr. Valero Asnar desarrolló poca actuación en el juicio, como lo reconoce el dictamen pericial. Por tanto, al dejar de apreciar la sentencia estas pruebas, incurrió en evidente error de hecho, que a su turno la condujo a violar el art. 8º, de la ley 153 de 1.887, sobre enriquecimiento injusto, ya que Sherman se benefició con el trabajo del actor e hizo gastos en el juicio que no le fueron reembolsados. Advierte la acusación que, con base en la citada norma legal, se puede acusar en casación la infracción de un principio general de derecho, como el relativo al enriquecimiento sin justa causa.

Concluye el cargo diciendo que, infirmado el fallo impugnado, debe la Corte, en instancia, acoger el de primer grado en cuanto condenó al demandado a pagar al actor la suma de $14.000,00 concepto de honorarios profesionales, previamente convenidos por los litigantes.

El opositor demandado sostiene que no incurrió la sentencia en los errores de hecho que el cargo le imputa, y, para refutarlo, expone:

La parte demandada no ha desconocido el hecho de que mediante la carta de 19 de septiembre de 1.955, quedó formalizado el contrato que en ella consta, sino la conducta del demandante después de haber presentado la demanda, como apoderado de Sherman, sobre pago de perjuicios, o sea, la renuncia de poder, de que dá cuenta la comunicación de 6 de noviembre de 1.956.

Así planteada la cuestión debatida, observa el opositor:

Se desprende de la carta-contrato, que el mandatario quedaba obligado no sólo a ejercer el mandato sino a sufragar los gastos del juicio. Los honorarios se pactaron cuota litis, condicionados al evento de que se llegara a un resultado favorable o a una transacción con intervención del apoderado. Solo en el caso de que por decisión del mandante se revocara el poder se causarían los honorarios convenidos en la hipótesis de una transacción ulterior.

Según lo expuesto, lo que se desprende de autos es que quien puso fin al contrato fue el mandatario, viéndose obligado el mandante a designar nuevo apoderado, de manera que el evento del derecho a los honorarios en caso de transacción, no se produjo. Por lo demás, si alguna duda sobre la interpretación del contrato pudiera presentarse, la desvirtuó el demandante en la carta de renuncia del poder, pues allí dijo que nada quedaba pendiente entre las partes, salvo lo relacionado con los honorarios derivados de una gestión distinta.

No puede hablarse de enriquecimiento sin causa, porque se trata de un contrato resuelto por voluntad de una de las partes. Existente el convenio sobre prestación de servicios, los contratantes tenían que sujetarse a sus estipulaciones, por lo que, si una de ellas, alegando incumplimiento de la contraparte en otro contrato, rehusó seguir cumpliendo sus obligaciones, produciéndose después la transacción, sin ingerencia del primitivo apoderado, no hay duda de que desaparecía la causa para justificar el porcentaje sobre el importe de la transacción.

Con relación a las demás pruebas de que habla el cargo, dice el opositor:

La existencia del poder conferido por Sherman al Dr. Vélez Montoya para promover el juicio ordinario, su reconocimiento por el poderdante, la demanda que en ejercicio del poder presentó el apoderado y la conclusión del juicio por transacción, hechos acreditados en el proceso con las pruebas que el cargo relaciona en los numerales 2, 3, 5 y 7, tendientes a demostrar el convenio sobre prestación de servicios profesionales, son extremos que carecen de significación, porque han sido aceptados por el demandado, pues lo que se discute es si el abandono del mandato por el apoderado mediante renuncia, le dá derecho a los honorarios que reclama, y ya se ha visto que sobre el valor de la transacción no le asiste ese derecho.

En relación con la copia de la demanda promotora del presente juicio, dice el opositor que lo único que demuestra es que cuando el apoderado alegó como razón, en la carta de noviembre de 1.956, la de haber tenido que iniciar ese juicio para el cobro de honorarios, tal hecho no había ocurrido, pues la demanda fue presentada con posterioridad a la renuncia del poder, de manera que la doble posición, contraría a la ética profesional, de que habla dicha carta, no es extremo demostrado en el proceso.

En cuanto a la inspección ocular, dice el opositor, no mejora la posición del actor, pues no ha negado el demandado el contrato sobre prestación de servicios ni el hecho de que el apoderado comenzó a ejecutarlo.

En lo concerniente al dictamen pericial, arguye la oposición que el perito se limitó a expresar su opinión de que en caso de honorarios, podían estimarse en $8.750,00, sin hacer mérito de consideraciones de orden legal sobre la forma como habían sido pactados.

SE CONSIDERA:

El tercer cargo se refiere a la petición de la demanda inicial sobre reconocimiento y pago de honorarios, derivados de los servicios prestados por el actor al demandado en el pleito que sobre indemnización de perjuicios promovió en representación suya contra Elvia Mejía de Tobón y la sucesión de Eliseo Mejía ante el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Cali.

Acerca de este punto dice el Tribunal que los honorarios fueron pactados por los litigantes según consta en la carta contrato de 19 de septiembre de 1.955. Transcribe algunas de sus estipulaciones, y luego agrega:

El poder que para tal juicio recibió el doctor Vélez Montoya del demandado Sherman, fue renunciado por aquél como aparece de la carta del 6 de septiembre de 1.956, manifestándole al mandante en la comunicación que, en adelante, nada tendría que ver con el juicio y sus resultados. Por tal motivo, el 7 de noviembre del mismo año el demandado confirió poder especial al Dr. Valero Asnar en reemplazo del Dr. Vélez Montoya, y aunque éste dió cuenta al Juzgado de la renuncia el día 13 de octubre del año mencionado, no tenía ningún objeto, porque con anterioridad se la había dado a conocer a su mandante Sherman. Manifiesta el fallador que el acto ejecutado por el actor le puso término al poder conforme al art. 2189-4o. del C. C., por lo cual incumplió sus obligaciones, quedando eximido el mandante de satisfacer las de su cargo. Por tales razones revocó la

resolución condenatoria del juzgado a quo y, en su lugar, absolvió al demandado del pago de la prestación por concepto de honorarios.

Precisa examinar ahora si el Tribunal, en su actividad probatoria, incurrió en los errores de hecho que el cargo le imputa.

I.- PRUEBAS MAL APRECIADAS.

En vista de que la sentencia se basa especialmente en el pacto de honorarios por la atención del pleito ordinario sobre indemnización de perjuicios, y en la renuncia del poder que, después de iniciado, presentó el apoderado, debe examinarse primero estas pruebas.

a) Carta del 19 de septiembre de 1.955 (f. 24). Contiene el acuerdo sobre honorarios convenido por los litigantes. Según sus términos, el mandatario se obligó a iniciar y seguir el juicio a sus expensas, y el mandante, a reconocerle, por sus servicios, el 40% del valor de la condena o de la transacción si ella se acordaba después de presentada la demanda, o el 20% en el evento de un acuerdo extrajudicial antes de presentada dicha pieza. En el caso de transacción celebrada antes o después de presentado el libelo, el apoderado debía consultarla con el poderdante y obtener su consentimiento por escrito, no pudiendo Sherman transigir el pleito ni revocar el poder sin causa grave y justa, pues de lo contrario se causaría en favor del mandatario el derecho a los honorarios pactados.

b) Carta del 6 de noviembre de 1.956 (f. 74). En ella, su autor, doctor Vélez Montoya, le dice al destinatario Cristóbal Sherman, que en vista de que no ha sido posible un arreglo amigable sobre pago de sus honorarios por los servicios que le prestó como apoderado suyo en el juicio penal por falsedad, le hace saber que en la fecha de la comunicación lo ha demandado, para que la justicia del trabajo fije el valor de aquéllos. Y como moralmente no puede ser su demandante y a la vez su apoderado en ningún juicio, le informa que en el mismo día de la carta ha presentado renuncia del poder que le confirió para demandar en juicio ordinario indemnizatorio a Elvia Mejía de Tobón y la sucesión de Eliseo Mejía, que cursa en el Juzgado 4o. Civil del Circuito de Cali. Y es obvio que al separarse del juicio por tal razón, nada tendría que ver con él ni le importaría la forma en que se fallara, ni tendría por qué darle explicaciones o informes al abogado que se nombrara en su reemplazo. Expresa además que con el envío que le hace de copia de una escritura pública, nada quedaba pendiente entre ellos, fuera del valor de sus honorarios "en el juicio penal antes mencionado".

La Sala observa: denegó la sentencia el derecho a los honorarios por haber considerado que la renuncia del apoderado, después de promovido el juicio, violaba sus obligaciones, eximiendo al mandante del pago de la remuneración. Opina lo contrario el recurrente, porque la renuncia tuvo por causa la incompatibilidad que alega el mandatario, ya que habiendo resuelto exigir judicialmente del poderdante el pago de sus honorarios por la defensa que de él hizo en el juicio penal, no podía a la vez llevar su representación en el proceso civil. Para la Sala no es aceptable el argumento del acusador. En efecto no es hecho demostrado el fundamento que a la renuncia atribuye el recurrente. Lo que de autos resulta es lo siguiente: que según carta del 6 de noviembre de 1.956, el actor hizo saber a Sherman su renuncia del poder; y que la demanda promotora del pre-

sente juicio la presentó el apoderado el 9 de marzo de 1.957 (f. 13 v. del cuaderno principal). Como se ve, demuestran las dos pruebas que la iniciación del juicio para el reconocimiento y pago de honorarios, fue posterior a la renuncia del mandato, de manera que cuando ésta se produjo, no existía el motivo de incompatibilidad de que hace mérito el impugnador, como lo anota el alegato de réplica. Por lo demás, se presta la carta de renuncia para entender que el actor sólo consideraba como deuda pendiente a cargo de Sherman, la proveniente de los servicios que le prestó en el proceso penal por falsedad y estafa. Aunque se estime que la declaración no entraña abandono del derecho a la remuneración por las gestiones en el juicio civil, de su apreciación por el Tribunal no puede deducirse error de hecho evidente. Lo propio hay que decir en cuanto a la valoración que hace el fallador del pacto de honorarios.

Se deduce de la motivación de la sentencia que para ella son hechos demostrados los siguientes: el otorgamiento del poder por el demandado al actor para iniciar y seguir el juicio civil sobre indemnización de perjuicios y la iniciación de ese juicio con la demanda presentada por el apoderado. Luego si demuestran esos hechos las pruebas de los numerales 2, 3 y 5, según la relación del cargo, no puede sostenerse que el Tribunal las haya apreciado con desacierto. Acredita la inspección ocular que el demandante promovió el juicio civil de que se trata, esto es, los mismos hechos que demuestran los medios probatorios ya citados, por lo cual cabe hacer la misma observación antes expuesta.

II.- PRUEBAS NO ESTIMADAS.

Las relaciona el cargo bajo los numerales 7, 8 y 9. Demuestran las pruebas lo que el cargo afirma, a saber; la terminación del juicio civil por transacción, a virtud de la cual Sherman recibió de los demandados la suma de $35.000,oo, la promoción del presente juicio laboral y la estimación pericial de los honorarios causados en favor del actor por sus gestiones en el proceso civil.

De ellas no hace mérito la sentencia. La Sala observa que, desde el punto de vista en que el fallo se coloca, no tenía por qué ocuparse de los hechos a que se refieren los citados medios probatorios. En efecto, si en concepto del fallador, la renuncia del mandato, antes de celebrada la transacción, eximía al mandante del pago de los honorarios, a nada habría conducido el examen del indicado acto jurídico como el de las demás pruebas que cita el cargo. Es oportuno observar aquí que el mandato para el juicio civil terminó por renuncia del apoderado, no por revocatoria del poderdante, como lo afirma la acusación, pues la designación que éste hizo de nuevo procurador tuvo por causa dicha renuncia.

En cuanto al dictamen pericial, la misión del experto se limitaba a estimar el valor de los honorarios del apoderado por su labor en el juicio, pero si según la tesis de la sentencia no era el caso de reconocerlos, sobraba toda consideración acerca de esa prueba.

En cuanto a la violación del art. 8º. de la ley 153 de 1.887, fundada en la circunstancia de que el mandante se enriqueció injustamente a expensas del mandatario, se observa que el precepto opera cuando no haya ley aplicable al caso controvertido, y no es esa la situación que ofrece el asunto litigioso, porque las pretensiones del actor se fundan en el contrato de mandato que celebró con el demandado, y, de manera concreta, en lo previsto por el art. 2184, numeral 3º., del

C.C., a vista del cual es obligación del mandante pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual. De esas dos formas, en autos obra la prueba de que las partes escogieron la primera, como se ha visto en pasos anteriores de esta providencia. También es obligación del poderdante reembolsarle al apoderado los gastos razonables por la ejecución del encargo, contemplada en el numeral 2º. de la citada norma. Es claro que ese precepto, de índole supletoria, rige salvo pacto en contrario, y según los términos del contrato de mandato, el procurador judicial se obligó a satisfacerlos por su cuenta. No viene, pues, al caso, según lo expuesto, la citada previsión de la ley 153.

A propósito de este aspecto de la acusación, debe la Sala rectificar, por vía de doctrina, la tesis del Tribunal, según éste, la renuncia del poder por el mandatario, causal de extinción del mandato a vista de lo preceptuado por el art. 2189-4o. del C. C, exime al poderdante de la obligación que le impone el art. 2184, numeral 3o. ibidem, esto es, la de pagarle la correspondiente remuneración. A juicio de la Corte esa doctrina, con la universalidad que le asigna el fallador, no es acertada, y no lo es por estas razones:

Según el art. 2193 del C. C., la renuncia del poder extingue las obligaciones del mandatario, a menos que la haga sin sujeción a lo prescrito en ese ordenamiento, pues si así ocurre, está obligado a responder al mandante de los perjuicios a que haya lugar. Ningún otro efecto asigna el cánon legal a la renuncia, de manera que el que de él predica la sentencia conduce a su erróneo entendimiento.

Se debe agregar a lo expuesto, que el Código en cita (art. 2187) contempla, expresamente, la ejecución parcial del mandato cuando por su naturaleza ha debido cumplirse en su totalidad. En esa hipótesis no cesan las obligaciones del mandante, pues si lo hecho por el mándatario redunda en beneficio de aquél, responde hasta el límite de ese provecho. Por tanto, si por virtud de la renuncia el apoderado ejecutó parcialmente el mandato, aun aceptando que por su índole requería su cumplimiento total, no por ello quedaba el mandante liberado de satisfacer la remuneración proporcionalmente al trabajo realizado. La situación de hecho que presenta el asunto litigioso es aún mas clara, pues aun admitiendo que el apoderado asumió la obligación de atender el juicio hasta su conclusión por sentencia, por obra de la transacción prevista por las partes, antes o después de presentada la demanda, el encargo podía ejecutarse parcialmente, evento en que se causaban honorarios, según los términos del respectivo convenio. La tesis del Tribunal conduce también a un agravio de la disposición legal en cita, como consecuencia del inferido a la que se ha examinado relativa a la expiración del mandato por renuncia del apoderado. Según lo expuesto, no siendo discutible la cuestión de hecho, pues está demostrada la existencia del mandato, su ejecución parcial con provecho del mandante y la renuncia del poder, extremos admitidos por las partes y el fallador, la legalidad del fallo no podía examinarse sino a través del estudio de las normas en su contenido, como cuestión jurídica, y no simplemente de orden fáctico.

Como consecuencia de las anteriores consideraciones, se desecha la acusación.

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 Cali.

Sin costas en el recurso.

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

Adán Arriaga Andrade. - Luis Fernando Paredes. - Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. PRINCIPIOS REFERENTES A LA PRUEBA. DEFICIENCIA PROBATORIA EN EL CASO DE AUTOS.

También en materia laboral rige la regla de que al actor incumbe la carga de la prueba. Las anotaciones privadas no hacen fe a favor de quien las extiende o firma.

Carece de todo valor probatorio el libro de cuentas del demandante. Se trata del registro de anotaciones privadas, realizadas por éste, las cuales, conforme a lo prescrito en el artículo 1763 del Código Civil, sólo hacen fe contra el que las ha escrito o firmado, esto es, de una prueba creada por el interesado en el pleito.

El principio de la libre estimación de los medios probatorios, dominante en el proceso laboral, no es eficaz para sostener, con base en él, que lo que se analiza tenga algún mérito, porque en los juicios laborales rige también la regla de que el actor incumbe la carga de la prueba, consagrado en el artículo 1757 del Código citado, y, además, la de que en ellos son admisibles los mismos medios de prueba establecidos en la ley (artículo 51 del CPL), de manera que si las anotaciones privadas no hacen fe a favor de quien las extiende o firma, no es posible atribuírselo en ningún proceso.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario laboral promovido por Víctor Manuel López contra la sociedad denominada "Casa Forero Limitada".

ANTECEDENTES.

Dicen, en resumen, los hechos fundamentales de la demanda: Víctor M. López prestó servicios personales a la Casa Forero en labores relacionadas con la confección de abrigos, mediante contrato verbal de trabajo que aquél desarrolló en su domicilio y con elementos suministrados por la empresa; devengó un salario por unidad de obra, que osciló entre $35,oo y $57,oo cada una; en el último año de servicios la remuneración alcanzó a la suma de $718.10 mensuales; entre la empresa y el Sindicato de Obreros Sastres de Bogotá se celebró en 1.959

una convención colectiva de trabajo, la cual reconoció un aumento de salarios a los trabajadores, habiéndose fijado en $42,oo el valor de la confección de un abrigo o sobretodo, que el patrono rebajó a $35,oo durante parte del tiempo de vigencia del contrato; la empresa sólo pagó al empleado por descansos dominicales la suma de $100,oo; en 1.960 la Casa Forero sustituyó el contrato de trabajo por uno de obra, pagando por cada pieza la cantidad de $80,oo, incluyendo en ella el precio de los materiales, y según liquidaciones efectuadas por el patrono y que le hizo firmar al empleado, imputó también en la indicada cifra el valor de los descansos dominicales; el contrato se inició el 11 de abril de 1.956 y terminó, por voluntad unilateral de la empresa, el 8 de mayo de 1.960; al expirar el vínculo no le había pagado el patrono al actor la totalidad de los salarios devengados y las primas de servicio, habiéndole cancelado sólo en parte la remuneración por trabajo en días domingos; la Casa Forero retiró al empleado del Seguro Social encontrándose enfermo, por lo cual tuvo que sufragar por su cuenta consultas médicas y drogas.

Con base en los hechos expuestos el demandante, por medio de apoderado, formuló estas peticiones: la de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a domicilio, y como consecuencia de tal declaración, que se condene a la Casa Forero a pagarle lo siguiente: salarios insolutos, auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio; remuneración por descanso en domingos y demás días festivos, lucro cesante por ruptura ilegal del contrato, indemnización moratoria, pago de servicios médicos, hospitalarios y drogas, y por último, las costas del juicio.

En derecho se acoje el actor a los arts. 89, 57, 47, 64, 65 y demás normas concordantes del Código del Trabajo.

En la respuesta a la demanda, el apoderado de la sociedad se opone a que se hagan las declaraciones y condenas que solicita, negando los hechos en que se funda. Alega en defensa de la empresa que López no fue trabajador sino contratista independiente, manifestando que rechazaba los recibos de que habla la demanda. Afirma que ésta es inepta porque la sociedad, constituida por escritura No. 2045 de 1.955, de la Notaría Quinta de Bogotá, señaló como término de duración el de 5 años, que ya está vencido, y como causal de disolución, la incapacidad absoluta de uno de los socios, hecho que tuvo ocurrencia por interdicción judicial de uno de ellos, el señor Manuel Forero. Propuso además varias excepciones perentorias, entre otras, las de inexistencia de la obligación y prescripción.

Constituida la relación procesal en los términos expuestos, el juicio siguió su curso conforme al trámite legal y concluyó por sentencia dictada por el Juzgado Tercero del Trabajo de Bogotá, la cual decidió la litis en forma adversa al demandante, con costas a su cargo.

El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, resolvió por sentencia el recurso de apelación interpuesto por la parte vencida contra la providencia del inferior, confirmándola en su totalidad, sin costas.

Interpuso el demandante contra la sentencia del Tribunal el recurso de casación, que le fue concedido. Fué admitido aquí por la Sala y como se halla debidamente preparado, se procede a su examen y resolución.

LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira a que la Corte infirme el fallo del Tribunal y, en decisión de instancia, acoja las súplicas de la demanda inicial. Fija así el alcance de la impugnación.

Aunque no la menciona, se apoya en la primera causal de casación, y con fundamento en ella formula dos cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación de los arts. 249, 186, 306, 57, 47, 64, 89, 172, 176, 177 y 85 del CST., de modo indirecto, a causa de error de hecho, proveniente de la falta de apreciación de unas pruebas.

Como pruebas inapreciadas por la sentencia el cargo enumera las siguientes:

El libro de cuentas del demandante, en el cual aparecen anotadas las obras que realizó y su valor; el documento del folio 71 (representa la tarjeta de servicio del demandante, expedida por los Seguros Sociales); el dictamen de la medicina del trabajo (F. 23), en el cual se afirma que a esa dependencia envió el Seguro la historia clínica de Víctor M. López; las cartas enviadas por el actor a la empresa sobre reclamo de sus prestaciones (fs. 58 y 59), y que sirven para efectos de la prescripción; el acta de la división de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo (fs. 55), en la cual consta que López es trabajador de la Casa Forero; la convención colectiva de trabajo (f. 48); los documentos de folios 51 y siguientes.

El recurrente sostiene que el libro de cuentas fue aducido como prueba por el actor, decretada antes de la expedición de la sentencia impugnada, el cual demuestra el tiempo servido y los salarios devengados; que los demás medios probatorios acreditan la existencia del contrato de trabajo; y que por no haber apreciado el fallador los elementos de juicio relacionados llegó a la conclusión de que el actor no demostró los extremos del contrato laboral, no obstante haber aceptado su existencia; que, según el fallo no se acreditó el tiempo de servicio, lo cual no es exacto porque sí lo demuestra el libro de cuentas del demandante. Concluye el cargo dando a entender que incurrió el fallo en error de hecho por no haber dado por establecido el contrato de trabajo y el tiempo de su vigencia, violando, en consecuencia, los preceptos legales antes citados.

Segundo cargo.

Violación indirecta de las mismas disposiciones legales enumeradas en el primer cargo, como consecuencia de error de hecho, a causa de mala apreciación de unas pruebas.

En sustentación del cargo, dice el recurrente:

En las posiciones absueltas en el juicio por el representante de la sociedad acepta que López confeccionó abrigos para ella, pero en calidad de contratista. Alega que el error de hecho consistió en no haber interpretado la prueba en su verdadero alcance, pues si admite que el actor le prestó servicios a la sociedad, de la afirmación resulta la existencia del contrato de trabajo, por lo cual la calificación de contratista constituye una excepción que la parte demandada ha debido probar. Afirma que otras preguntas del pliego de posiciones relativas al suministro de

elementos por la empresa al trabajador, las acepta el absolvente, y a pesar de que demuestran el contrato laboral, la sentencia no les dió el valor probatorio que merecían. Agrega el recurrente que existe una mala interpretación de la prueba documental, "consistente en el libro de cuentas presentado, error de hecho que produjo la violación de la ley sustantiva antes indicada y que llevó al Tribunal a la absolución decretada al no interpretar la prueba evidente mencionada, por medio de la cual se demuestra la duración del contrato de trabajo y los salarios debengados durante su desarrollo".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. En cuanto a las acusaciones que formula el primer cargo, se observa:

No es exacto que el Tribunal hubiera dejado de estimar los documentos que relaciona el impugnante. En efecto, en uno de los pasos de la parte motiva de la decisión, después de anotar que, según el fallo del juzgado a quo, el demandante no adujo al juicio elementos probatorios para acreditar los hechos en que funda sus pretensiones, dice el fallador que esa situación no se modificó en el segundo grado, "no obstante los documentos agregados a los autos con posterioridad a la providencia de primera instancia, puesto que de tales documentales apenas si se podría deducir que existió una relación de trabajo entre demandante y demandado (V. documento sobre entrega de una máquina de coser) pero continúan como hechos no probados los que configuran los extremos del contrato laboral".

2. La consecuencia que a la inapreciación de la prueba señala el cargo es la de que demuestra el vínculo laboral, el salario y el tiempo de servicios, por lo cual la sentencia incurrió en error de hecho al negar la existencia de tales extremos. Examina la Sala los reparos para investigar si es cierto lo que ellos aseveran.

3. Carece de todo valor probatorio el libro de cuentas del demandante. Se trata del registro de anotaciones privadas, realizadas por éste, las cuales, conforme a lo prescrito en el art. 1763 del C. C., sólo hacen fé contra el que las ha escrito o firmado, esto es, de una prueba creada por el interesado en el pleito.

El principio de la libre estimación de los medios probatorios, dominante en el proceso laboral, no es eficaz para obtener, con base en él, que la que se analiza tenga algún mérito, porque en los juicios laborales rige también la regla de que al actor incumbe la carga de la prueba, consagrado en el art. 1757 del código citado, y, además, la de que en ellos son admisibles los mismos medios de prueba establecidos en la ley (art. 51 del CPL.), de manera que si las anotaciones privadas no hacen fe en favor de quien las extiende o firma, no es posible atribuírselo en ningún proceso.

4. Los documentos corrientes a folios 51 a 54, 57 a 63 y 65 a 67, emanan del actor y por lo mismo ningún hecho demuestran a su favor, pues no fueron admitidos por la parte contraria. El comprobante del folio 64 es un certificado expedido por un particular, que no es medio de prueba sancionado por la ley. La tarjeta del Seguro Social, extendida en favor del actor, no indica que hubiera sido afiliado a la Institución por la empresa. Ninguna vinculación existe entre la tarjeta y el dictamen de la Medicina Industrial (f. 23) en el cual se afirma que tuvo a la vista la historia clínica de López, enviada a esa oficina por el Seguro Social, porque no consta en la tarjeta que su afiliación al Seguro hubiera

rido obra de la empresa o que ésta hubiera tenido alguna ingerencia en la inscripción. En el reclamo formulado por el actor ante la División de Asuntos Industriales del Ministerio del Trabajo (fs. 55 y 56) no acepta el representante de la compañía que López hubiera sido su trabajador, pues en el acta correspondiente afirma que "es contratista independiente y tiene varios obreros a su servicio". La convención colectiva de trabajo celebrada entre la empresa y el Sindicato de Obreros Sastres de Bogotá (fs. 48 y 49), no hace mención de ningún trabajador, ni en ella tuvo participación alguna el demandante. El certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá (fs. 68 a 71) demuestra la constitución, existencia y representación de la Casa Forero Limitada, con la cual se trabó la litis, pero nada más.

5. Se basa la sentencia en el comprobante del folio 64, el cual dá cuenta de la devolución que el actor hace a la sociedad de una máquina de coser que de ella recibió en consignación, para decir que demuestra la relación de trabajo entre las partes, único hecho que halla acreditado en el proceso. El concepto de que el resto de la prueba documental analizada, incorporada al juicio sin contradicción, pues fue presentada después de la expedición del fallo de primer grado, no demuestra el tiempo servido, ha quedado en pié. No lo han desvirtuado ninguno de los comprobantes citados por el recurrente. Por consiguiente, se desecha el primer cargo.

6. Acusa el segundo cargo mala estimación de la confesión provocada del representante de la sociedad y del libro de cuentas del demandante. En lo que al libro concierne, la Sala se remite a lo expuesto en el examen del primer cargo. Con referencia a la confesión, observa:

El absolvente, en la respuesta a la pregunta cuarta del pliego de posiciones, expresa que el demandante Lopez fué contratista independiente. La misma declaración hace en la contestación a otras preguntas. En la respuesta a la pregunta tercera admite el hecho de que la sociedad le suministraba al actor el paño para la confección de los abrigos.

No hace mérito el Tribunal de la prueba en referencia, de manera que el reparo de haber incurrido en error de hecho por haberla estimado con desacierto, es inatendible. Aun dejando de lado este defecto formal de la demanda de casación y admitiendo que a la sociedad correspondía demostrar la circunstancia de que la situación jurídica de López no fue la de contratista independiente sino la de trabajador subordinado, el error no tendría ninguna consecuencia, pues permanecería inalterable otra base de la decisión recurrida, esto es, la de haber quedado sin demostración el tiempo servido, indispensable para determinar el valor de las obligaciones reclamadas en el juicio. Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

A mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, 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.

Adán Arriago Andrade. - Luis Fernando Paredes. - Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez - Vicente Majfo Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO Y MUERTE DEL TRABAJADOR. NO SE DEMOSTRO LA CULPA DEL PATRONO. PRUEBA PERICIAL. PRUEBA TESTIMONIAL. CONFESION.

1. Conforme a las doctrinas que informan el derecho de casación, no basta para quebrar el fallo acusado desquiciar uno de sus soportes si los demás no han sido destruídos. 2- Cuando se trata de cuestiones de complejidad técnica, la prueba pertinente es la pericial. 3- La misión del testigo es la de narrar los hechos que ha percibido personalmente; la función del perito es la de conceptuar sobre esos hechos.

1- Dos son las razones que sustentan la decisión impugnada, a saber: en autos no hay prueba que acredite el hecho constitutivo de la culpa patronal en el accidente de trabajo; y la prueba adecuada para su demostración era la pericial, que no fue aportada al juicio por los demandantes. De los dos fundamentos el acusador ataca el primero, guardando silencio sobre el segundo. Es claro que si éste es básico de la decisión, sobra toda consideración acerca del primero, ya que, conforme a las doctrinas que informan el derecho de casación, no basta para quebrar el fallo del *ad quem* desquiciar uno de sus soportes, si los demás no han sido destruídos.

2- Determinar cual de los dos procedimientos era el más aconsejable envuelve una cuestión de carácter técnico, para lo cual se requieren conocimientos especializados de índole profesional. Ahora bien: de acuerdo con el artículo 705 del Código Judicial, aplicable al proceso laboral, para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos. Según la jurisprudencia, cuando se trata de cuestiones de complejidad técnica, la prueba pertinente es la pericial. De los dos procedimientos para la ejecución de la obra no habría podido decidirse el juzgador por cualquiera de ellos, porque sus conocimientos se limitan a la ciencia del derecho, no a disciplinas extrañas a su especialidad. "Al juzgador -ha dicho la Corte en Sala de Casación Civil- no le es dado proceder sobre la base de suposiciones, máxime en lo tocante a delicadas cuestiones científicas a que por sus estudios es completamente ajeno" (Gaceta Judicial, XLVI; 639). Se sigue de lo expuesto que fue acertado el juicio del sentenciador al expresar que para demostrar el hecho determinante de la culpa, la prueba conducente era la pericial.

3- No es el caso de examinar la prueba testimonial. Se ha visto que para el establecimiento del hecho determinante del accidente, el medio probatorio adecuado es el pericial. La misión del testigo es la de narrar los hechos que ha percibido personalmente; la función del perito es la de conceptuar sobre esos hechos. Como lo expresa con acierto Carneluiti, "el testigo representa lo que ha conocido con independencia de todo encargo del

juez, mientras el perito conoce por encargo de éste" (Sistema de Derecho Procesal Civil, I.553 ss.).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. catorce de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

ANTECEDENTES:

José Enrique o Jorge Enrique Osorio Guzmán y otros trabajadores, fueron contratados por la sociedad anónima domiciliada en Bogotá, denominada "Cementos Portland Diamante" para una ampliación de la carretera que de Ibagué conduce a Payandé, en un sector de montaña rocosa con altura aproximada de cincuenta metros. El ingeniero de la obra, Francisco P. Moreno, empleado de la sociedad, ordenó que la ampliación se hiciera "en sombra" desde una altura de siete metros sobre el nivel de la vía, para lo cual le suministró a los operarios dinamita para quemar la roca, manifestándoles que no corrían ningún peligro, y además que, procediendo en tal forma, la empresa obtendría una apreciable economía en la ejecución de los trabajos. A los nueve días de iniciadas las labores, cayó sobre los operarios un alud de montaña que les ocasionó la muerte instantánea, hecho ocurrido el 23 de septiembre de 1.957, por culpa de la empresa. Si los ingenieros Jorge Alhumada y su ayudante Francisco de P. Moreno hubieran hecho cálculos previos sobre la resistencia de la montaña u ordenan la ampliación desde su parte más alta, prescindiendo del mayor costo de la obra, no se habría producido la catástrofe, como lo anota el periódico La Tribuna de Ibagué en su edición del 24 de septiembre de 1.957. Por los nueve días de trabajo, la empresa le pagó a la viuda de Osorio la suma de $135,oo, o sea un salario de $15,oo al día; también le entregó a ella y a su hija Fabiola, la cantidad de $3.796,oo, por seguro de vida, pero para liquidarlo tomó como base salarial la de $5.27 y no la de $15,oo diarios, que era la pertinente. Osorio Guzmán trabajó al servicio de "Frederick Snare Corporation" de marzo de 1.955 a febrero de 1.957 como capataz en la Hidroeléctrica de Lagunela, y devengó una remuneración de $14,oo, diarios, antecedente que sirve para deducir que tenía derecho a percibir en la empresa demandada una asignación de $15,oo, al día. De manera distinta procedió el patrono al cancelar el seguro de vida por muerte de otro de los trabajadores de la obra, señor Luis Eduardo Vidales, pues le reconoció a los beneficiarios la suma de $8.760,oo, esto es, tuvo en cuenta un salario de $ 12.15 al día. Según lo expuesto, el valor del seguro por la muerte de Osorio Guzmán era de $10.800,oo, de manera que la empresa le debe a sus sucesores el saldo, que alcanza a la cantidad de $7.004,oo. Los únicos interesados en el seguro de vida del nombrado trabajador son su esposa legítima María Elena Vidarte viuda de Osorio, de 30 años de edad, y Fabiola Osorio, hija del matrimonio, de tres años y cuatro meses de edad. Osorio Guzmán dedicaba la mayor parte de su salario al sostenimiento de su esposa e hija, por lo que con su muerte han sufrido graves perjuicios materiales y morales. Según cálculos de la Superintendencia Bancaria la supervivencia de Osorio Guzmán habría sido de 32,8 años, de modo que los perjuicios materiales, previo descuento del 20% para sus gastos, valen $63.232,oo. La cuantía de los perjuicios morales es superior a $10.000,oo.

En los términos anteriores relata la demanda los fundamentos de hecho,

LA LITIS

Con base en tales hechos María Elena Vidarte viuda de Osorio y su menor hija Fabiola Osorio Vidarte, representada por aquélla, promovieron por medio de apoderado, juicio ordinario laboral contra "Cementos Portland Diamante S. A.", para que por sentencia se declare que el accidente sufrido por José o Jorge Enrique Osorio Guzmán el 23 de septiembre de 1.957 en la ampliación de la carretera de Ibagué a Payandé, a causa del cual aquél perdió la vida, ocurrió por culpa de la sociedad. Solicitan como consecuencia de tal declaración que se condene al patrono a pagarlo los perjuicios materiales y morales que se acrediten en el juicio o en proceso separado, deduciendo del valor de la condena la suma de $3.796,oo que de él recibieron por seguro de vida. Solicitan en subsidio la declaración de que la empresa les debe, por seguro de vida, el que corresponda con base en un sueldo mensual de $450,oo o el que se demuestre en el juicio, distinto del de $156.16 que para liquidar la prestación tuvo en cuenta el patrono.

En derecho las pretensiones se fundan en los arts. 204, 216 y concordantes del CST. y 2341 del C. C.

La respuesta a la demanda niega los hechos en que se apoya en cuanto afirman que el accidente ocurrió por culpa de la empresa y a que el salario convenido por las partes hubiera sido el de $15,oo diarios. Acepta que los demandantes son las únicas beneficiarias del seguro de vida por muerte de Osorio Guzmán y el pago que a ellas les hizo la empresa por tal concepto. No le dió su asentimiento a los demás. En cuanto a las peticiones, se opuso a su prosperiad.

LOS FALLOS DE INSTANCIA

El de primera, proferido por el Juzgado 7o. del Trabajo de Bogotá, sólo estudió la petición subsidiaria, pero absolvió a la compañía de todos los cargos, condenando en costas a la parte actora.

El de segunda, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, por el cual decidió el recurso de apelación interpuesto por el litigante vencido, confirmó la resolución del Juzgado a quo, e impuso las costas al recurrente.

Contra la providencia del Tribunal hizo valer el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Según el alcance de la impugnación, pretende el acusador que se infirme el fallo de segundo grado y, en su lugar, que la Corte condene a la sociedad de acuerdo con las peticiones de la demanda inicial, aun en abstracto sino puede hacerlo en concreto, o, en subsidio, que la condene al pago de la indemnización por el accidente sufrido por el trabajador, con base en sueldo de $450,oo mensuales.

Invoca la causal primera de casación y fundado en ella formula un sólo cargo. Acusa éste de violación, por aplicación indebida, de los arts. 1o., 18, 55, 56, 57, 64, 204 y 216 del CST. y 63 del C. C.

Se produjo la infracción a causa de evidentes errores de hecho en la apreciación de unas pruebas y por inestimación de otras.

Como pruebas mal apreciadas cita las declaraciones de José Luis Torres (fs. 46, 20 y 21), Pablo E. García (fs. 47, 23 y 25) y Francisco de P. Moreno (fs. 70 a 73). Y como pruebas no estimadas la confesión provocada del gerente de la sociedad (fs. 87 y 88).

Consistieron los errores de hecho en que la sentencia no dió por demostrado, estándolo, la culpa del patrono en la producción del accidente. Otros errores de hecho, según el cargo, fueron éstos: no haber condenado al patrono al pago de los perjuicios reclamados como consecuencia de la culpa en que incurrió; haber rechazado el dicho de los testigos porque no conceptuaron sobre las causas del accidente; imputar a los declarantes afirmaciones que no hicieron o que hicieron de modo diferente.

Sostiene el recurrente, en demostración del cargo, que el fallo no estimó la confesión contenida en la respuesta a la pregunta quinta del cuadro de posiciones que para su absolución fué sometido al gerente de la compañía. En ella afirma su representante que existía otro procedimiento para la obra de ampliación de la carretera, que, aunque más costoso, no habría puesto en peligro la vida de los trabajadores, por lo cual el insuceso ocurrió por imprevisión de la sociedad o sus agentes.

Acredita también la imprevisión de la empresa en la producción del accidente -afirma el acusador- la prueba testimonial, mal apreciada por el fallador.

Expone al efecto:

La declaración del ingeniero doctor Francisco de Paula Moreno contiene todos los elementos de juicio necesarios para acreditar la culpa de la sociedad. Dice el declarante que no había peligro al hacer la ampliación de la carretera en sombra, porque así lo había resuelto él y los demás ingenieros de la sociedad, a pesar de lo cual el derrumbe se produjo; que ni él ni los demás directores de la obra hicieron cálculos previos sobre la resistencia de la roca para el uso de la dinamita; y que la excavación de la roca se hizo sin ninguna técnica.

Los testimonios de Luis José Torres y Pablo E. García llevan a la misma conclusión. Los testigos, trabajadores de la obra, insinuaron que la ampliación se hiciera de arriba a abajo, que no se efectuara en sombra sino en talud positivo, observación que no fue atendida so pretexto de que realizada en tal forma la ampliación su costo era más alto.

Hace mérito el impugnador de otro hecho, sin indicar su origen, y es el de que la sombra existía en el lugar de los trabajos, hecha por ingenieros del departamento del Tolima tres años antes, y que su ampliación por la empresa la aumentó. No le fija ninguna consecuencia a ese antecedente.

No se puede afirmar entonces, dice el recurrente, que no haya en autos elementos de juicio para conocer la causa real e inmediata del accidente, como lo asevera el Tribunal, y si como éste lo anota, una excavación realizada en forma poco técnica, puede ser la causa principal del siniestro, y si en esas condiciones se ejecutó la obra, según las pruebas del juicio, no se comprende como el fallo llegó a conclusiones diferentes.

Para contutar el cargo, dice el opositor:

Tesis fundamental de la sentencia es la de que no hay en autos elementos de juicio que permitan conocer la causa real e inmediata del accidente que

ocasionó la muerte del trabajador Osorio Guzmán, de lo cual se deduce que analizó todas las pruebas allegadas al proceso. Y ocurre que el recurrente apenas señala unas pruebas como mal apreciadas, y en forma indeterminada afirma que el tribunal dejó de apreciar otras. Por tanto, por este aspecto el cargo resulta incompleto. De otro lado, todos sus esfuerzos se encaminan a demostrar que la decisión incurrió en evidente error de hecho, porque no halló demostradas con las pruebas que el cargo analiza, los errores de conducta de varios agentes de la sociedad, pero olvida que su deber era demostrar que el fallador, al analizar todas y cada una de las pruebas obrantes en autos, incurrió en error de hecho al no tener por acreditada la existencia de una causa real e inmediata del accidente, no obstante hallarse comprobada. Por consiguiente, quedó intacado el concepto del Tribunal ya enjuiciado, en el cual se funda su resolución. Por este otro aspecto, el cargo es incompleto. Otro defecto en el mismo sentido es el de que no tienen vinculación con el caso sub- judice las normas que cita como violadas, o podría tenerla únicamente los arts. 56 y 216 del CST. y 63 del C. C., complementadas por otras del último estatuto, relativas a los elementos de la culpa contractual o extracontractual.

Sobre el tema jurídico a que el cargo se contrae, dice la sentencia:

El derrumbe que en la ampliación de la carretera tuvo por resultado la muerte de Osorio Guzmán, atribuido a culpa del patrono, según afirmación de la demanda, no se produce por la acción directa e intencional de una persona, sino como consecuencia de un complejo de acciones. Una excavación efectuada en forma poco técnica puede ser su causa eficiente, pero aun realizado con todas las precauciones y de manera científica, puede producirse el hecho, debido a una especial consistencia del terreno o a su debilitación por agentes físicos, como la lluvia persistente. Por tanto, para determinar la culpa en la producción del accidente, es preciso conocer su causa inmediata, pues la culpa es la imprevisión de lo previsible o la confianza imprudente en no impedir la consecuencia prevista. No hay prueba en autos de que el derrumbe fue el hecho determinante del accidente. Las declaraciones de Luis José Torres y Pablo E. García, según las cuales el insuceso se produjo por el sistema empleado para la ejecución de la obra, son insuficientes, porque no indican su causa, ni afirman que hubiera acaecido por haberse realizado en la forma a que se refiere el ingeniero doctor Moreno. De la declaración que éste rindió en el juicio manifestó que optó por el sistema de la ampliación en sombra, porque es más económico y no ofrece ningún peligro; pero no dijo que el accidente se hubiera producido como consecuencia del procedimiento utilizado. Por vía de hipótesis lo atribuyó a una lluvia prolongada después de un verano constante. Dijo también el testigo que los ingenieros de la obra no habían hecho cálculos sobre la resistencia de la roca para el uso de la dinamita, porque en la práctica no se acostumbra. Anota el fallador que si tales apreciaciones revelan notoria ligereza de conceptos, no autorizan para deducir de ellas culpa de la empresa en la producción del insuceso, porque no determinan su causa verdadera e inmediata, y agregan que, para dilucidar el punto, la prueba idónea era la pericial, que en el juicio no se adujo, y, por último, que las allegadas al proceso, no acreditan la culpa que se imputa a la empresa.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La cuestión jurídica que plantea la demanda de casación, es la siguiente:

El accidente en que perdió la vida Jorge Enrique Osorio Guzmán, trabajador de la compañía demandada y causahabiente de la parte actora, ocurrió por culpa del patrono.

Son hechos aceptados en el juicio el accidente y su relación de causalidad con el daño producido; solo se ha discutido la culpa de la empresa en su realización. Tampoco se debate la carga de la prueba, que, conforme al art. 216 del C. S. T., incumbe a la parte demandante.

2. Sostiene la sentencia que los promotores del juicio no acreditaron la culpa de la empresa en el acaecimiento del accidente; en opinión del recurrente erró de hecho el Tribunal en esa apreciación, porque las pruebas del proceso que al cargo especifica llevan a la conclusión contraria.

Dos son las razones que sustentan la decisión impugnada, a saber: en autos no hay prueba que acredite el hecho constitutivo de la culpa; y la adecuada para su demostración era la pericial, que no fue aportada al juicio por los demandantes. De los dos fundamentos el acusador ataca el primero, guardando silencio sobre el segundo. Es claro que si éste es básico de la decisión, sobre toda consideración acerca del primero, ya que, conforme a las doctrinas que informan el derecho de casación, no basta para quebrar el fallo del ad quem desquiciar uno de sus soportes si los demás no han sido destruidos.

3. Siguiendo la orientación trazada, la Sala observa: Según la demanda inicial, el derrumbe de un barranco en el lugar de los trabajos fue la causa del accidente; no habría ocurrido éste si el deslizamiento no se produce, y, por tanto, ninguno de los trabajadores de la obra habría perecido.

La parte actora atribuye el derrumbe a la circunstancia de haberse empleado, para la ejecución de la obra, la ampliación de la carretera "en sombra", sistema no exento de peligros. Si en vez de ese procedimiento se hubiera cortado el barranco desde la cima, se habría evitado el accidente.

4. Determinar cuál de los dos procedimientos era el más aconsejable envuelve una cuestión de carácter técnico, para lo cual se requieren conocimientos especializados de índole profesional. Ahora bien: de acuerdo con el art. 705 del C.J., aplicable al proceso laboral, para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales intervienen peritos. Según la jurisprudencia, cuando se trata de cuestiones de complejidad técnica, la prueba pertinente es la pericial. De los dos procedimientos para la ejecución de la obra no habría podido el juzgador decidirse por cualquiera de ellos, porque sus conocimientos se limitan a la ciencia del derecho, no a disciplinas extrañas a su especialidad. "Al juzgador -ha dicho la Corte, en Sala de Casación Civil,- no le es dado proceder sobre la base de suposiciones, máxime en lo tocante a delicadas cuestiones científicas a que por sus estudios es completamente ajeno." (Sentencia de junio 30 1.948. XLVI, 639). Se sigue de lo expuesto que fue acertado el juicio del sentenciador al expresar que para demostrar el hecho determinante de la culpa, la prueba conducente era la pericial.

5. No valdría argüir en contrario, que no está a disposición de las partes la prueba pericial, porque corresponde a la iniciativa del Juez decretarla, conforme a lo dispuesto en el art. 51 del CPL. Si ello es así, nada le impide a las partes solicitar su práctica si la estiman conducente, en el caso de que el Juez la pase por alto. No puede perderse de vista que también es de aplicación al proce-

so laboral la doctrina del art. 593 del C.J., según la cual, "toda decisión judicial, en materia civil, se funda en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la existencia y verdad de unos y otros aparecen demostrados, de manera plena y completa según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el presente título y universalmente conocidos con el nombre de pruebas.

6. No es, pues, el caso de examinar la prueba testimonial, integrada por las declaraciones de Luis José Torres, Pablo E. García y Francisco de Paula Moreno. Se ha visto que para el establecimiento del hecho determinante del accidente, el medio probatorio adecuado es el pericial. La misión del testigo es la de narrar los hechos que ha percibido personalmente; la función del perito es la de conceptuar sobre esos hechos. Como lo expresa con acierto Carnelutti, "el testigo representa lo que ha conocido con independencia de todo encargo del juez, mientras el perito conoce por encargo de éste" (Sistema de Derecho Procesal Civil, I, ps. 553 y ss.). Por consiguiente, aun en el supuesto de que los testimonios aseveren que el derrumbe del barranco se debió al sistema empleado en la ejecución de la obra, la prueba no sería aceptable para deducir de ella la culpa patronal, por las razones que han quedado expuestas.

7. Queda por examinar únicamente la confesión provocada rendida en el juicio por el gerente de la sociedad, demostrativa de la culpa del patrono en la ocurrencia del insuceso, inestimada por el Tribunal, según lo afirma el acusador. Es obvio que si el demandado admite el hecho constitutivo de la culpa, la confesión prevalece sobre cualquier otro medio de prueba, por regla general.

Debe anotarse al respecto que no adolece el fallo de la falta que le opone el cargo, porque si bien no analiza en concreto la confesión, tuvo en cuenta todo el haz probatorio allegado al juicio, como lo dice en uno de los pasos de la motivación.

El recurrente afirma que en la respuesta a la pregunta quinta de las posiciones se halla la confesión del gerente de la compañía acerca de la causa inmediata del derrumbe que ocasionó el accidente. Dice la pregunta: "Es cierto, sí o no, y a Ud. le consta como gerente y como ingeniero muy notable que es, que si la ampliación de la carretera en el sitio en que sucedió el accidente se hubiera hecho comenzando desde la parte más alta de la montaña y llevando el corte hasta el nivel de la carretera, no se habría desprendido el inmenso alud que atrapó a los trabajadores, y, por lo mismo, éstos no habrían muerto?". Contestó el absolvente: "Si es cierto y aclaro: que si un corte se remueve del talud hacia abajo y cada pequeña porción de tierra se retira separadamente se disminuye la posibilidad de derrumbe, pero tal sistema por antieconómico no se practica porque haría imposible la realización de las obras de vía de comunicación." En la ampliación de la diligencia complementó el declarante la aclaración en el sentido de que, cuando usó la palabra "disminuye la posibilidad de derrumbe al emplear el sistema de adelantar los cortes de arriba hacia abajo, esa disminución no elimina la posibilidad de que los derrumbes siempre se produzcan por otras causas como agrietamiento del terreno, humedad dentro del mismo, etc. En el caso concreto del accidente ocurrido hasta donde yo he conocido los antecedentes con posterioridad al accidente mismo no encuentro que haya ningún hecho del cual pueda deducirse que el derrumbe fue motivado por el sistema de trabajo mismo".

La Sala observa: versa la confesión sobre hechos personales del absolvente o de que tenga conocimiento, conforme a la ley. Lo que se pregunta al re-

presentante de la compañía no es si el derrumbe que ocasionó el accidente se produjo por imprevisión o negligencia de sus agentes, sino cosa muy distinta, la de que si la ampliación de la carretera se hubiera hecho en determinada forma, no se habría producido el infortunio y, de consiguiente, la muerte de los operarios. Objeto de la pregunta no es propiamente un hecho, sino que el absolvente emita una opinión en su calidad de ingeniero sobre el resultado de una labor cuando para su ejecución se emplea determinado procedimiento. Con todo, admitiendo que la posición contiene un hecho, debe decirse que el absolvente admite la veracidad de su ocurrencia como simple posibilidad, agregando que aun realizado el trabajo en la forma que indica la pregunta, no se eliminan los derrumbes de manera forzosa, pues pueden provocarlos otras causas. Por tanto, confesión llana y simple de culpa del patrono en el acaecimiento del hecho dañoso, no se descubre en la declaración del absolvente. De otro lado, las aclaraciones de éste contienen hechos que guardan relación con el contenido de la pregunta, que ha debido desvirtuar la parte demandante, pues siendo de su incumbencia la carga de la prueba, no era del resorte de la compañía patronal suministrar lo concerniente a los hechos contenidos en las aclaraciones.

Por lo expuesto, se desecha el cargo.

El alcance que en subsidio fija el cargo a la impugnación, no lo trata el acusador en la demanda de casación, por lo cual no es el caso de hacer consideración alguna al respecto.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, 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.

Adán Arriaga Andrade. - Luis Fernando Paredes. - Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS INSOLUTOS Y PRESTACIONES SOCIALES. SALARIO EN DINERO Y SALARIO EN ESPECIE. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION

1. La violación directa de la ley y la violación indirecta. La acusación atinente a cuestiones puramente jurídicas debe intentarse por la vía directa. 2 Protección legal del salario. El salario en dinero y el salario en especie. La regla general que la legislación laboral establece, es que el salario debe pagarse en dinero efectivo. El salario en especie solo puede darse al trabajador en concepto de remuneración complementaria. La retribución en especie (alimentación, habitación y vestuario) no puede llegar a conformar o constituir la totalidad del salario.

1- Si fuese equivocado el criterio del fallador de tomar en consideración como elementos integrantes del salario no solo la remuneración en especie recibida por la trabajadora demandante, sino también lo que debía corresponderle como retribución en dinero, su enjuiciamiento en casación no sería pertinente a través de la vía indirecta y como consecuencia de un supuesto error de hecho en la apreciación probatoria, como se plantea en la acusación que se examina, pues, en este caso, el problema comprendería una cuestión eminentemente jurídica, como es, el determinar si a falta de estipulación expresa del salario que correspondía a la demandante y demostrado que existió una retribución en especie, podía o no darse aplicación simultánea a lo preceptuado por los artículos 129 y 144 del C. S. T., para fijarlo en su contenido y valorarlo. Colocada en ese campo la inconformidad contra la sentencia, la censura no cabe dentro de la modalidad de la ley que acusa el recurrente, sino por un motivo de casación distinto.

2- El Código Sustantivo del Trabajo establece un régimen de protección jurídica y económica de los salarios, que convierte a éstos en una categoría legal. La reglamentación pertinente a esta materia, regula cuestiones que se refieren a las modalidades, a formas de pago y a la cuantía, entre otras. El artículo 127 del mencionado estatuto, expresa que constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria sino todo lo que reciba el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Sugiere este precepto, que el salario puede integrarse con una sola o con varias remuneraciones o prestaciones, que pueden consistir en dinero, o en dinero y en especie (salario mixto), pero no únicamente en especie, pues, según lo establecido en el artículo 129 ibidem, es salario en especie la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministre al trabajador o a su familia, como *parte* de la retribución ordinaria del servicio. Claramente se advierte que este precepto no significa que los empresarios o patronos tengan la obligación de sustentar o alojar a sus trabajadores, pues dicha obligación sólo se impone por disposición especial

de la ley, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores de empresas de petróleos (artículos 315 y 316 del CST), o con los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales (artículo 334 ibidem), entre otros casos, o porque tal obligación surja de un pacto o de una convención colectiva. La retribución en especie, obedece, pues, a medidas de carácter accesorio y circunstancial y es complementaria de la remuneración o prestación básica que el trabajador debe recibir en metálico o, mejor dicho, del salario que se calcula y paga en dinero efectivo.

La regla general que la legislación laboral establece en relación con la manera de pagar el salario, es la que debe pagarse en dinero efectivo. El pago en especie sólo puede hacerse parcialmente, si las prestaciones en que consiste (alimentación, habitación o vestuario) son suministradas al trabajador o a su familia, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 129, 136, y 316 del CST. Este criterio legal tiene, además, una fundamentación doctrinaria, en cuanto toma en consideración la pluralidad de funciones que el salario realiza y la trascendencia de los fines que constituyen su esencia. Aceptar que la remuneración del trabajador pueda efectuarse mediante el pago total en especie, sería tanto como admitir que el salario solo tiene un carácter alimenticio y finalidades de orden puramente material, con menosprecio de otros fines de importancia indiscutible, como pueden ser los de subvenir a las necesidades normales del trabajador y su familia, en el orden moral y cultural, como acertadamente expresa el artículo 145 del C.S.T.

Por tanto, la recta interpretación de las normas legales que se dejan citadas respecto a su alcance y contenido, conduce a afirmar que el salario en especie permitido por la ley (alimentación, vestuario, alojamiento), solo puede darse al trabajador en concepto de remuneración complementaria, esto es, como parte de la retribución ordinaria del servicio, y sin que esa forma de pago pueda llegar a constituir o conformar la totalidad de su salario.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. diez y seis de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Mercedes Martínez de Hernández, por medio de apoderado, demandó a los esposos Abraham Apericio Romero y María de los Angeles Martínez de Romero, para que solidariamente fuesen condenados al pago de las siguientes cantidades o a las que se demuestren en el juicio: por concepto de cesantía, $2.115,00; por salarios en dinero, $14.085,00; por vacaciones causadas y no disfrutadas, $525,00; por primas de servicios, $1.620,00; por trabajo en dominicales y festivos, $2.315,00; por indemnización por ruptura ilegal del contrato, (lucro cesante) $540.00. Solicita que sean condenados a los "salarios caídos" hasta cuando las prestaciones sean satisfechas y a las costas del juicio.

Fundamenta las anteriores peticiones en los siguientes hechos:

Que la actora trabajó al servicio de los demandados como administradora del Hotel Gloria y de su sucursal, de propiedad de los mismos y que funciona en esta ciudad, desde el 1º. de julio de 1.948 hasta el 27 de abril de 1.956, fecha en que fué despedida en forma ilegal; que el contrato entre las partes fué verbal; que la demandante recibía órdenes de los demandados y periódicamente les entregaba

cuentas del producido de los establecimientos, teniendo la responsabilidad de la buena marcha de los mismos; que el salario convenido fué la suma de $150,00, en dinero, y la alimentación y la habitación para la actora y sus dos hijas, como salario en especie que estima en $120,00 mensuales; que no se le pagaron las prestaciones a que tiene derecho, causadas dentro de la vigencia del contrato de trabajo; que tampoco le fué pagado el salario convenido, pues recibió el salario en especie pero nó el salario en dinero; que le deben también las demás prestaciones e indemnizaciones originadas por la terminación del contrato.

Como fundamentos de derecho invocó la Ley 6a de 1.945 y demás Decretos que la adicionan y reglamentan; Decretos 70 y 71 de 1.950; los artículos 65, 47, 66, 132, 172, 173, 13, 14, 24, 27, 176, 177, 306 y concordantes del C. S.T. y Decreto 2158 de 1.948.

Al dar respuesta al libelo, el apoderado de los demandados negó los hechos; manifestó que entre las partes no hubo vinculación jurídica de contrato laboral y se opuso, consecuencialmente, a las peticiones de condena formuladas en la demanda. Propuso, además, las excepciones perentorias de: Carencia de acción, inexistencia de la obligación y prescripción, ésta última subsidiaria.

Por sentencia de 6 de mayo de 1.957 el Juzgado Quinto Laboral de Bogotá, que fué el del conocimiento, declaró probada la excepción de prescripción; declaró no probadas las demás excepciones propuestas y condenó a los demandados a pagar solidariamente a la demandante $2.339.18 por cesantía; $5.400.00 por salarios insolutos; $610.00 por vacaciones y $915.00 por primas de servicios; absolvió a los demandados de los demás cargos y los condenó a pagar el 60% de las costas.

Los apoderados de ambas partes interpusieron contra el anterior fallo el recurso de apelación, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá -Sala Laboral- decidió por sentencia de 7 de octubre de 1.957, por la cual modificó la de primer grado, en el sentido de declarar parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta y condenar a los demandados al pago de $4.815,00 por concepto de salarios insolutos, y $ 838,75 por primas de servicios. En lo demás la confirmó. No condenó en costas de la instancia.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación, que fué admitido y tramitado legalmente; habiéndose declarado desierto el de la parte demandante, pasa a decidirse el de la parte demandada que lo fundamentó oportunamente. Hubo escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION.

Lo expone textualmente, así.

"Al prosperar los cargos que adelante formularé, pretendo que la sentencia sea casada parcialmente, para que se libere a los demandados de la condena por salarios insolutos y se reduzca la correspondiente a vacaciones y prima de servicios y auxilio de cesantía".

Con base en la causal 1a. del artículo 87 del C. de P. L., formula tres cargos contra la sentencia del ad-quem, que la Sala estudiará en forma conjunta por cuanto en ello se invoca el mismo motivo de infracción de la ley y, en general, se señalan como violadas las mismas normas.

Primer Cargo

"La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 144 del C. S. del T. y por falta de aplicación el artículo 129, y, como consecuencia, viola también, por indebida aplicación, los artículos 186, 249, 253, 23, 127, y 306 del mismo Código y 7o. del Decreto 617 de 1.954.".

Dice que "estas violaciones se causaron en la comisión de un error evidente de hecho, consistente en que, aceptando el sentenciador de segunda instancia la conclusión del a-quo de que existía una expresa estipulación del salario en especie, admitió la fijación por un dictámen pericial de un salario en dinero inexistente, aceptando así la aplicación de la norma del artículo 144 del C. S. del T. que solo cabe cuando no hay salario de ninguna naturaleza expresamente estipulado". Agrega, que aparece plenamente demostrado que existió una retribución en especie, es decir un salario, pero nunca en dinero, por lo cual, entonces, lo que cabía no era fijar el salario, que ya las partes habían estipulado, sino evaluar esta retribución para que su valor se tuviera en cuenta en la liquidación de prestaciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 129 ordinal 2 del C. S. del T. Se dió por ello, al dictámen pericial de folio 39 y s. s., un valor probatorio que no tiene, ya que no podía tener otro que el de un avalúo de la remuneración en especie, violando así por aplicación indebida el artículo 144 del C. S. del T. y por dejarse de aplicar el artículo 129 de la misma obra. Arguye que como aparece demostrado, no está por demás recalcar que el salario en especie consistía en la alimentación y el alojamiento para la trabajadora y sus dos hijas. Finaliza el cargo diciendo que de no haberse incurrido por el fallador en los errores anotados, solo se habría aceptado la existencia de un salario en especie, con el valor señalado por el perito y no se habría producido la condena por presuntos salarios insolutos en dinero como parte de la remuneración, lo que lo llevó a violar, por el concepto indicado, las normas antes mencionadas.

Segundo Cargo

La sentencia acusada viola indirectamente, por aplicación indebida, el artículo 23 del C. S del T., en relación con el artículo 127, y, como consecuencia, viola también por aplicación indebida los artículos 186, 249, 253 y 306 del C. S. del T. y el artículo 7 del Decreto 617 de 1.954."

"Estas violaciones se ocasionaron en un error evidente de hecho consistente en aplicar a la condena por salarios y prestaciones en favor de la demandante, la retribución tanto del trabajo personal de la misma como la del trabajo de sus dos hijas." Agrega que dicho error se hizo posible por no haber tenido en cuenta el Tribunal la prueba constituida por la confesión en posiciones de la demandante y las declaraciones de los testigos Carlos Lara (folio 49), Manuel Pinzón (fol, 53) Santiago Cortés (fols. 61 y 62) María Antonia de Gonzalez (fo s. 63 y 62), según la cual la demandante era auxiliada en su trabajo por sus dos hijas. Dice que como resultado de ello, la remuneración en especie, que se establece con las pruebas citadas y su valor se determina por el peritaje, no puede acumularse para la retribución exclusiva del servicio personal de la demandante, ya que ello cambiaría la condición de trabajo personal por la de servicio colectivo.

Agrega que la remuneración, al tenor de los artículos 23 y 127 del C. S. T., es la retribución por el servicio personal del trabajador, de manera que debe

existir la correspondencia entre estos dos elementos del contrato de trabajo, ya que no puede alterarse el uno sin quebrantarse el otro.

Para finalizar el cargo dice que de no haber incurrido el ad quem en los errores y en las violaciones anotadas, el valor de las prestaciones a que se refiere la condena habría sido mucho menor.

Tercer Cargo.

Acusa la sentencia de violar indirectamente, por aplicación indebida, los artículos 23, 27, 57 ordinal 4o, 127, 186, 249, 253 y 306 del C. S. del T. y 7o. del Decreto 617 de 1.954. Manifiesta que la infracción de las normas citadas se ocasionó por el evidente error de hecho en que incurrió el ad-quem, al aceptar por probado, sin estarlo, que la actora sirvió a los demandados desde el 31 de julio de 1.948 hasta el 1o. de abril de 1956. Dice que el error fué posible, porque el Tribunal tomó como ciertas estas fechas, siendo que las únicas pruebas al respecto son las declaraciones de cuatro testigos, que no solo difieren sobre el punto, sino que nó precisan fechas de ingreso y de retiro de la demandante.

Que según las normas citadas, el salario debe corresponder al tiempo de servicio, y que para fijar la cuantía del auxilio de cesantía, de las vacaciones y primas de servicios es necesario precisar el tiempo trabajado y que en el proceso no se probó ese tiempo.

Por último, manifiesta que de no haber incurrido el ad-quem en tan evidente error de hecho en la apreciación probatoria con la consecuente violación de las normas citadas, los demandados habrían sido absueltos por falta de prueba del tiempo de servicios de la actora.

Se estudian los cargos:

Toda la argumentación del recurrente en el primer cargo, está dirigida a combatir la decisión del Tribunal en cuanto para producir las condenas tuvo en consideración, no solo el salario en especie recibido por la demandante, sino también el que le correspondía en dinero, cuya cuantía se determinó pericialmente. Afirma el impugnador que en el caso de autos se había convenido expresamente una retribución en especie, que constituye el salario, por lo cual éste ya no podía fijarse con aplicación del art. 144 del C. S. T., sino que únicamente debía avaluarse esa retribución en especie, conforme a lo dispuesto por el art. 129 numeral 2º. del mismo estatuto.

Sobre el punto, dijo el Tribunal:

"Como lo observa el a quo, de las pruebas que obran en el informativo y que consisten en posiciones absueltas por los demandados se establece la existencia de una relación contractual laboral. La circunstancia de que los esposos Abraham Romero y María de Romero hubieran manifestado al absolver las preguntas que se les formularon, que la demandante no celebró con ellos contrato alguno, sino que les ayudaba en la administración de los hoteles, de propiedad de los mismos, contribuye a demostrar la realización del servicio personal. El hecho de que según dicen no hubieran convenido un salario en dinero con la señora de Hernández no desnaturaliza el contrato porque lo evidente es que afirman que la demandante tenía derecho a alimentación y alojamiento para ella y sus dos hijas, esto es, salario en especie". Más adelante, dice: "Y si a esto se agrega la estima-

ción pericial que del salario en dinero y en especie hizo el perito, designado por el juzgado, se llega a la conclusión de que debe condenarse a los demandados a pagar los salarios y prestaciones causadas desde el 31 de julio de 1.948 -fecha cierta- hasta el 1º. de abril de 1.956 lapso este que aparece establecido con las varias declaraciones traídas a los autos".

La Sala observa: La posición asumida en el juicio por los demandados, como bien lo anota el Tribunal, se caracteriza por negar rotundamente la existencia de un contrato de trabajo con la demandante. Y si para ellos ese contrato no existió, resulta contradictoria y sin fundamento la afirmación del recurrente en casación, de que entre las partes se hubiese pactado expresamente un salario. Precisamente, ante esa posición de negativa, el ad quem se vió precisado a determinar previamente, si en el caso sub-judice se configuraba o nó la existencia del contrato invocado, y con apoyo en el material probatorio aducido al juicio, dedujo su existencia, contra lo sostenido por los demandados tanto al contestar la demanda como en el curso del juicio. Definido este punto fundamental, pues de él derivan los derechos e indemnizaciones reclamadas, el sentenciador examinó y apreció acertadamente el material probatorio, para fijar y determinar el salario que debía tomarse en cuenta al liquidar el monto de las prestaciones que correspondían a la demandante. En el proceso se demostró suficientemente, con la prueba testimonial y la confesión hecha por los demandados al absolver las posiciones que se les formularon, el hecho de que la demandante recibía de éstos la alimentación y habitación para ella y sus dos hijas. El Tribunal vió en esos suministros nó un acto de mera liberalidad de los demandados, como éstos pretenden y alegan, sino el de retribuir los servicios de la trabajadora con un salario en especie que, como tal, no puede constituir la totalidad sino parte del mismo salario. No habiéndose pactado expresamente el salario, pero establecido que éste comprendía parte en especie, el juzgado por auto proferido en la audiencia de trámite verificada con fecha 24 de octubre de 1.956 (fl. 33 del cuaderno principal), dispuso se fijara mediante prueba pericial la remuneración en dinero y se estimara la retribución recibida en especie, dando así cumplimiento a los arts. 129 y 144 del C. S. T., que no son incompatibles entre sí y pueden recibir aplicación separada o conjuntamente, si el caso así lo exige. El dictámen pericial que obra de folios 39 a 41, fijó el salario total que correspondía a la demandante, en la cantidad de $305,oo mensuales, en la forma siguiente: $150,oo el salario en dinero y $155,oo el salario en especie, consistente en la alimentación y alojamiento para la demandante y sus dos hijas

Pretende el recurrente que el sentenciador únicamente debió tener en cuenta la retribución en especie recibida por la demandante, como constitutiva de su salario total, por lo cual, considera que apreció erróneamente la prueba pericial al aceptar y estimar, también, la valoración del salario en dinero. La Sala no encuentra configurado el supuesto error de hecho que predica el cargo. El Tribunal acogió el dictámen del perito que fija en $305,oo mensuales el salario total de la demandante y al apreciar esta prueba, no vió ni dedujo de ella un salario distinto, en su cuantía o en sus formas de pago, el que en dicho dictámen se establece. Apreció esa prueba en su contenido real, sin variaciones ni modificaciones. De esta suerte, no puede afirmarse como lo hace el recurrente, que su apreciación fué viciada por error de hecho.

Por lo demás, si fuese equivocado el criterio del fallador de tomar en consideración como elementos integrantes del salario no sólo la remuneración en especie recibida por la demandante, sino también lo que debía

correspondería como retribución en dinero, su enjuiciamiento en casación no sería pertinente a través de la vía indirecta y como consecuencia de un supuesto error de hecho en la apreciación probatoria, como se plantea en la acusación que se examina, pues, en este caso, el problema comprendería una cuestión eminentemente jurídica, como es, el determinar si a falta de estipulación expresa del salario que correspondía a la demandante y demostrado que existió una retribución en especie, podía o nó darse aplicación simultánea lo preceptuado por los artículos 129 y 144 del C.S.T., para fijarlo en su contenido y valorarlo. Colocada en ese campo la inconformidad contra la sentencia, la censura no cabe dentro de la modalidad de la ley que acusa el recurrente, sino por un motivo de casación distinto. Expresado lo anterior, la Sala estima oportuno y conveniente hacer las siguientes consideraciones en torno a los argumentos del impugnador, respecto a su afirmación de que la sola retribución en especie recibida por la demandante, constituye su salario total, cuyo valor, señalado por el perito, era la base para liquidar las posibles prestaciones solicitadas en la demanda.

El Código Sustantivo del Trabajo establece un régimen de protección jurídica y económica de los salarios, que convierte a éstos en una categoría legal. La reglamentación pertinente a esta materia, regula cuestiones que se refieren a las modalidades, a formas de pago y a la cuantía, entre otras. El art. 127 del mencionado estatuto, expresa que constituye salario no solo la remuneración fija u ordinaria sino todo lo que reciba el trabajador en dinero o en especie y que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte. Sugiere este precepto, que el salario puede integrarse con una sola o con varias remuneraciones o prestaciones, que puedan consistir en dinero, o en dinero y en especie (salario mixto), pero no únicamente en especie, pues, según lo establecido por el art. 129 ibidem, es salario en especie la alimentación, habitación o vestuario que el patrono suministra al trabajador o a su familia, como PARTE de la retribución ordinaria del servicio. Claramente se advierte que este precepto no significa que los empresarios o patronos tengan la obligación de sustentar o alojar sus trabajadores, pues, dicha obligación solo se impone por disposición especial de la ley, como ocurre, por ejemplo, con los trabajadores de empresas de petróleos (arts. 315 y 316 del C.S.T.), o con los de empresas agrícolas, ganaderas o forestales, según el art. 334 ibidem, entre otros casos, o porque tal obligación surja de un pacto o de una convención colectiva. La retribución en especie obedece, pues, a medidas de carácter accesorio y circunstancial y es complementaria de la remuneración o prestación básica que el trabajador debe recibir en metálico o, mejor dicho, del salario que se calcula y paga en dinero efectivo.

La regla general que la legislación laboral establece en relación con la manera de pagar el salario, es la de que debe pagarse en dinero efectivo. El pago en especie solo puede hacerse parcialmente, si las prestaciones en que consiste (alimentación, habitación o vestuario) son suministradas al trabajador o a su familia, según se desprende de lo dispuesto en los art. 129, 136 y 316 del C.S.T. Este criterio legal tiene, además, una fundamentación doctrinaria, en cuanto toma en consideración la pluralidad de funciones que el salario realiza y la trascendencia de los fines que constituyen su esencia. Aceptar que la remuneración del trabajador pueda efectuarse mediante el pago total en especie, sería tanto como admitir que el salario solo tiene un carácter alimenticio y finalidades de orden puramente material, con menosprecio de otros fines de importancia indiscutible, como pueden ser los de subvenir a las necesidades normales del trabajador y su

familia, en el orden moral y cultural, como acertadamente expresa el art. 145 del C.S.T.

Por tanto, la recta interpretación de las normas legales que se dejan citadas respecto a su alcance y contenido, conduce a afirmar que el salario en especie permitido por la ley (alimentación, vestuario, alojamiento), solo puede darse al trabajador en concepto de remuneración complementaria, esto es, como parte de la retribución ordinaria del servicio, y sin que esa forma de pago pueda llegar a constituir o conformar la totalidad de su salario.

Por lo expuesto, no resulta demostrado el error de hecho que se enuncia, ni la consiguiente violación de las normas que el acusador estima infringidas. El cargo no prospera.

En el segundo cargo, se acusa la sentencia de violar las normas legales que en él se citan, a consecuencia del supuesto error de hecho consistente en que el Tribunal, al producir las condenas en favor de la demandante, tuvo en cuenta y aplicó no solo la retribución correspondiente al trabajo personal de la misma, sino también la remuneración correspondiente al trabajo de sus dos hijas.

La afirmación del impugnador no es exacta, ni las pruebas que relaciona demuestran que las dos hijas de la trabajadora devengasen sueldo, ni el monto de esas supuestas asignaciones. Si algunas de las pruebas citadas habían de que las hijas de la demandante "colaboraban" con ella para la mejor marcha del Hotel que administraba, tal circunstancia no incide en el problema que se discute, ni demuestra el error que en el cargo se atribuye al sentenciador. Para liquidar el monto de las prestaciones reconocidas a la demandante, el Tribunal tomó en consideración el dictámen pericial que obra de folios 39 a 41 del cuaderno principal. Esta prueba fija y determina únicamente el salario que corresponde a la trabajadora, en dinero y en especie. Cosa distinta es que la parte del salario pagada en especie estuviese integrada, en el caso de autos, por el alojamiento y alimentación no solo para la trabajadora sino también para sus dos hijas, porque esta modalidad la permite la ley y debe tomarse "como parte de la retribución ordinaria del servicio" de la trabajadora y nó de quienes puedan beneficiarse con su salario. (art. 129 del C.S.T.) No se configura el error de hecho, ni resulta, en consecuencia, la violación de las normas que se consideran infringidas.

El cargo no prospera.

El tercer cargo también acusa la sentencia por error de hecho. Lo hace consistir en que el sentenciador da por demostrados los extremos de la duración del contrato de trabajo, tomando como ciertas, sin serlo, las fechas del 31 de julio de 1.948 para la iniciación y la del 1º de abril de 1.956 para su terminación.

La Sala observa: El Tribunal dedujo el tiempo de servicios prestados por la demandante, con apoyo en toda la prueba testimonial aportada por las partes al juicio, y no únicamente de las declaraciones que cita el recurrente, lo que por sí solo sería suficiente para hacer inestimable la acusación. No obstante lo anterior, las declaraciones rendidas por Carlos Lara, Alicia R. de Ramírez, Manuel Pinzón, María Antonia González, Delfina Salamanca, apreciadas en conjunto por el Tribunal, permiten establecer, sin lugar a dudas, que el tiempo de servicios prestados por la demandante como administradora del Hotel Gloria de esta ciudad, se desarrolló, por lo menos, durante el período comprendido entre el 31 de julio de 1.948 y el 1º. de abril de 1.956, como acertadamente se expresa en los fallos

de instancia. No aparece demostrado el error de hecho que indica el recurrente, al menos con las características de evidente o manifiesto, que exige la ley, para que pueda desquiciarse la sentencia. El cargo no prospera.

Con apoyo 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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Cópiese, Notifíquese, Insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Adán Arriaga Andrade.- Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes A.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. ACUSACION SOBRE VIOLACION DE LAS FORMAS PROPIAS DEL JUICIO. CONTRATO DE TRABAJO. PRUEBAS. SANCION MORATORIA TECNICA DE CASACION.

1- El error de hecho o de derecho como modalidades de la infracción indirecta de la ley. 2- La vía indirecta es la indicada para acusar el quebranto del artículo 26 de la Carta. 3- Para que pueda darse el quebranto del artículo 26 de la Constitución, en cuanto exige que el juzgamiento se haga con observancia de las formas propias de cada juicio, se requiere que en éste se agoten los medios que la ley brinde para la corrección de los errores en que pueda incurrir el juez en su actividad instructora. 4- No está obligado el fallador, en la estimación del testimonio, a aceptarlo o rechazarlo en su integridad. 5- Requisito legal en casación es el de que se demuestre el error de hecho que se alega haberse cometido a través del ámbito probatorio. 6- La existencia del contrato de trabajo no depende de las anotaciones que el patrono haga en sus libros, sino del hecho real sobre prestación personal del servicio por el empleado. 7- Violación directa y violación indirecta, referida especialmente al artículo 143 del CST. 8- Importancia de que se señalen por el acusador en forma completa las normas violadas. 9- La exención de la sanción moratoria en atención a la buena fe patronal cuando se reúnen determinadas condiciones. Defectos técnicos de la demanda de casación.

1- El error de hecho o de derecho son modalidades de infracción indirecta de la ley, entrañan por consiguiente a su quebranto directo.

2- Se deduce del desarrollo del cargo que el acusador pretende demostrar la violación indirecta de la ley, para lo cual toma como infracción medio el art. 32 del Código de Procedimiento Laboral, para llegar así al desconocimiento del precepto de la Constitución, o sea el art. 26. La forma indicada es la pertinente, ya que para llegar al quebranto del art. 26 de la Ley Suprema es necesario la previa transgresión de los preceptos procesales erróneamente adoptados, o los adecuados que dejaron de aplicarse. Es esa la doctrina de la Corte, Sala de Casación Civil (Gaceta Judicial XCI, 831), de recibo en la casación laboral.

3- En relación con excepciones perentorias, el demandado tiene dos oportunidades para proponerlas, así: en la respuesta a la demanda y en la primera audiencia de trámite (arts. 31 y 32 del Código de Procedimiento Laboral). En cuanto a la petición de pruebas, la ley regula la actividad de las partes en esta forma: el actor debe relacionar en la demanda las que quiere hacer valer en el juicio, y el demandado, en la respuesta a dicha pieza (arts. 25 y 31 del mismo Código). Mantiene así, el legislador el principio de igualdad entre las partes o del equilibrio procesal. No la

altero lo dispuesto por el art. 32, porque si faculta al demandado para proponer toda clase de excepciones en la primera audiencia de trámite y presentar en el acto medios probatorios, si es el caso, le concede al actor el derecho de aducir los que tiendan a contrarrestarlo. Se deduce de lo anterior que fué equivocada la resolución del Tribunal a que el cargo se refiere, pero debe anotarse que era impugnable, a pesar de lo cual el demandado no utilizó recurso alguno, conformándose con lo resuelto en ello. Para que pueda darse el quebranto del art. 26 de la Carta, en cuanto exige que el juzgamiento se haga con observancia de las formas propias de cada juicio, se requiere que en éste se agoten los medios que la ley brinda para la corrección de los errores en que pueda incurrir el juez en su actividad in procedendo, y ya se ha visto que así no ocurrió en el caso de autos. Sin el lleno de tal requisito el vicio no es denunciable en casación. Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

4- No está obligado el fallador, en la estimación del testimonio, a aceptarlo o rechazarlo en su integridad y, por tanto, se halla facultado para darle mérito en cuanto a los hechos que en su concepto lo merezcan y desecharlo respecto de los restantes. Todo ello entra en la sana crítica de la prueba.

5- El reparo por mala apreciación de las cartas corrientes en el juicio se enuncia diciendo que carecen de importancia, sin indicar cuál fué la estimación que de ellas hizo la sentencia ni los hechos que con base en la correspondencia dió por establecidos el fallador. Carece, pues, este aspecto de la acusación de un requisito legal, esto es, el de demostrar el error de hecho que alega a través de la equivocada valoración de la prueba.

6- No depende el contrato de trabajo de las anotaciones que el patrono haga en sus libros, sino del hecho real sobre prestación personal del servicio por el empleado.

7. Si al darle aplicación el sentenciador al art. 143 del Código Sustantivo del Trabajo lo hizo sin hallarse acreditados los presupuestos que integran el supuesto de hecho contemplado en el precepto (a trabajo igual, salario igual), no se daría su quebranto de manera directa, que es el motivo que equivocadamente alega el acusador, sino a través de errores de hecho por mala estimación del indicado medio probatorio, esto es, en forma indirecta.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Raúl Echeverri Jiménez, por medio de apoderado, promovió juicio ordinario laboral contra la empresa denominada "Radio Quibdó", para que por sentencia se hiciera la declaración de que entre el actor y la Radio existió un contrato verbal de trabajo, iniciado en noviembre de 1.957 y concluído el 28 de mayo de 1.960, habiéndose convenido como remuneración del trabajador, un sueldo mensual de $500,oo. Como consecuencia de la anterior declaración pidió el demandante que la empresa fuera condenada a pagarle lo siguiente: los salarios devengados por el tiempo servido y sus intereses legales, o, en subsidio, el importe de aquellos de acuerdo con el valor de la asignación que se pruebe en el juicio, el auxilio de ce-

santía, las vacaciones, primas, bonificaciones, perjuicios por ruptura ilegal del contrato y a título de indemnización moratoria, y, por último, las costas.

Como fundamentos de hecho, adujo los siguientes: Echeverri Jiménez le prestó servicios a "Radio Quibdó", como Administrador, de noviembre de 1.957 al 19 de febrero de 1.958, y como Locutor Provisional y Titulado, desde la fecha indicada hasta el 28 de mayo de 1.960. El patrono no le ha pagado al demandante los salarios y prestaciones reclamados, ni fué posible un arreglo conciliatorio ante la Inspección del Trabajo de Quibdó. En derecho cita la demanda los arts. 23, 24, 27 y pertinentes del Código del Trabajo.

La respuesta al libelo, presentada fuera de tiempo, niega el contrato de trabajo. Propuso las excepciones de inepta demanda e inexistencia de las obligaciones.

El juicio siguió su curso conforme al trámite correspondiente y fenecido por sentencia proferida por el Juzgado del Trabajo de Quibdó. Su parte resolutiva (ordinal primero) declara que entre las partes existió un contrato de trabajo, de acuerdo con el cual el actor le prestó servicios a la Radio como Administrador y locutor. En consecuencia, condena al patrono a pagar al trabajador los sueldos que devengó como administrador de la empresa, de noviembre de 1.957 al 18 de febrero de 1.958, a $600,oo mensuales, y los que adquirió como Locutor, desde el 19 de febrero de 1.958 hasta el 28 de mayo de 1.960, a $200,oo mensuales (ordinal segundo); la prima de servicios por el tiempo servido (ordinal tercero); la suma de $200,oo al mes, desde la fecha en que el trabajador fué despedido, hasta que el patrono le pague los salarios y prestaciones sociales (ordinal cuarto); las vacaciones y la cesantía por el tiempo de duración del contrato (ordinal quinto), absuelve a la empresa de los demás cargos (ordinal sexto); y la condena en las costas de la instancia (ordinal séptimo).

La sentencia de segunda instancia, decisoria del recurso de alzada interpuesto por la empresa demandada, proferida por el Tribunal Superior de Quibdó, confirmó el fallo del juzgado en sus ordinales, primero, sexto y séptimo. Confirmó igualmente el fallo en mención en sus ordinales tercero y quinto, aumentando la cuantía de las condenas a que ellos se refieren, así: $321,oo por cesantía; $100,oo por vacaciones; y $100, por primas de servicio. Revocó lo dispuesto en el ordinal cuarto de la resolución en referencia en cuanto a la condena por salarios caídos; modificó la decisión de su ordinal segundo en cuanto a la condena al pago de sueldos como administrador de la empresa, petición que niega, limitándola a los sueldos como locutor por el tiempo comprendido entre el 28 de octubre de 1.958 al 28 de mayo de 1.960, a $200,oo mensuales, o sea, a un total de $3.866,66. La sentencia fue adoptada por mayoría, pues salvó su voto uno de los miembros de la Sala de Decisión.

Ambas partes interpusieron el recurso de casación contra la providencia del Tribunal, que les fué concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDADA

Persigue la quiebra de la sentencia del Tribunal para que la Corte, en su lugar absuelva a la empresa de todos los cargos de la demanda inicial.

Primer cargo

Violación de los arts. 22 de la Constitución y 32 del CPL., de modo directo, como consecuencia de error de hecho y de derecho.

Para demostrar el cargo, expone el recurrente:

En la primera audiencia de trámite el apoderado de la empresa manifestó que proponía las mismas excepciones perentorias enunciadas en la respuesta a la demanda, y para acreditarlas pidió la práctica de unas pruebas. Sinembargo, el Tribunal, al resolver la apelación contra el auto del inferior que declaró contumaz al reo, dispuso que se diera por no contestada la demanda y además, que la empresa quedaba sin derecho a producir pruebas ni a proponer excepciones. La decisión al respecto viola el derecho de defensa que establece el art. 32 del CPL., expedido en desarrollo de lo dispuesto por el mandato constitucional. Lo procedente habría sido decretar la nulidad de la actuación y devolver el expediente al Juzgado del conocimiento para su repósición, y no haber dicho el sentenciador, en la providencia de fondo, que el juicio no presentaba irregularidades capaces de invalidar lo actuado.

SE CONSIDERA:

El error de hecho o de derecho son modalidades de infracción indirecta de la ley, extrañas por consiguiente a su quebranto directo, que es el concepto de infracción indicado por el acusador, el cual da lugar a un motivo de casación distinto.

Con todo, se deduce del desarrollo del cargo, que lo que pretende demostrar es violación indirecta de la ley, para lo cual toma como infracción medio el art. 32 del CPL., para llegar así al desconocimiento del precepto de la Constitución, o sea el 26 y no el 22 que por error cita el cargo. La forma indicada es la pertinente, ya que para llegar al quebranto del art. 26 de la Ley Suprema es necesario la previa transgresión de los preceptos procesales erróneamente adoptados, o los adecuados que dejaron de aplicarse. Es esa la doctrina de la Corte, Sala de Casación Civil (G. J. t. XCI. p. 831) de recibo en la casación laboral.

Pertenece el art. 26 en cita al título III de la Carta sobre derechos civiles y garantías sociales, y es acusable en casación en la categoría de mandato legal, conforme a lo previsto en el art. 52 ibidem.

La situación procesal a que se refiere el cargo es la siguiente:

El procurador judicial de la empresa contestó la demanda extemporáneamente, según informe del Secretario del Juzgado (f. 22 v.). Concurrió a la primera audiencia de trámite y manifestó que daba por reproducida la respuesta a la demanda, reiteraba las excepciones perentorias en ella propuestas y para su demostración solicitaba la práctica de unas pruebas. No fueron atendidas las peticiones, pues el Juzgado, a moción del apoderado del actor, declaró contumaz a la parte demandada (f. 23). Apelada esa resolución por el demandante, el superior la revocó y, en su lugar, dispuso que se diera por no contestada la demanda, quedando la empresa sin derecho a pedir pruebas ni a proponer excepciones (f. 54).

Con vista en la actuación procesal descrita, se examina el cargo:

En relación con excepciones perentorias, el demandado tiene dos oportunidades para proponerlas, así: en la respuesta a la demanda y en la primera audiencia de trámite (arts. 31 y 32 del CPL). En cuanto a la petición de pruebas, la ley regula la actividad de las partes en esta forma: el actor debe relacionar en la demanda las que quiera hacer valer en el juicio, y el demandado, en la respuesta a dicha pieza (arts. 25 y 31 del mismo código). Mantiene así el legislador el principio de igualdad entre las partes o del equilibrio procesal. No lo altera lo dispuesto por el artículo 32, porque si faculta al demandado para proponer toda clase de excepciones en la primera audiencia de trámite y presentar en el acto medios probatorios, si es el caso, le concede al actor el derecho de aducir los que tiendan a contrarrestarlos. Se deduce de lo anterior que fué equivocada la resolución del Tribunal a que el cargo se refiere, pero debe anotarse que era impugnable, a pesar de lo cual el demandado no utilizó recurso alguno, conformándose con lo resuelto en ella. Para que pueda darse el quebranto del artículo 26 de la Carta, en cuanto exige que el juzgamiento se haga con observancia de las formas propias de cada juicio; se requiere que en éste se agoten los medios que la ley brinda para la corrección de los errores en que pueda incurrir el juez en su actividad in procedendo, y ya se ha visto que así no ocurrió en el caso de autos. Sin el lleno de tal requisito el vicio no es denunciable en casación. Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Segundo cargo.

Violación de los arts. 22, 24, 27, 127, 143, 156, 189, 249 y 306 del CST., por aplicación indebida. Provino la infracción de errores de hecho manifiestos en la actividad probatoria del fallador.

Los errores fueron éstos:

a) Dar por establecido el contrato de trabajo, el tiempo servido y la remuneración, demostrando las pruebas del juicio lo contrario.

b) Rechazar la prueba testimonial por inexactitud en cuanto a la iniciación del contrato por estimarla en pugna con lo que dicen algunos documentos, y aceptarla para sustentar en ella las condenas contra el demandado.

c) Reconocer, de acuerdo con el documento del folio 5, clase D) que el actor fue locutor provisional ,y, sinembargo, condenar al demandado a pagar los sueldos asignados en tal documento a locutores de primera categoría.

d) Concluir, contra lo que reza el documento del folio 5, que los testigos fueron verídicos al declarar que el actor era tan eficiente como los locutores de primera clase, sin citar nombres, y que por ello tenía derecho al mismo sueldo de ellos.

e) Aceptar la comparación, para efectos de la eficiencia, sin prueba, el nombre de uno solo de los locutores de primera categoría.

f) Aceptar como dictámen pericial el dicho de dos declarantes, según el cual no necesitaban de conocimientos especiales para deponer sobre la capacidad de un locutor.

Pruebas erróneamente apreciadas:

Las declaraciones de los testigos Víctor Córdoba, Esteban Paut, Guillermo Mendoza y Ciro Castro Torrijos (fs. 25 a 27); la inspección ocular (f 34); el

dictámen pericial rendido en la diligencia de inspección; y los documentos acompañados a la demanda (fs. 1 a 6 y 39 a 40).

Pruebas inestimadas:

La declaración de Diogoberto Páramo (f. 30) y las posiciones absueltas por el demandado (f. 45).

En sustentación del cargo, alega el recurrente:

Las cartas obrantes en el juicio son simples encargos entre antigos, sin ninguna importancia.

Las declaraciones de los testigos no tienen otra fuerza probatoria que las que le atribuye el fallo de primer grado; se reducen a la aseveración escueta de que el actor trabajó en la Radio Quibdó, y por su imprecisión carecen de credibilidad. Son además contradictorias.

No se encuentra en las posiciones absueltas por el administrador Páramo ni en la confesión provocada del propietario de la empresa, informe o dato que pueda servir para demostrar la existencia del contrato de trabajo. Lo mismo acontece con la inspección ocular; se anotó en la diligencia que el nombre de Echeverri no figuraba en los libros y planillas de la empresa, lo cual demuestra que no trabajó en ella como administrador ni como locutor.

El dictámen pericial es un esperpento jurídico; lo que allí se dice está desvirtuado en autos, porque si Echeverri era locutor provisional y de quinta clase, es injusto que el fallo le asigne un sueldo mensual de $200.oo, asignación que la empresa pagaba a los locutores de primera categoría. Para ello tuvo en cuenta la afirmación de los peritos de que era un empleado muy capaz, no obstante que el Ministerio de Comunicaciones le otorgó una licencia de mínima cuantía.

Concluye el cargo diciendo que si, en tales condiciones, el fallo afirma que hubo contrato de trabajo, violó por aplicación indebida, los arts. 22 y 23 del CST., y si condenó al pago de cesantía, vacaciones, primas y sueldos, violó también las demás normas legales que cita el recurrente.

SE CONSIDERA:

1. Los testigos Víctor Córdoba, Eufeban Paul y Guillermo Mendoza, el primero Mecánico Electricista, el segundo Técnico de Sonidos y el tercero Chofer, dicen en sus declaraciones (fs. 26 a 27), que fueron trabajadores de Radio Quibdó, y que como tales les consta que el actor le prestó servicios a la empresa, de noviembre de 1.957 a mayo de 1.960. Menos preciso, en cuanto a la iniciación y término de los servicios del actor es el declarante Castro Torrijos, pues no recuerda las fechas ni los motivos de su retiro, pero en todo caso afirma la prestación personal del servicio.

Se vale la sentencia de la prueba testimonial para sostener que como allí acredita el servicio personal del actor a la Radio Quibdó, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo, conforme a lo dispuesto por el art. 24 del CST. También encuentra probado con los testimonios la duración del contrato. No niega el demandado este concepto de la decisión y ello basta para mantenerla.

Por lo demás, tacha el cargo la prueba de imprecisa y contradictoria, sin indicar por qué adolece de ese defecto. En la relación de la lista de errores de hecho en que a su juicio incurre la sentencia, dice que ésta acepta en parte los testimonios y en parte los rechaza, dando a entender que en eso consiste la contradicción, lo cual no conduce a demostrar el vicio que alega, pues no está obligado el fallador, en la estimación del testimonio, a aceptarlo o rechazarlo en su integridad, y, por tanto, se halla facultado para darle mérito en cuanto a los hechos que en su concepto le merezcan y desecharlo respecto de los restantes. Todo ello entra en la sana crítica de la prueba.

2. La sentencia no deduce la existencia del vínculo laboral de la confesión provocada rendida en el juicio por el propietario de la Emisora y por su administrador, señores Antenio Sánchez y Dagoberto Páramo, sino de la prestación personal del servicio por el demandante, según se dejó anotado. De otro lado, el fallo no analiza la confesión en referencia, de manera que la censura por su mala apreciación, es inatendible.

3. El reparo por mala apreciación de las cartas cerrientes en el juicio se enuncia diciendo que carecen de importancia, sin indicar cuál fue la estimación que de ellas hizo la sentencia ni los hechos que con base en la correspondencia dio por establecidos el fallador. Carece, pues, este aspecto de la acusación de un requisito legal, esto es, el de demostrar el error de hecho que alega a través de la equivocada valoración de la prueba.

4. Menciona el recurrente como prueba mal estimada la inspección ocular, porque según ella no aparece el nombre del actor en los libros y planillas de la empresa, de lo cual deduce que no fue su trabajador dependiente. A lo cual observa la Sala que la omisión no lleva a la consecuencia de que habla el impugnador, porque no depende el contrato de trabajo de las anotaciones que el patrono haga en sus libros, sino del hecho real sobre prestación personal del servicio por el empleado.

5. En cuanto a la prueba pericial, se observa se practicó como anexa a la de inspección ocular. En la diligencia se recibió declaración al señor Dagoberto Páramo, administrador de la emisora demandada. Dijo en ella el testigo, refiriéndose a los locutores, que la asignación que pagaba la empresa era de $200,oo mensuales. Expusieron los peritos el sueldo de un administrador y de un locutor en Quibdó debe ser de seiscientos y doscientos, respectivamente, teniendo en cuenta los dotes y dinamismo del señor Raúl Echeverri.

Con relación al dictamen dice el Tribunal que los peritos expresaron que el sueldo devengado en la Radio por los locutores era de $200,oo mensuales. Se entiende agrega, que ese sueldo debe corresponder a locutores de primera o segunda categoría, es decir, a los que están provistos de licencias definitivas y no provisionales, como la otorgada al demandante, pero como es principio del derecho laboral que el trabajo igual debe tener igual salario y a que según declaraciones de testigos se sabe que aquél rendía como locutor la misma labor de los otros, se le debe reconocer a la mencionada asignación por el tiempo en que desempeñó el cargo.

No impugna el cargo los fundamentos de la decisión. En efecto, no tuvo en cuenta para reconocer que el demandante tenía derecho a un salario mensual de $200,oo, la calidad de locutor provisional o de quinta clase, sino la circunstancia de que siendo ese el salario que en la empresa devengan los locutores y que

el actor desempeñó esa función, tenía derecho a tal asignación conforme a lo previsto en el art. 243 del CST. No sobra anotar que el cargo no acusa infracción de ese precepto, al cual dió aplicación la resolución impugnada, razón suficiente para su rechazo.

Menciona el cargo como pruebas irestimadas, la declaración de Dagoberto Páramo y la confesión provocada de Antonio Sánchez, propietario de la Emisora, pero nada dice para demostrarlo. No dispone, pues, la Sala de base alguna para el exámen de este aspecto de la censura contra el fallo del Tribunal.

Por lo expuesto, se desecha la acusación.

Tercer cargo.

Violación directa del art. 143 del CST. y 50 del CPL.

Sostiene el recurrente que el fallo de primer grado condenó a la empresa a pagar al actor la suma de $200,00 como locutor con base en el dictámen pericial; que el Tribunal, por su parte, hizo igual condena con fundamento en la misma prueba y en declaraciones de testigos; que con apoyo en los testimonios, que no determina igualdad en la labor y en la eficacia, le otorga al demandante el derecho a un salario igual por una labor igual, dando aplicación al art. 143; y, por último, que, al obrar así se valió la sentencia impugnada de los art. 50 y 61 del C.P.L., que consagran facultades exclusivas del juez de primer grado, por lo cual los violó directamente.

Sobre el punto a que el cargo se refiere, dice el Tribunal: "A folio 34 v. dictaminan los peritos en el sentido de que el sueldo devengado en 'Radio Quibdó, por sus locutores es de $200,00 mensuales. Se entiende que este sueldo debe corresponder a los locutores de primera o segunda categoría que poseen, además, no licencias provicionales como la de Echeverri, sino definitivas; empero, como uno de los principios del derecho laboral reza que 'a trabajo igual', salario igual', y por las ya examinadas declaraciones de los testigos mentados se sabe que aquel rendía como perifoniador la misma labor de los otros, deben reconocérsele el derecho a cobrar sueldos de $200,00 mensuales como tal, en el lapso de tiempo antes señalado".

SE CONSIDERA:

El quebranto del art. 143 del CST. se hace depender de la infracción de los arts. 50 y 61 del CSL. Para la Sala no es aceptable el reparo, porque el art. 50 contempla la hipótesis de condena sin petición del trabajador, y el demandante suplica en el libelo inicial el reconocimiento del salario por servicios prestados a la empresa en su calidad de locutor; y el del 61, porque ningún derecho establece de alcance sustancial, sino un principio sobre la estimación de las pruebas por el fallador. De otro lado, no se funda la sentencia en el dictámen pericial para reconocer el derecho al salario del demandante como locutor sino en la prueba testimonial, de manera que el cargo ataca apreciaciones que no contiene la resolución acusada. Además, si al darle aplicación al art. 143 lo hizo sin hallarse acreditados los presupuestos que integran el supuesto de hecho contemplado en el precepto, no se daría su quebranto de manera directa, sino a través de errores de hecho por mala estimación del indicado medio probatorio, esto es, en forma indirecta, motivo de casación distinto del que alega el acusador. Basta lo dicho para el rechazo del cargo.

EL RECURSO DE LA PARTE DEMANDANTE:

Aspira a que la Corte case el fallo del Tribunal y, en su lugar, confirma el de primer grado en las condenas que aquél reformó y revocó.

Formula un solo cargo con base en la causal primera de casación. En él acusa violación de los arts. 22, 23, 24, 25, 37, 54, 27 y 65 del CST., a causa de error de hecho, proveniente de mala estimación de la prueba testimonial y documental allegada al juicio.

Alega el acusador que el Tribunal apreció con desacierto los testimonios de Víctor Córdoba, Esteban Paut, Guillermo Mendoza y Ciro Castro Torrijos, según los cuales Echeverri fue administrador de la Emisora en su etapa de montaje e instalación, y, sinembargo, le niega el derecho al salario como tal por estimar que no cabe hablar de administración durante la etapa preliminar de organización de la empresa. Afirma que el fallo le da al término administración una interpretación equivocada, porque si administrar es dirigir, se cumple esa actividad en el período de montaje del negocio.

Dice el recurrente que el sentenciador hizo una interpretación equivocada de la licencia expedida al demandante como locutor, pues como punto de partida de la relación de trabajo toma la de su notificación al licenciado, y, con tal fundamento libera al patrono del pago del salario al trabajador. Agrega que si el actor le prestó servicios a la empresa como locutor, según lo dicho por los testigos, antes de obtener la licencia, ello no lo priva del derecho a la remuneración correspondiente, porque el título mira a sus relaciones con la administración pública y podría hasta acarrearle sanciones, pero no a las de orden contractual con el patrono, de naturaleza distinta.

En cuanto a la indemnización por mora, arguye el impugnador, que al negarse el Tribunal a imponer al patrono la sanción de que trata el art. 65 del CST., violó esa norma, pues en el juicio el actor demostró el contrato de trabajo con los testimonios citados y con el documento de folio 4, el cual califica de empleado al demandante, por lo que la empresa no desconoció que aquél había sido su trabajador.

SE CONSIDERA:

El fallo de primer grado condena a la Emisora a pagar al demandante sueldos como administrador, a $600.^{oo}$ mensuales, desde noviembre de 1.957 hasta el 19 de febrero de 1.958, y salarios como locutor, desde esta última fecha hasta el 28 de mayo de 1.960.

De las dos condenas, la decisión recurrida revoca la primera y reforma la segunda en el sentido de que la remuneración por el oficio de locutor se pague desde el 18 de octubre de 1.958 hasta el 28 de mayo de 1.960.

Según el alcance que a la impugnación señala el acusador, la Corte, al afirmar el fallo del Tribunal, debe acoger lo resuelto por el a quo en cuanto a las condenas por salarios.

Acerca de tales extremos, la Sala se abstiene de examinar la acusación, porque resulta incompleta la proposición jurídica que presenta, ya que si el Tri-

bunal no condenó al patrono al pago de los sueldos devengados por Echeverri como administrador ni los correspondientes al cargo de locutor por el tiempo que señala el fallo de primer grado, dejó de aplicar, siendo el caso, la norma que consagra el derecho a la remuneración, que no figura entre las que el cargo cita como violadas. Sin el lleno de tal exigencia, que para el recurrente constituye una carga, omisión que la Corte no puede suplir de oficio, impuesta por la ley como requisito de la demanda de casación, aquel no es viable.

En cuanto al otro aspecto de la acusación, observa la Sala: dió aplicación la sentencia a la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del art. 65, según la cual, puede el fallador abstenerse de aplicarla si el patrono niega de buena fe la existencia del vínculo de trabajo u obligaciones que de él se deriven, y allega al proceso pruebas atendibles que así lo demuestren. Si es verdad que por no haber dado en tiempo respuesta a la demanda, la empresa no tuvo oportunidad de allegar al juicio elementos probatorios en el sentido expuesto, no es menos cierto que la aducida por la contraparte apenas sirvió para deducir por vía de presunción, con base en el art. 24 del CST., la existencia de la relación jurídica laboral. Así las cosas, no habiendo sido aceptada esa relación por la empresa, muy al contrario, negada por su mandatario en la primera audiencia de trámite, era necesario que apareciera claramente demostrada por el actor en sus elementos esenciales, y ya se ha visto que tal cosa no fue establecida con prueba directa sino presuncional.

Por lo demás, no atacan al cargo los fundamentos de la resolución impugnada, motivo suficiente para mantenerla. A lo expuesto se debe agregar que el recurrente cita la prueba testimonial para decir que demuestra el contrato de trabajo y la documental del folio 4 para afirmar que califica al actor como empleado de la empresa, sin indicar si en relación con esas pruebas el error de hecho que acusa se produjo por mala apreciación de ellas o por su inestimación, modalidades de esta clase de infracción de la ley que la demanda de casación debe precisar.

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 Quibdó.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en Gaceta Judicial y devuélvase al expediente al Tribunal de origen.

Adán Arriaga Andrade.- Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes. José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PENSION DE JUBILACION PARA LOS EMPLEADOS OFICIALES. A QUE ENTIDAD LE CORRESPONDE PAGAR ESTA PRESTACION. EXAMEN DE LAS NORMAS LEGALES SOBRE ESTA MATERIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. La indebida aplicación de la ley en comparación con el concepto de violación directa. 2. Violación directa de la ley y errónea interpretación de la misma. Si el error de interpretación no tiene incidencia en la resolución de derecho, el cargo no es viable. Base para liquidar la pensión vitalicia de jubilación. 3. La condena al pago de la cesantía excedente es consecuencial a la que pretende el reconocimiento del derecho a la pensión jubilatoria. 4 A los empleados oficiales vinculados a la administración pública mediante contrato laboral, no les es aplicable el Código Sustantivo del Trabajo. 5 Cuál es la entidad oficial obligada a pagar la pensión de jubilación a los empleados públicos. 6 Sentido de las normas legales que rigen lo relativo a la entidad que debe hacer el pago de la pensión.

La condena al pago de la cesantía excedente, esto es, la causada con posterioridad a los primeros veinte años de labores, es consecuencial a la que pretende el reconocimiento del derecho a la pensión jubilatoria, de manera que, no estando obligadas las Empresas Públicas demandadas al pago de la prestación sino la Caja Nacional de Previsión, -según lo sostiene el Tribunal- no era del caso resolver lo concerniente a la cesantía, lo cual no quiere decir que haya desconocido el derecho a reclamarla de quien corresponda.

Es verdad, que a los empleados oficiales vinculados a la Administración Pública mediante contrato laboral, no es aplicable el art. 261 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo cual la sentencia incurre en un error de juicio al sostener lo contrario. En la indicada hipótesis no opera el citado precepto como tampoco las demás disposiciones del mismo Código en cuanto regulan las relaciones de derecho individual del trabajo entre los servidores oficiales y la Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4o. del nombrado estatuto en armonía con el 492 de la misma obra. Pero la equivocación no tuvo incidencia en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en atención a que ésta no decreta el pago de la pensión.

La Ley 24 de 1947, en el inciso 1º. de su art. 1º., establece el mismo principios consagrado en el art. 29 de la Ley 6ª. de 1945, o sea el de que los servicios prestados a varias entidades oficiales se acumulan en cuanto al tiempo para efectos de la pensión jubilatoria. Una adición a ese mandato contiene la Ley 24 en su parágrafo 1º. de la disposición citada al disponer que la pensión debe pedirse a la Nación cuando los servicios prestados a ella se extienden a un período de diez años, por lo menos.

La Ley 72 de 1947, en su art. 21, se refiere al mismo fenómeno (designación de la entidad oficial pagadora) .Prescinde la norma del criterio adoptado por la ley anterior, pues no es la cantidad de tiempo servido a una cualquiera de las entidades oficiales lo que determina la elección de la que deba hacer el pago, sino aquélla a que hubiere estado afiliado el empleado al cumplir el tiempo de servicios, o sea el de veinte años, que como presupuesto del derecho establece la ley, figure o no la Nación entre los deudores de la prestación. El tiempo laborado en beneficio de ésta puede ser inferior o exceder de diez años, sin que ello influya para individualizar el deudor a quien el empleado debe pedir el reconocimiento y pago de la pensión.

Se trata, por consiguiente, de saber si en cuanto a su ámbito temporal las dos leyes deben considerarse vigentes, o si la posterior dejó insubsistente la anterior. De la comparación entre las normas citadas de una y otra ley, se deduce que ambas regulan la misma materia (elección entre varios deudores del que debe reconocer y pagar la obligación) por lo que es preciso aceptar que ambas tienen la misma especialidad. No es que los dos estatutos gobiernen materias distintas, como lo sostiene el Tribunal, sino la misma situación de hecho, pero de manera distinta.

A diferencia de la Ley 72 de 1.947 (art. 21) su Decreto reglamentario Nº. 2921 de 1.948, (inciso 1o de su art. 1o), dispone que la pensión puede pedirse no sólo de la entidad a que estuviere afiliado el empleado al tiempo de cumplir sus servicios (quiso referirse al de veinte años), sino también a la que haya estado afiliado en el momento de retirarse del servicio oficial. La segunda hipótesis, de acuerdo con la interpretación que al mandato del Decreto asigna la Corte en fallo de fecha 30 de enero de 1.964, debe entenderse en el sentido de que la pensión debe pagarla la entidad oficial a que hubiere estado afiliado el empleado al tiempo de su retiro, siempre que se halle obligada a pagar alguna cuota de aquella, situación de hecho distinta de la controvertida en el litigio, ya que el plazo legal para la adquisición del derecho expiró hallándose el demandante al servicio del Municipio de Cartagena y no bajo la dependencia de las Empresas Públicas demandadas. En concepto de la Sala, el alcance y contenido de los preceptos legales citados, es el que se deja expuesto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en el juicio ordinario laboral promovido por Juan Manuel Arellanos contra las Empresas Públicas de Cartagena.

ANTECEDENTES.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que según los certificados expedidos por entidades oficiales y las declaraciones de testigos recibidas extra juicio, acompañadas a dicha pieza, Arellano Gutiérrez trabajó en el servicio oficial por más de 20 años; que su edad, calificada judicialmente, es la de 64

años; que en escrito del 26 de febrero de 1.960 solicitó de la entidad demandada el reconocimiento y pago de la correspondiente pensión de jubilación y le fue negado, quedando así agotada la vía gubernativa.

Con base en tales hechos adujo el actor que las Empresas Públicas Municipales de Cartagena fueran condenadas a pagarle una pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del 13 de julio de 1.955.

En derecho el demandante se acoge a las leyes 6a. de 1.945, 24 y 72 de 1.947 y en los decretos 2921 de 1.948 y 320 de 1.949.

En su respuesta a la demanda el apoderado de las Empresas manifestó que a ellas no le constaban los hechos en que se funda, a excepción del que afirma el reclamo sobre reconocimiento y pago de la pensión. Alegó en su defensa que la obligada a la prestación es la Caja Nacional de Previsión. Propuso la excepción de inexistencia de la obligación.

Conoció del juicio en primera instancia el Juzgado 1o. del Trabajo de Cartagena. En la sentencia que le puso término accedió a decretar la pensión solicitada, en cuantía de $166,66, a partir del 13 de junio de 1.957, y, además, el pago de la cantidad excedente, sin costas.

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria del recurso de alzada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cartagena, revocó la providencia del inferior.

El demandante interpuso contra el fallo del Tribunal el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se halla en estado de recibir sentencia.

EL RECURSO.

Según el petitum, su propósito es el de que la Corte infirme la sentencia del ad quem y confirme, en decisión de instancia, el fallo del Juzgado a quo. Tal es el alcance de la impugnación.

La sentencia debe ser casada por cualquiera de los cuatro cargos que contra ella formula el recurrente. Aunque no la menciona, de su desarrollo se infiere que se acoge a la causal primera de casación.

Examina la Sala a continuación las acusaciones del impugnador.

Primer cargo.

Violación directa del art. 21 de la ley 72 de 1.947, en armonía con el 1o. parte final, del art. 1o. del decreto reglamentario 2921 de 1.948.

De acuerdo con las citadas normas -sostiene el recurrente- el actor tiene derecho a la pensión jubilatoria que reclama, y como el Tribunal se lo desconoce, por no haberlas aplicado, las quebrantó. El mandato de la ley 72, agrega, como le dice el fallo de primer grado, sustituyó el contenido en el primer párágrafo del art. 1o. de la ley 24 de 1.947. Conforme a aquella ley, aclarada por el art. 1o del decreto 2921 que la desarrolla, la pensión debe pedirse a la entidad a la cual se halle afiliado el empleado al producirse su retiro del servicio oficial, aunque el derecho se haya causado antes.

Segundo cargo.

Violación de los art. 17, literal b) de la ley 6a. de 1.945, 3o. de la ley 65 de 1.946, 1o. del decreto 2767 de 1.945, 12 del decreto 1600 del mismo año, en relación con el 492 del CST., de modo directo, por falta de aplicación.

Para sustentarlo dice el acusador que, conforme a lo previsto en la parte final del art. 492 del CST., a los empicados oficiales ligados a la administración pública por vínculo contractual de trabajo, les son aplicables las leyes 6a. de 1945 y 65 de 1946; que de acuerdo con el art. 3o. de ésta la pensión equivale a las dos terceras partes del promedio del salario devengado en el último año de servicios, y que por tal hay que entender el efectivamente laborado, aunque corresponda a uno posterior a aquel en que el empleado completó los veinte, ya que adquirida la pensión ningún texto legal le impide continuar sus labores y devengar mayores sueldos. Por consiguiente, el juez de primer grado obró con acierto cuando dió aplicación a las leyes citadas al liquidar la pensión.

Tercer cargo.

Violación directa del art. 9o. de la ley 64 de 1946.

Quebrantó la sentencia la disposición porque se abstuvo de reconocer el auxilio de cesantía por el tiempo servido después de los primeros veinte años de labores, plazo este último establecido por la ley para la adquisición del derecho a la jubilación.

Cuarto cargo.

Violación del art. 261 del CST., por aplicación indebida.

La infringió la sentencia, afirma el acusador, porque esa norma gobierna la forma de liquidar la pensión reclamada, no siendo pertinente al caso, ya que es otra la que rige la situación de hecho que se contempla en el juicio.

También violó la sentencia -dice el recurrente- por el expresado concepto, el art. 71, inciso 3o. del C. C., en armonía con el 52 del C.P.M. La infracción resulta -agrega- de la aplicación combinada de los dos normas, ya que el Tribunal pretende que el caso debatido se resuelva conforme a lo previsto en el parágrafo 1o. del art. 1° de la ley 24 de 1.947, que no se halla vigente.

El opositor, al refutar la demanda de casación, hace estas consideraciones:

Como lo sostiene la sentencia, se halla vigente el art. 1o., de la ley 24 de 1.947, pues no se opone al contenido en el 21 de la ley 72 del mismo año, porque la norma de la primera de esas leyes contempla un caso especial, o sea el de que el empleado haya trabajado cuando menos diez años al servicio de la Nación, en tanto que el precepto de la segunda se refiere a las demás situaciones que pueden presentarse.

Si no está vigente el art. 1o. de ley 24 de 1.947, tesis del fallo del a quo, que el recurrente prohija, a las Empresas Públicas de Cartagena no les corresponde el pago de la pensión, porque como lo afirma el fallo impugnado, con base en doctrinas de esta Sala, por último año de servicios debe entenderse para efectos de la pensión, el vigésimo que corresponde al hecho generador de la prestación,

y no el último servido a la empresa cuando el contrato termine después de veinte años de labores, porque éste no se relaciona con el derecho de pensión, sino con uno distinto, creado por el servicio adicional. El obligado a la pensión es el Municipio de Cartagena, entidad en donde cumplió el actor los veinte años de servicio, no las Empresas demandadas, a quienes solo corresponde pagar la parte proporcional de la cuantía excedente, cancelada por ellas.

Es verdad, como lo anota la acusación, que según el art. 1o. del decreto reglamentario del art. 21 de la ley 72 de 1.947, la pensión debe solicitarla el empleado oficial a la Caja o Institución de Previsión Social a que se halle afiliado al tiempo de cumplir su servicio, o a la que haya estado afiliado al retirarse del servicio oficial, si es el caso, lo cual pregona que hay entidad en que no debe hacerse esa. Si se considera que el precepto del decreto se ajusta al art. 21 de la ley 72, hay que entender que no dice más de lo expuesto por ese ordenamiento, pues de no ser así excedería la ley que reglamenta.

Por último, en el caso de que las Empresas se hallen obligadas al pago de la pensión, no podrían ser condenadas a satisfacerla en su integridad, por no haber sido citadas al juicio las demás entidades que deben contribuir a la cancelación de la deuda.

Acerca del derecho a la pensión jubilatoria, una es la tesis del juzgado a quo y otra la del fallo acusado. Para el exámen del primer cargo, conviene conocer el fundamento de una y otra. Dice la sentencia de primer grado que la cuestión jurídica se concreta a investigar lo siguiente: si rige el parágrafo 1o. artículo 1° de la Ley 24 de 1.947, la pensión debe pagarla la Caja Nacional de Previsión en atención a que el actor desempeñó por más de diez años empleos públicos nacionales. En cambio si rige el inciso 1o. artículo 1o. de la ley 72 de 1.947 la prestación debe cubrirla la Caja de Previsión de la entidad demandada, o ésta si no tiene organizada una Caja. De las dos tesis opta por la segunda, porque en su concepto la ley posterior derogó la anterior en vista de que estableció un régimen distinto del consagrado en ésta, ya que, según la ley 24 la totalidad de la pensión debe pagarla la Caja Nacional de previsión cuando el empleado haya servido diez años, por lo menos, en cargos públicos nacionales, en tanto que, conforme a la ley 72, el importe de la pensión, trátese de empleados de la Nación, de los Departamentos o Municipios, le corresponde satisfacer a la Caja de Previsión que se hallen afiliados al tiempo de cumplir sus servicios, por lo cual se debe deducir que la disposición posterior sustituyó la anterior.

Opina el Juzgado al Tribunal, pues en su concepto la situación jurídica que se debate es diferente de la que presenta el fallo del Juzgado. Estima la acusación acusada que la norma de la ley 24 es especial, mientras que la de la ley 72 es general. "Aplicable a todos los casos diferentes que contempla la primera disposición citada", porque la de la ley posterior habla de empleados nacionales departamentales o municipales que, al cumplir veinte años de servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social, otorgándoles el derecho a exigir de ella el total de la pensión, y a la Caja el de repetir de las entidades obligadas a concurrir al pago de la deuda, la cuota que les corresponda. En cambio, la norma de la ley anterior establece que los empleados públicos de la Nación que le hayan prestado servicios diez años, por lo menos, deben pedir la pensión a la Caja Nacional de Previsión, sin perjuicio de que ésta exija de las demás entidades obligadas el reembolso de la cuota correspondiente. No hay, pues, prodigue la sentencia, in-

compatibilidad entre las dos normas legales, ya que el art. 21 de la ley 72 no deroga ni modifica el parágrafo 1º., art. 1º. de la ley 24.

Anota el Tribunal que según el certificado que obra en el expediente, el actor le sirvió a la Nación por más de 10 años, por lo cual corresponde dar aplicación a la ley 24 de 1.947, y, en consecuencia, la petición sobre pago de la pensión debe hacerla a la Caja Nacional de Previsión. También observa que está demostrado en el juicio el hecho de que el actor comenzó a trabajar con las Empresas cuando había cumplido veinte años de servicio, consolidando ya el derecho a la jubilación, por lo cual debe aceptarse que tampoco tiene acción para reclamar de aquellas el pago de la pensión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1ª. Para la mejor inteligencia del punto conviene tener presente la situación de hecho aceptada por la sentencia y no discutida en casación. Es la siguiente:

El demandante prestó servicios a diversas entidades oficiales por más de 20 años, así:

Al Departamento de Bolívar:

	Años	Meses	Días
De enero 20 de 1.923 a noviembre 30 de 1.946	3	10	10
De diciembre 14 de 1.926 a agosto 31 del mismo año.		8	17
A la Nación:			
De agosto 14 de 1.931 a agosto 30 de 1.932	1	0	16
De octubre 15 de 1.932 a abril 15 de 1.934	1	6	0
De noviembre 15 de 1.941 a diciembre 30 de 1.944,	3	9	15
De enero 30 de 1.945, en forma continua a noviembre 7 de 1.953....	8	9	7
Al Municipio de Cartagena:			
De diciembre 13 de 1.954 a febrero 24 de 1.955....		2	11
De Mayo 6 de 1.955 a marzo 1. de 1.956....		9	24
	16	53	10
A las Empresas Públicas de Cartagena:			
De marzo 2 de 1.956 a mayo 18 de 1.957.	1	1	17
Tiempo total de servicio	21	6	27

Según la relación anterior y hechas las correspondientes operaciones, al primero de marzo de 1.956, fecha en que el demandante se retiró del cargo que desempeñaba en el Municipio, había cumplido al servicio de éste 20 años cinco

meses diez días. Pasó inmediatamente, sin solución de continuidad, al desempeño de un empleo al servicio de las Empresas, su último patrono, permaneciendo en ellas un año, un mes, dieciséis días.

Conviene conocer también las normas legales con incidencia en el caso debatido, que se transcriben a continuación:

Ley 24 de 1.947, art. 1º.:

"Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo, en relación con la jubilación, y el monto de la pensión correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo servido y al salario o remuneración devengados en cada una de ellas. Los trabajadores cuyos salarios o remuneraciones se paguen con cargo a fondos especiales con aporte a varias entidades de derecho público, gozarán de las prestaciones más favorables que éstas reconozcan a sus propios trabajadores, con cargo al mismo fondo especial."

Parágrafo 1º.: "Cuando el favorecido con la pensión de jubilación haya servido 10 años, lo menos, en empleos o cargos públicos nacionales, El TOTAL de la pensión le será cubierto por la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, sin perjuicio del oportuno reembolso de su mayor costo por cuenta de las entidades obligadas a reconocerlas en los términos del artículo 3º, del Decreto número 2567 de 1946".

Ley 72 de 1 947, art. 21:

"Los empleados nacionales, departamentales o municipales que al tiempo de cumplir su servicio estén afiliados a una Caja de Previsión Social tendrán derecho a exigirle el pago de la totalidad de la Pensión de Jubilación. La Caja pagadora repetirá de las entidades obligados el reembolso de la cantidad proporcional que les corresponda, habida consideración del tiempo de servicio del empleado en cada una de las entidades oficiales."

Decreto 2921 de 1.948, reglamentario del art. 21 de la ley 72 de 1.947. De ese estatuto son los siguientes disposiciones:

"Artículo primero. Los empleados nacionales, departamentales o municipales que tengan derecho a solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación elevarán la solicitud a la Caja o Institución de Previsión Social a la cual estén afiliados al tiempo de cumplir su servicio o a la que hayan estado afiliados en el momento de retirarse del servicio oficial, si es el caso.

"Parágrafo. Cuando la entidad respectiva no tenga establecida su Caja o Institución de Previsión Social, la solicitud deberá ser dirigida a dicha entidad para la tramitación correspondiente.

"Artículo segundo. La Caja de Previsión Social que reciba una solicitud de pago de una pensión de jubilación que sea de su cargo y de varias entidades, la pondrá en conocimiento de éstas y le remitirá copia del proyecto de Resolución que elabore y de los documentos que sean necesarios para que cada una de tales entidades pueda establecer si son correctos, si está obligada a la cuota que se le asigne y si se ajusta a las disposiciones legales que la rigen.

"Parágrafo. La entidad que recibe las copias a que se refiere este artículo y que considere necesario el exámen de los documentos presentados, podrá so-

licitarlos, y la Caja, en cuyo poder se encuentren los desglosará y se los remitirá, pero dejando copia autenticada de ellos.

"Artículo cuarto. Conocido el concepto de las demás entidades y devuelto por éstas el proyecto de resolución, ésta será elaborada de acuerdo con lo que ellas hubieren manifestado. Si ocurriere el caso de que guardaren silencio se procederá de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior.

"Parágrafo. De esta providencia se pasará copia autenticada a las demás entidades obligadas a fin de que cada una expida la providencia que reconozca y ordene el pago de la cuota que le corresponda".

"Artículo quinto. El beneficiario podrá ejercer los recursos y las acciones legales, dentro del término señalado para ello, contra la Resolución de la Caja a la la cual solicitó el reconocimiento de la pensión en cuanto se refiere a la obligación a cargo de ella, o en cuanto se aparte de lo que las demás entidades hayan aceptado como cuota o parte de la pensión que éstas deben pagar.

"Artículo sexto. El beneficiario podrá igualmente intentar los recursos y ejercer las acciones legales contra las Resoluciones que dicten las entidades obligadas al pago de una parte de la pensión, sino se conforma con la decisión tomada en ellas."

2. En cuanto a la acusación que formula el primer cargo, se observa: Se ha visto que para el Tribunal, el supuesto de hecho a que se refiere la ley 24 de 1.947 (parágrafo 1º de su art. 1º) en cuanto a la entidad obligada a reconocer y pagar la pensión, es distinto del que, para el mismo efecto, regula la ley 72 (art. 21) del mismo año, por lo cual, sobre tal punto, ambas están vigentes y pueden recibir aplicación. En opinión del recurrente la ley 72 derogó tácitamente la 24, por lo que la pensión debe reconocerla y pagarla la entidad demandada conforme al precepto de la ley posterior y el de su decreto reglamentario 2921 de 1.948 (art. 21).

Planteada la cuestión jurídica en los términos expuestos, no halla la Sala fundado el cargo, por estas razones:

Si el caso específico y concreto se halla regido por la ley anterior y no por la posterior, como lo afirma el Tribunal, la conclusión a que se llega es la de que aplicó indebidamente la ley 24, dejando de aplicar la 72, lo cual conduce a la infracción de ambas, de modo indebido, mas no por su quebranto directo, como lo sostiene el acusador. Ello es así porque la sentencia no desconoce el derecho a la prestación; en su concepto, quien debe reconocerlo y cancelarlo no es la persona jurídica llamada al juicio, sino la Caja Nacional de Previsión, lo que en el fondo equivale a declarar que, respecto de aquélla, no existe legitimación en causa pasiva.

De otro lado, como adelante se verá con detenimiento, ninguna de las dos tesis en contraste es acertada, porque corresponde pagar la pensión al Municipio de Cartagena, que era el patrono del demandante al cumplir los 20 años de servicio, no a la Caja Nacional de previsión ni a las Empresas Públicas Municipales de Cartagena, debiendo concurrir al pago de la cuota respectiva la Nación y el Departamento de Bolívar.

3. Se propone demostrar el segundo cargo que la sentencia quebranta, de modo directo, las disposiciones legales que relaciona por haber dicho que el valor

de la pensión era el equivalente a las dos terceras partes del promedio de lo devengado por el trabajador al cumplir veinte años de servicio y no el mismo promedio correspondiente al último año de labores cuando el tiempo servido excede del indicado lapso. Es cierto que esa es la tesis del sentenciador, contraria a lo dispuesto por el art. 3o de la ley 65 de 1.946, por lo cual incurrió en errónea interpretación del precepto, no en la modalidad que indica el recurrente. Con todo, ese vicio de la decisión, distinto del que aquel invoca, no tiene el mérito de desquiciarla, porque no era pertinente avocar el estudio de la cuestión relativa a la cuantía de la prestación si ésta no iba a ser materia de reconocimiento, pero de que lo hubiera realizado el sentenciador, no se deduce que haya infringido los cánones legales a que el cargo se refiere, ya que, aun admitiéndolo así, ninguna incidencia tendrían en la resolución de derecho, requisito indispensable, según la jurisprudencia, para la viabilidad del cargo, por tanto, no prospera la acusación.

4.- La condena al pago de la cesantía excedente, esto es, la causada con posterioridad a los primeros veinte años de labores, es consecuencial a la que pretende el reconocimiento del derecho a la pensión jubilatoria, de manera que, no estando obligada las Empresas Públicas al pago de la prestación sino la Caja Nacional de Previsión, según lo sostiene el Tribunal, no era del caso resolver lo concerniente a la cesantía, lo cual no quiere decir que haya desconocido el derecho a reclamarla de quien corresponda. Basta lo dicho para el rechazo del tercer cargo.

5.- En cuanto a los reparos que contra la sentencia formula el cuarto cargo, se observa: es verdad, como lo afirma el recurrente, que a los empleados oficiales vinculados a la administración pública mediante contrato laboral, no es aplicable el art. 261 del CST., por lo cual la sentencia incurre en un error de juicio al sostener lo contrario. En la indicada hipótesis, no opera el citado precepto como tampoco las demás disposiciones del mismo código en cuanto regulan las relaciones de derecho individual del trabajo entre los servidores oficiales y la Administración Pública, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 4o. del nombrado estatuto en armonía con el 492 de la misma obra. Pero la equivocación no tuvo incidencia en la parte resolutiva de la sentencia impugnada, en atención a que ésta no decreta el pago de la pensión.

Respecto a las demás normas a que el cargo se refiere, y concretamente al ataque por violación del art. 1o. parágrafo 1o. de la ley 24 de 1.947, por aplicación indebida, debe estimarse fundado el reparo del recurrente, pero no por ello habría lugar a la quiebra del fallo, porque éste se basa también en otros argumentos, respecto de los cuales aquél guarda silencio, acertados a juicio de la Sala y suficientes para mantenerlo. Dice sobre el punto el Tribunal: "De acuerdo con las anteriores consideraciones y estando demostrado en autos que el actor comenzó a trabajar con las Empresas Públicas de Cartagena, cuando ya había cumplido veinte años de servicio a entidades distintas de la demandada y cuando ya había consolidado su derecho a la jubilación, hay que aceptar por lógica jurídica que tampoco le asiste el derecho para reclamar la prestación solicitada en su libelo a dicha Empresa".

La tesis del Tribunal, a la cual adhiere la parte opositora, en cuanto afirma que la Entidad demandada no es la obligada al pago de la prestación, es la acertada, y la recibida por esta Sala de la Corte en sentencia del 30 de enero de 1.964 (juicio de Rafael Tangarife contra las Empresas Públicas Municipales de Medellín y otros) Con todo, como se verá al precisar el recto sentido de las normas legales con

incidencia en el asunto litigioso, incurre el ad quem en un error de juicio al sostener que la acción para el reconocimiento del derecho objeto del pleito, debe dirigirse contra la Caja Nacional de Previsión.

En la citada sentencia, en caso igual al que se debate en el juicio, se sienta esta doctrina, contenida en los párrafos que se transcriben a continuación:

"Desde luego, es evidente que, en tratándose de pensión de jubilación oficial, el sueldo básico para liquidarla es el que se haya devengado en el último año de servicios, que bien puede ser posterior al vigésimo. Pero de ello no cabe inferir que la entidad de la cual se recibió ese último sueldo sea la obligada a pagar el monto total de una pensión que en parte alguna adeuda al interesado.

"Las disposiciones reglamentarias de la ley 72 de 1.947 (artículo 21), al hablar de 'las demás entidades obligadas' al pago de la pensión, indican que la que haya de liquidar el monto de dicha pensión y distribuir proporcionalmente las cuotas correspondientes, debe también estar obligada a concurrir al pago de alguna de esas cuotas.

"Y es que no sería justo ni lógico imponer a una entidad que no tiene obligación alguna de contribuir al pago de la pensión, la carga de dictar la resolución de reconocimiento, someterla luego a la aprobación de las entidades que sí adeudan cuotas, anticipar una suma de dinero destinada a cubrir el monto de la pensión de la cual no es deudora en parte alguna, y reclamar posteriormente la devolución de esa suma a los verdaderamente obligados.

"Del recto entendimiento de las disposiciones que cita el cargo se deduce que, como lo sostiene el recurrente, la Caja o Institución de Previsión a que haya estado afiliado el empleado al momento de retirarse del servicio oficial debe pagarle la totalidad de la pensión, solo cuando dicha Caja o Institución esté obligada, a su vez, a cubrir alguna cuota de la misma pensión. Si la entidad a cuyo servicio estuvo el empleado últimamente no está obligada a erogar suma alguna por tal concepto, por haber completado el empleado los 20 años de servicio en otras dependencias, corresponderá hacer el pago del monto total de la pensión a la respectiva dependencia o a la Caja de Previsión a la que estuvo afiliado el trabajador al completar los 20 años de servicio, con derecho a repetir contra las demás entidades obligadas al pago de la pensión, sin perjuicio de que se tenga en cuenta el salario o sueldo del último año de servicio, que puede ser posterior a dicho lapso y haberse devengado en una entidad que nada adeuda por concepto de pensión".

Se desprende claramente de la anterior jurisprudencia, que la pensión ha debido reclamarse del Municipio de Cartagena, a cuyo servicio se hallaba el empleado al cumplir 20 años de labores, con base en el sueldo devengado en las Empresas Públicas, que fué su último patrón al retirarse del servicio oficial.

En cumplimiento de su función unificadora de la jurisprudencia, la Sala debe rectificar el concepto del Tribunal acerca de cuál de las dos leyes de 1.947 (la 24 y la 72) regula la cuestión de hecho debatida en el juicio, y, al efecto considera:

La Ley 24 de 1.947, en el inciso 1o. de su art. 1o., establece el mismo principio consagrado en el art. 29 de la ley 6a. de 1.945, o sea el de que los servicios prestados a varias entidades oficiales se acumulan en cuanto al tiempo para

efectos de la pensión jubilatoria. Una adición a ese mandato contiene la ley 24 en parágrafo 1o. de la disposición citada al disponer que la pensión debe pedirse a la Nación cuando los servicios prestados a ella se extiendan a un período de diez años, por lo menos.

La ley 72 de 1.947, en su art. 21,se refiere al mismo fenómeno (designación de la entidad oficial pagadora). Prescinde la norma del criterio adoptado por la ley anterior, pues no en la cantidad de tiempo servido a una cualquiera de las entidades oficiales lo que determina la elección de la que deba hacer el pago, sino aquélla a que hubiere estado afiliado el empleado al cumplir el tiempo de servicios, o sea el de 20 años, que como presupuesto del derecho establece la ley, figure o no la Nación entre los deudores de la prestación. El tiempo laborado en beneficio de esta puede ser inferior o exceder de 10 años, sin que ello influya para individualizar al deudor a quien el empleado debe pedir el reconocimiento y pago de la pensión.

Se trata, por consiguiente, de saber si en cuanto a su ámbito temporal, las dos leyes deban considerarse vigentes, o si la posterior dejó insubsistente la anterior. De la comparación entre las normas citadas de una y otra ley se deduce que ambas regulan la misma materia (elección entre varios deudores del que debe reconocer y pagar la obligación) por lo que es preciso aceptar que ambas tienen la misma especialidad. No es que los dos estatutos gobiernen materias distintas, como lo sostiene el Tribunal, sino la misma situación de hecho, pero de manera distinta.

A diferencia de la ley 72 de 1.947 (art. 21) su decreto reglamentario (inciso 1o. de su art. 1o.), dispone que la pensión puede pedirse no solo de la entidad a que estuviere afiliado el empleado al tiempo de cumplir sus servicios (quiso referirse al de 20 años), sino también a la que haya estado afiliado en el momento de retirarse del servicio oficial. La segunda hipótesis, de acuerdo con la interpretación que al mandato del decreto asigna la Corte en el fallo antes citado, debe entenderse en el sentido de que la pensión debe pagarla la entidad oficial a que hubiere estado afiliado el empleado al tiempo de su retiro siempre que se halle obligada a pagar alguna cuota de aquélla, situación de hecho distinta de la controvertida en el litigio, ya que el plazo legal para la adquisición del derecho expiró hallándose el demandante al servicio del Municipio de Cartagena y no bajo la dependencia de las Empresas Públicas.

En concepto de la Sala, el alcance y contenido de los preceptos legales citados, es el que se deja expuesto.

No prospera el cargo.

A mérito de las anteriores consideraciones la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade.- Luis Fernando Paredes.- Luis Alberto Bravo.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO A DOMICILIO Y TRABAJO INDEPENDIENTE. TECNICA DE CASACION.

1- El artículo 89 del CST no permite entender que la ayuda requerida por el trabajador a domicilio, pueda serle suministrada por personas extrañas al grupo familiar de que él forma parte. Limites de la potestad reglamentaria del Gobierno. El texto del artículo 6º. del Decreto 210 de 1.953, examinado en su contenido y alcance, no admite la pretendida interpretación de que esta disposición permite al trabajador a domicilio recibir ayuda de personas extrañas a su familia. Inaplicabilidad de las leyes extranjeras, sobretodo cuando son contrarias a las normas positivas nacionales.
2- Necesidad de demostrar, en casación, los cargos que se enuncian.

1. La figura del trabajo a domicilio se considera como una de las formas del contrato de trabajo, si quien presta personalmente el sevicio a domicilio, lo realiza solo o con la ayuda de miembros de su familia, en forma habitual y por cuenta del patrono. En concepto de la Sala, el art. 89 de CST no permite entender que la ayuda requerida por el trabajador a domicilio, pueda serle suministrada por personas extrañas al grupo familiar de que él forma parte, pues éstos no pueden incluirse o comprenderse entre los "miembros de su familia" que es la condición exigida por la citada disposición legal para que sea válida la ayuda en la prestación del servicio.

Por lo que hace al Decreto 210 de 1.953, debe observarse que él es reglamentario del artículo 2º. del Decreto Legislativo 2417 bis de 1.952, que creó la Sección del Trabajo a Domicilio, de mujeres y menores, dependiente del Ministerio del ramo, encargada del estudio y solución de los aspectos sociales y de trabajo entre patronos y trabajadores a domicilio, en cuanto a la constitución del contrato, pago de prestaciones, salarios, etc. La mayor parte del artículo del mencionado Decreto fija el personal y atribuciones de la referida Sección del Trabajo a Domicilio, de mujeres y de menores. Respecto a la disposición contenida en el artículo 6º., que antes se transcribió, se observa que tiene un alcance restringido a los efectos del mismo Decreto reglamentario, como lo advierte la propia disposición, o sea, cumplir la finalidad de facilitar la labor de control y vigilancia que sobre el trabajo a domicilio de mujeres y menores de edad, se asigna a la citada Sección del Ministerio del Trabajo.

Por tanto, en el artículo 6º. del Decreto 210 de 1.953 nada puede verse que sea distinto a la simple reglamentación del artículo 89 del CST, para los fines perseguidos por el artículo 2o. del Decreto Legislativo 2417 bis de 1.952. Por lo demás, si ello no fuera así, debe observarse que la reglamentación no puede ir más allá de lo establecido en las normas reglamentadas y todo proceder contrario a esto significaría extralimitación de la po-

testad reglamentaria que le confiere el Gobierno el artículo 120, ordinal 3º, de la Constitución Nacional, lo cual bastaría para hacer inoperante, en su aplicación, la norma reglamentaria. Ocurre, sin embargo, que considerado el texto del artículo 6º, del Decreto 210 de 1.953, en su contenido y alcance, no permite llegar a la conclusión que pretende el recurrente, de que esta disposición modificó lo preceptuado por el artículo 89 del CST, para permitir al tabrajador a domicilio recibir ayuda en su labor por personas extrañas a la familia. Tal interpretación sí sería contraria al recto sentido y entendimiento que debe darse a la norma, pues la relación laboral se desplazaría del ámbito del trabajo a domicilio hacia el plano del trabajo independiente, con la consiguiente confusión de dos instituciones jurídicas distintas, en su naturaleza y efectos.

Los argumentos del acusador, sobre el hecho de que conforme a lo establecido en otras legislaciones el trabajador a domicilio puede ser ayudado por trabajadores sin vínculo familiar con aquél, sin que se desnaturalice el contrato a domicilio, no demeritan la tesis sostenida por el Tribunal, ni conducen a la falta interpretativa de las normas que estima violadas, pues, en primer término, ese concepto no se desprende de la letra ni del espíritu del artículo 89 del CST, ni del artículo 6º, del Decreto 210 de 1.953 que lo reglamenta para los fines indicados en el mismo estatuto. Tampoco tienen validez alguna, si se considera que la ley tiene un límite en su aplicabilidad, referido al territorio del respectivo Estado, por lo cual en el caso de autos no puede invocarse la ley extranjera para que el Juez base su decisión en ella, contrariando la norma positiva nacional que dispone lo contrario a la que menciona el acusador.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D.E., treinta de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

La señora Juana Fuentes Villamizar, por medio de apoderado, estableció juicio ordinario laboral contra Luis Enrique León, para que se le condenase a pagarle la remuneración por descanso en dominicales y días feriados, auxilio de cesantía correspondiente a ocho años de servicio, vacaciones, indemnización por mora y las costas del juicio.

Para fundamentar su acción, dijo que entre ella y el demandado existió un contrato de trabajo a domicilio que se inició en el mes de junio de 1950 y se prolongó hasta el 30 de julio de 1.958. Que la labor que le correspondió desarrollar como trabajadora a domicilio, fue la de confeccionar pantalones para el almacén que tenía el demandado en la ciudad de Pamplona; que la remuneración en el último año de servicio fue de $210,oo mensuales; que el patrono solo le pagó el valor de las obras realizadas, pero nó la remuneración correspondiente a los descansos en dominicales y festivos, no obstante haber trabajado todos los días laborables de cada semana; que durante el tiempo de la vinculación contractual, sola dejó de prestar sus servicios durante seis meses, aproximadamente, por causa de enfermedad, sin que el patrono le hubiese suministrado auxilio médico ni monetario; que el establecimiento de propiedad del demandado, para el cual prestaba sus servicios la demandante, era de carácter comercial; que fue despedida sin justa causa y sin que el patrono le pagara las prestaciones sociales que demanda.

Como fundamentos de derecho, invocó los artículos 65, 89, 186, 177, 249 y 306 del C. S. T.; la Resolución Número 105 de 1.953 del Ministerio del Trabajo, el art. 74 y siguientes del C. de P. L., en cuanto al procedimiento.

El demandado contestó la demanda por medio de apoderado, oponiéndose a las súplicas de la misma. En cuanto a los hechos, negó la mayor parte de ellos, pues solo aceptó el tercero y el quinto, y agregó las explicaciones que estimó pertinentes. Propuso las excepciones perentorias que denominó "carencia de acción" "inexistencia del contrato o relación laboral a domicilio", y la prescripción, referida ésta a la demanda sobre pago de vacaciones.

Agotado el trámite de instancia, decidió el negocio el Juez Civil del Circuito de Pamplona, que fue el del conocimiento, por sentencia de fecha 13 de junio de 1.959, por medio de la cual "declara probada en el juicio la excepción perentoria de inexistencia del contrato de trabajo a domicilio" y condena en costas a la parte actora.

Contra el fallo del juzgado apeló el apoderado de la demandante. Decidió el recurso de alzada el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, por medio de su Sala Laboral, mediante sentencia de fecha 16 de julio de 1.959, que en su parte resolutiva dispuso "revocar la excepción declarada por el juzgado en la sentencia de primera instancia" y, en cambio, absolvió al demandado de todos los cargos contra él formulados. Condenó en costas a la demandante.

La parte vencida interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que le fue concedido oportunamente. Admitido y tramitado en debida forma, la Sala pasa a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el correspondiente escrito de réplica.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.

Persigue la invalidación total del fallo para que la Corte, convertida en Tribunal de instancia, revoque el fallo proferido por el juzgado a quo y en su lugar condene al demandado a pagar a la demandante los salarios, prestaciones e indemnizaciones relacionadas en el petitum de la demanda con que se inició el juicio.

Con base en la causal primera del art. 87 del C. de P. L. formula dos cargos que se estudian en su orden.

Primer cargo

Acusa la sentencia de violar la ley por interpretación errónea de los arts. 89 del CST. y 6o. del Decreto 210 de 1.953 y como consecuencia haber dejado de aplicar los arts. 65, 172, 173, 174, 186, 187, 189, 192, 249, y 253, del CST.

El recurrente al desarrollar el cargo, reproduce de la sentencia la parte en la cual el Tribunal, en apoyo de su decisión, transcribe un comentario que, según se afirma, aparece en la obra "Régimen Laboral Colombiano", pag. 66, y que dice, lo siguiente: "Es importante observar que, aun cuando el trabajador a domicilio reciba la ayuda de miembros de su familia para la ejecución de sus

labores, existe contrato de trabajo, consagrándose de esta manera una excepción al principio general expresado en los arts. 22 y 23 del Código. Si la ayuda proviene de personas extrañas a su familia, el trabajador a domicilio ya no puede considerarse vinculado por un contrato laboral ni amparado por los beneficios que de este se derivan".

Dice el acusador, que el Tribunal con apoyo en el concepto transcrito estimó que no existía contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, por cuanto aquella tuvo a su servicio, como ayudante, en pie de igualdad, a la obrera Elena Suárez. Expresa que es errónea la afirmación del Tribunal de que un trabajador a domicilio no puede tener ayudante distinto a su propia familia. Que incurrió en la equivocada interpretación del art. 89 del CST por no tener en consideración el art. 6o. del Decreto 210 de 1.953, que es norma complementaria, posterior y de igual jerarquía a la citada disposición del Código del Trabajo.

Transcribe dicha disposición y agrega que se evidencia de modo explícito que "el legislador de emergencia de 1.953 al utilizar el término plural en el art 6º. del Decreto citado, no lo hizo por mero accidente, sino que quiso a todas luces rectificar el error cometido por el legislador de emergencia de 1.950, que en el art. 89 del CST. había usado el término singular trabajador a domicilio. La utilización de los términos, singular en 1.950, y plural en 1.953, conlleva como es obvio una variación en el significado de la Ley, y esta modificación en el significado de la ley debe entenderse diferida a la doctrina juslaboral sobre contratación a domicilio. Esto es, que el legislador de emergencia de 1.953 incorporó al derecho legislado colombiano, lo que había dejado de tener en cuenta en 1.950 el legislador de emergencia, que el contrato de domicilio no se desvirtúa por el hecho de recibir el trabajador ayuda de un ayudante que elabora, no como asalariado del trabajador a domicilio, sino en el mismo pie de igualdad, es decir, compartiendo el trabajo y el salario."

Añade que el art. 89 del CST. consigna la primitiva teoría del derecho laboral, según la cual la utilización de ayudantes desvirtúa la naturaleza del contrato de trabajo a domicilio. Que esa teoría fue recogida por la antigua legislación española, pero que luégo fue modificada por la Ley del trabajo de 1.942. Que en la legislación Argentina el trabajador a domicilio no pierde tal carácter, aun cuando en la realización del trabajo participen los miembros de la familia del obrero, un aprendiz o ayudante extraño a la misma. Que en los países anglosajones también se reputa trabajador a domicilio el que labora en asocio de ayudantes y aún subordinados, siempre que lo haga en beneficio de un patrono o empresario distinto del propio tallerista. Que, según el tratadista Mexicano Mario de la Cueva, el trabajador a domicilio puede tener ayudantes, y que el mismo criterio orienta el derecho laboral Italiano, según afirma la tratadista Riva-Sanseverino al expresar que el contrato de trabajo no se destruye por la cooperación que brinden ayudantes al trabajador domiciliario. Añade el recurrente: "Hay que hacer énfasis en que J. Ortega Torres, colombiano, trae la cita de Riva-Sanseverino al pie del art. 89 del CST., lo que quiere decir que por lo menos un tratadista colombiano, o el mejor codificador, reputa que la tesis de la tratadista peninsular debe ser recogida en Colombia." Argumenta que el tratadista Barassi en su obra "Tratado del Derecho del Trabajo", recuerda que en la Alemania de 1923 hubo una ley que establecía que el trabajo a domicilio solo podía hacerse con auxilio de los miembros de la familia, pero que tal disposición fue abrogada y hoy puede hacerse con ayuda dis

tinta de la propia familia. Que, por consiguiente, el art. 6º del Decreto 210 de 1953, abrogó la limitación establecida por el art. 89 del CST.

Termina el cargo, así: "El recto entendimiento del art. 89 del CST. no puede ser otro que el que se desprende de cotejarlo con el art. 6º del Decreto 210, para comprender sin mayor esfuerzo que el legislador no ha querido dejar sin protección al trabajador a domicilio que elabora con ayudantes, sino que estima que el trabajador o los trabajadores a domicilio son aquellos que por cuenta de un patrono o empresa prestan sus servicios en el domicilio de alguno de ellos, de manera habitual, y mediante una determinada remuneración."

Por su parte, el opositor manifiesta que el art 6º del Decreto 210 de 1953 que invoca el recurrente, no puede dársele el alcance que éste pretende. Que no se trata de un Decreto Ley como manifiesta el demandante, sino simplemente reglamentario del art 2o del Decreto 2417 bis de 1952, que, por tanto, no puede ir mas allá de la ley que reglamenta. Que el art. 89 del CST. tiene toda su vigencia, que es una disposición clara en su letra y en su espíritu, y que el Tribunal la interpretó y aplicó correctamente.

Segundo Cargo:

El recurrente lo presenta, así: "La sentencia recurrida, viola igualmente el art. 17 de la Constitución Nacional y el art. 27 del CST., por no aplicación de los mismos, en concordancia con el art. 89 del CST. y el 6o del Decreto 210 de 1.953. Tal violación es directa y conlleva la no aplicación de los arts. 65, 172, 173, 174, 186, 189, 192, 249 y 253 del CST."

Con referencia a este cargo, dice el opositor que su formulación peca contra toda técnica de casación, pues aparece enunciado pero no se demuestra, por lo cual solicita no se tenga en cuenta.

LA SALA CONSIDERA:

El Tribunal para sustentar su decisión hace un exámen y análisis de los requisitos indispensables que caracterizan el contrato de trabajo a domicilio, conforme a lo dispuesto en el art. 89 del CST. Dice que entre esos requisitos se comprende la exclusividad en cuanto al empleo del trabajo familiar, es decir, que el trabajador no puede emplear como ayudantes a trabajadores distintos de los que constituyen su familia, porque en tal caso, se convertiría en un intermediario. Que si bien, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, en el caso de autos se acreditan la mayor parte de las exigencias de las normas para que se configure la existencia de un contrato de trabajo a domicilio, no ocurre esto con el requisito antes enunciado, puesto que, mediante la declaración de la testigo Elena Suárez, se establece que no hubo exclusividad respecto al trabajo de Juana Fuentes Villamizar, por sí sola o con la ayuda de miembros de su familia, ya que, por el contrario, fue ayudada por la declarante, como empleada de la demandante Fuentes, y sin tener vínculo familiar con ésta.

Agrega el sentenciador: "Es cierto que el derecho Italiano del Trabajo acepta la intervención de terceros en la relación laboral especial de contrato a domicilio. También lo acepta el derecho Mexicano. Pero nuestro Legislador quiso expresamente excluir esta intervención y por eso el Profesor Pareja ya citado, hace el siguiente comentario: "La diferencia de nuestro sistema, consiste, principal-

mente, en que entre nosotros el trabajador a domicilio debe trabajar personalmente y no puede emplear como ayudantes sino a trabajadores de su familia, en tanto que en México el intermediario se confunde con el trabajador a domicilio puesto que él mismo puede trabajar o nó, y puede emplear también trabajadores extraños a su familia como ayudantes. Entre nosotros parece que el Código, inspirado en la doctrina social Cristiana, ha querido fortalecer la economía familiar, y con un sentido más técnico, diferenciar el contrato de trabajo con intermediario que estudiamos en las páginas 51 a 61 de esta edición, del contrato de trabajo a domicilio". Mas adelante agrega el sentenciador: "En las anteriores condiciones, necesariamente hay que absolver al demandado, no obstante que este Tribunal ha sido especialmente severo en la aplicación del art. 9 del C. S. del T. sobre protección a los trabajadores, pero naturalmente dentro de las normas citadas por el mencionado Código, que cuando son exactas y claras como el Art. 89, no permiten otra interpretación."

Exámen del primer cargo.

De acuerdo con lo expresado por el recurrente en el primer cargo, el punto de casación se concreta a determinar si conforme a las condiciones que señala el art. 89 del CST, y a lo dispuesto por el art. 6º del Decreto 210 de 1.953, es o no posible que el trabajador a domicilio pueda recibir ayuda no solo de su familia sino también de personas extrañas, sin vinculación familiar con él.

Los ordenamientos legales precitados, disponen lo siguiente:

"Art. 89 del CST. Hay contrato de trabajo con la persona que presta habitualmente servicios remunerados en su propio domicilio, solo o con la ayuda de miembros de su familia por cuenta de un patrono".

"Decreto 210 de 1.953. Artículo 6o. Se entiende que existe contrato de trabajo al tenor de lo dispuesto en el art. 89 del Código Sustantivo y para los efectos del presente Decreto, cuando aparezca plenamente establecido que el trabajador o trabajadores a domicilio reciben del patrono materias primas o elementos destinados a ser manufacturados y expedidos por cuenta de este último".

Según aparece de la disposición contenida en el art 89 del C S T, la figura del trabajo a domicilio se considera como una de las formas del contrato de trabajo, si quien presta personalmente el servicio en su domicilio, lo realiza solo o con la ayuda de miembros de su familia, en forma habitual y por cuenta de un patrono. En concepto de la Sala, esta norma, no permite entender que la ayuda requerida por el trabajador a domicilio, pueda serle suministrada por personas extrañas al grupo familiar de que él forma parte, pues estos no pueden incluirse o comprenderse entre los "miembros de su familia" que es la condición exigida por la citada disposición legal para que sea válida la ayuda en la prestación del servicio.

Por lo que hace al Decreto 210 de 1.953, debe observarse que él es reglamentario del art. 2o. del Decreto Legislativo 2417 bis de 1.952, que creó la Sección de Trabajo a Domicilio, de mujeres y menores, dependiente del Ministerio del ramo, encargada del estudio y solución de los aspectos sociales y de trabajo entre patronos y trabajadores a domicilio, en cuanto, a la costitución del contrato, pago de prestaciones, salarios, etc. La mayor parte del articulado del mencionado Decreto fija el personal y atribuciones de la referida Sección de Trabajo a Domicilio, de mujeres y de menores. Respecto a la disposición contenida en

el art. 6o., que antes se transcribió, se observa que tiene un alcance restringido a los efectos del mismo Decreto reglamentario, como lo advierte la propia disposición o sea, cumplir la finalidad de facilitar la labor de control y vigilancia que sobre el trabajo a domicilio de mujeres y menores de edad, se asigna a la citada Sección del Ministerio del Trabajo.

Por tanto, en el art. 6o. del Decreto 210 de 1953 nada puede verse que sea distinto a la simple reglamentación del art. 89 de C S T, para los fines perseguidos por el art. 2o. del Decreto Legislativo 2417 bis de 1.952. Por lo demás, si ello no fuera así, debe observarse que la reglamentación no puede ir mas allá de lo establecido en normas reglamentadas y todo proceder contrario a esto significaría extralimitación de la potestad reglamentaria que le confiere al Gobierno el art. 120 ordinal 3o. de la Constitución Nacional, lo cual bastaría para hacer inoperante, en su aplicación, la norma reglamentaria. Ocurre, sin embargo, que considerado el texto del art. 6o. del Decreto 210 de 1.953, en su contenido y alcance, no permite llegar a la conclusión que pretende el recurrente, de que esta disposición modificó lo preceptuado por el art. 89 del C S T, para permitir al trabajador a domicilio recibir ayuda en su labor por personas extrañas a su familia. Tal interpretación si sería contraria al recto sentido y entendimiento que debe darse a la norma, pues la relación laboral se desplazaría del ámbito del trabajo a domicilio hacia el plano del trabajo independiente, con la consecuente, confusión de dos instituciones jurídicas distintas, en su naturaleza y efectos.

Los argumentos del acusador, sobre el hecho de que conforme a lo establecido en otras legislaciones el trabajador a domicilio puede ser ayudado por trabajadores sin vínculo familiar con aquél, sin que se desnaturalice el contrato a domicilio, no demeritan la tesis sostenida por el Tribunal, ni conducen a la falta interpretativa de las normas que estima violadas, pues, en primer término, ese concepto no se desprende de la letra ni del espíritu del art. 89 del CST, ni del art. 6o. del Decreto 210 de 1.953 que lo reglamenta para los fines indicados en el mismo estatuto. Tampoco tienen validéz alguna, si se considera que la ley tiene un límite en su aplicabilidad, referido al territorio del respectivo Estado, por lo cual en el caso de autos no puede invocarse la ley extranjera para que el Juez base su decisión en ella, contrariando la norma positiva nacional que dispone lo contrario a la que se menciona por el acusador.

Por tanto, no aparece la violación de las normas que indica el cargo, por el concepto en que las estima infringidas el recurrente. No prospera la acusación.

Respecto al segundo cargo, como bien lo anota el opositor, el recurrente se limita a hacer el enunciado de las normas constitucionales y legales que estima infringidas por su no aplicación, sin desarrollar ni demostrar la acusación, por lo cual la Sala estima ineficáz la impugnación y se abstiene de hacer consideraciones al respecto. No prospera 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, proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, Sala Laboral.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade.- Luis Fernando Paredes A.- Luis Alberto Bravo.- José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

INDEMNIZACION MORATORIA A CARGO DE LA ADMINISTRACION EN CONTRATOS DE TRABAJO. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LAS CAJAS DE PREVISION SOCIAL. RECLAMACION GUBERNATIVA. TECNICA DE CASACION

1. Condiciones para que el patrono pueda ser eximido de la sanción moratoria. 2 Función de las Cajas de Previsión Social en cuanto a deudas originadas en relaciones laborales de índole contractual con la administración. Frente al empleado oficial, ligado por vínculo contractual de trabajo, no hay dos deudores, la administración por una parte y la respectiva Caja de Previsión Social por la otra, sino aquélla únicamente. Si dentro de la oportunidad legal la Caja no hace el pago de los créditos ni consigna su importe, el incumplimiento no libera al deudor de responsabilidad. La diputación para el pago, encargo atribuido a las Cajas de Previsión, es una especie de mandato legal. 3. En tratándose de cuestiones no simplemente de orden fáctico sino de naturaleza jurídica, la censura en casación no cave hacerla por error de hecho derivado de equivocada apreciación de la prueba. La exigencia de agotar la vía gubernativa como requisito previo a la acción judicial contra la administración. Las Cajas de Previsión, dado el limitado encargo que se les atribuye, quedan excluidas del concepto de organismo gubernativo. 4 Indemnización moratoria a cargo de entidades administrativas en relaciones laborales de índole contractual.

1- Se ha dicho por la jurisprudencia que al patrono no le basta negar la existencia de una obligación emanada del contrato de trabajo para librarse de la sanción por mora que la ley establece, sino que debe aducir al proceso pruebas razonables que demuestren la buena fe que lo movió al tomar la determinación.

2- Las Cajas de Previsión Social son diputadas para el pago; su función se limita a reconocer y cancelar las deudas originadas de las relaciones de trabajo entre la administración y sus servidores. Por tanto, sujeto pasivo de ellas no son las Cajas, sino el ente administrativo a quien representan. Así se deduce claramemte de lo dispuesto por la ley 6ª. de 1945. En efecto, su artículo 18 autorizó al Gobierno para organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, "a cuyo cargo, reza el precepto, estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior", esto es, a las que surjan durante la relación de trabajo y después de su extinción. Atribución igual ejercen las Cajas de Previsión Social instituídas por las entidades secundarias de derecho público respecto de sus servidores. Si bien el artículo 19 de la misma ley dice que la Caja que ordena organizar será una persona jurídica autónoma, tal circunstancia no la hace independiente de la administración pública; continúa perteneciendo a ella, en cuyo nombre y representación actúa. Apenas puede verse en la institución un servicio público descentralizado; cuando ello ocurre, el Estado obra a través de ese servicio, como

lo haría si la manejara directamente. En resumen: frente al empleado oficial, ligado a la administración por vínculo contractual de trabajo, no hay dos deudores, la administración por una parte y la Caja de Previsión Social por la otra, sino aquélla únicamente. Se sigue de lo expuesto que es inaceptable el argumento de que la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá tuvo la creencia de no considerarse obligada al pago de la cesantía sino la Caja de Previsión Social del Distrito, por lo cual no puede servir de sustento a la buena fe que de ella predica la sentencia para librarla de la sanción por mora.

Contra la anterior conclusión no valdría arguir que el actor fué negligente al presentar a la Caja el reclamo sobre pago de las acreencias laborales, porque es obligación suya liquidar las deudas que sean procedentes por salarios, prestaciones e indemnizaciones y poner su importe a órdenes del empleado, para lo cual dispone del término de 90 días a partir de la expiración del contrato de trabajo, o, en su defecto, depositarlo ante autoridad competente (decreto 797 de 1949, inciso último del parágrafo 2o. del artículo 1o. en relación con el inciso 1o. del mismo parágrafo). Frente a la inactividad del actor en exigir el pago de las obligaciones, el medio para purgar la mora y sus efectos lo indica con toda claridad el estatuto mencionado. Por consiguiente, si dentro de la oportunidad legal la Caja no hizo el pago de los créditos ni consignó su importe, el incumplimiento no libera al deudor de responsabilidad. La diputación para el pago, encargo atribuído a las Cajas de Previsión, es una especie de mandato legal, de manera que si el representante se abstiene de ejecutarlo, no por ello el representado queda exento de sus obligaciones, pues el mandatario es un simple órgano de la voluntad del mandante en cuyo nombre actúa, según conocido principio consagrado en el Código Civil.

3 Debe la Sala rectificar el concepto del sentenciador, según el cual, el demandante ha debido presentar el reclamo administrativo a la Caja de Previsión Social y no a la entidad demandada o sea la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, ante quien se surtió la actuación. No da base el cargo para el exámen de este punto, porque se formula por error de hecho derivado de equivocada apreciación de la prueba. La cuestión no es simplemente de orden fáctico sino de naturaleza jurídica, por lo cual la censura contra el fallo no cabe hacerla por el motivo de casación que alega el recurrente.

De acuerdo con el artículo 6o. del CPL, las acciones contra una institución o entidad de derecho social, solo podrán iniciarse cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente. Trátase de la ejecución de un acto prejudicial, exigido por la ley como requisito de procedibilidad para promover la acción.

Ahora bien: en el asunto litigioso, la demanda se dirigió contra una persona autónoma dotada de personería jurídica. Fue ella la llamada al juicio en calidad de patrono, de modo que, para el caso, es la que tiene la calidad de persona gubernativa, pues a su cargo corría la dirección y administración de las obras en que prestó servicios el demandante. El encargo atribuído a las Cajas de Previsión Social, limitado al reconocimiento y pago de las deudas laborales, basta para excluírlas del concepto del organismo gubernativo, fuera de la órbita de toda función de gobierno o de administración.

En las relaciones laborales entre los empleados oficiales y la administración pública, si son de índole contractual, como lo que se estudia, cuando

se presenta la situación de hecho a que se refiere el artículo 1o. inciso 1o. y los parágrafos 1o. y 2o. de la misma disposición, lo que procede es el pago de la indemnización por mora. Con sujeción a ese criterio, acogido por la jurisprudencia de esta Sala, el fallo del Juez de primera instancia produjo la condena al pago de la referida indemnización, que por las razones expuestas la Sala halla ajustada a derecho.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. treinta de julio de mil novecientos sesenta y cuatro

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Manuel Antonio Rojas contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá.

I.- ANTECEDENTES.

En sus fundamentos de hecho afirma la demanda que Rojas le prestó servicios a la Empresa según contrato de trabajo consignado por escrito; que en desarrollo de éste desempeñó el cargo de Palero 2o. en la Sección de Construcciones y especialmente en la ejecución de la Dársena de Procedimentación del Acueducto de Tibitó; que como duración del vínculo se estipuló un término de cuatro meses contados a partir del 23 de octubre de 1.958, previéndose su prórroga para el caso de que la obra exigiera un tiempo mayor para su terminación; que el salario pactado fue la suma de $25.oo diarios; que el actor laboró al servicio de la empresa del 23 de octubre de 1.958 al 28 de febrero de 1.959; que vencido el Plazo del contrato, el patrono lo dió por terminado injustamente, sin habérsele cubierto los perjuicios por lucro cesante; que agotó le vía administrativa sin resultado, pues la Empresa se abstuvo de pagarle las obligaciones exigidas en el reclamo.

II.- LA LITIS.

Con fundamento en los hechos expuestos pide el demandante que por sentencia se haga la declaración de que entre las partes existió un contrato de trabajo, y se la condene en consecuencia a pagarle las sumas de dineros que resulten de la liquidación por estos conceptos: prima proporcional de servicios, cesantía, perjuicios compensatorios y moratorios, y las costas del juicio.

Como fundamentos de derecho cita la ley 6a. de 1.945, el Decreto 2127 del mismo año y demás normas pertinentes.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo y el tiempo servido pero solo hasta el 23 de febrero de 1.959, e igualmente el salario. Manifiesta que el vínculo terminó por expiración del plazo convenido y no por despido del empleado; que no le corresponde a la Empresa el pago de la cesantía sino a la Caja de Previsión Social del Distrito Especial de Bogotá. Con base en ese hecho propuso la excepción de inepta demanda. También adujo la de declinatoria de jurisdicción.

III - LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera declaró no probadas las excepciones dilatorias propuestas por la entidad demandada, resolución confirmada por el superior. En tal virtud la litis fue decidida en el fondo por el Juzgado del conocimiento, que lo fue el 2o. del Trabajo de Bogotá. La sentencia, de fecha 30 de enero de 1.962, previa declaración sobre existencia de la relación de trabajo entre las partes, condenó a la Empresa a pagar al demandante la suma de $264,40 por auxilio de cesantía, y a la de $25,oo diarios a partir del 29 de mayo de 1.959, a título de indemnización moratoria, hasta que cancele la deuda por cesantía. La absuelve de los demás cargos y la condena en un 50% de las costas.

La sentencia de segundo grado, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, de fecha 22 de febrero de 1.962, decisoria del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el fallo del Juzgado a quo, confirmó el de éste en cuanto a la condena por cesantía, lo revocó respecto a la de indemnización moratoria, la modificó en relación con la condena en costas, que reduce al 10%, confirmándola en sus demás disposiciones.

Contra la providencia del Tribunal interpuso la parte demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparado, se halla en estado de recibir sentencia.

IV - LA DEMANDA DE CASACION

Aspira a que se case la sentencia recurrida en cuanto se abstuvo de condenar a la empresa al pago de la indemnización moratoria, y a que, en su lugar, confirme la Corte el fallo de primer grado. Fija así el alcance de la impugnación.

Formula un solo cargo con invocación de la causal primera de casación. En él acusa violación indirecta, por aplicación indebida, del Decreto 797 de 1.949, en los parágrafos 1o. y 2o. de su artículo 1o. En su desarrollo acusa también infracción del art. 11 de la ley 6a. de 1.945, norma que, según la jurisprudencia, sirve de fundamento al citado decreto que la desarrolla.

Alega el acusador que la ley 6a. de 1.945, en su art. 12 (cita por error el 26) establece el derecho al auxilio de cesantía y el 11 del estatuto, el relativo a la indemnización de perjuicios en caso de incumplimiento del contrato, principio que desarrolla el decreto 797 de 1.949, reglamentario de la citada norma, en el sentido de que en tal evento el contrato subsiste con todos sus efectos entre otros, el de que el responsable de la infracción, si es el patrono, debe pagar al empleado la indemnización por mora.

La violación se produjo a causa de evidente error de hecho por mala apreciación de unas pruebas y falta de estimación de otras. Consistió el error en dar por demostrado, sin estarlo, que el patrono, al expresar que no estaba obligado al pago de la cesantía, obró de buena fe y, por tanto, podía ser eximido de la sanción por mora, demostrando las pruebas del juicio lo contrario.

Como elementos probatorios mal apreciados señala el cargo la nota del 20 de mayo de 1.961 (fs. 9 y 10); y la inspección ocular (fs. 44 a 46).

Para demostrar el error derivado de la falsa estimación de las pruebas, dice el acusador:

Por medio de la nota de mayo de 1.961 la empresa dió respuesta al reclamo administrativo que hizo la demandante sobre el pago de deudas por cesantía o indemnización moratoria, manifestándole que la obligación por el primer concepto debía atenderla la Caja de Previsión Social de Bogotá, y que si ante ella no había hecho el reclamo, ninguna responsabilidad le cabe al patrono.

De esa prueba deduce la sentencia que la empresa tuvo una causa justificativa para abstenerse de cubrir el auxilio de cesantía. Censura el concepto porque nadie puede crearse a constituir prueba en su favor, a menos que demuestre los hechos que alega, y al respecto la nota no es un medio probatorio eficaz, porque se funda en afirmación del propio interesado. La actitud asumida por el patrono apenas representa una postura de carácter mental, insuficiente para acreditar la buena fe.

Con relación a la prueba de inspección ocular, hace estas consideraciones:

En el acta correspondiente se inserta el texto del proyecto de resolución aprobada por la Junta Directiva de la empresa (art. 1o.), según el cual, a partir del 1o. de enero de 1.961 reasumiría lo relacionado con la previsión social de sus trabajadores. De esa prueba no vale el Tribunal para decir que el patrono obró de buena fe al manifestar que no se creía obligado al pago de la cesantía. El recurrente considera la apreciación equivocada, porque no se deduce de tal afirmación que hubiera tenido la creencia de no hallarse obligado al pago del auxilio. Menos justificada -agrega- resulta la excusa si se tiene en cuenta que el reclamo administrativo le fue formulado el 13 de mayo de 1.961 (f. 5), fecha para la cual ya había asumido directamente la empresa el pago de las prestaciones sociales de sus empleados.

Como prueba ineficaz por el Tribunal señala el acusador el reclamo administrativo, formulado por el demandante ante la empresa. Dice el recurrente que el acto debe cumplirse ante el patrono, que para el caso es la entidad administrativa o gubernativa correspondiente, y no ante la Caja de Previsión Social de Bogotá. Agrega que no existe norma legal que así lo disponga, aparte de que en el juicio no se probó la existencia de la Caja, según lo anota el Tribunal, y, además, tampoco se estableció la circunstancia de que Rojas hubiera sido afiliado a la nombrada institución.

Anota el impugnador que la sentencia, para condenar al pago de la cesantía, no aceptó el argumento de la empresa en el sentido de que la obligada a cubrir la prestación era la Caja de Previsión Social, para lo cual se fundó el hecho de que en el proceso no hay prueba que acredite su existencia, o sea la copia del acuerdo o reglamento correspondiente, pero que, para efectos de la indemnización moratoria, abandona ese criterio para decir que el Juzgado, al condenar al pago de aquélla no tuvo en cuenta que existió de parte de la empresa una causa justificada, "o sea la de que no se creía obligada a pagar al actor el auxilio de cesantía," razonamiento en su concepto contradictorio.

Se estudia el cargo.

Examina la Sala las pruebas que para el acusador fueron mal apreciadas por la sentencia, a saber:

a) La nota del 20 de mayo de 1.961 (fs. 9 y 10).

En lo pertinente dice la comunicación: "Las prestaciones correspondientes a cesantía eran pagadas en esa época por la Caja de Previsión Social. Por consiguien-

le, si el trabajador no ha reclamado esas prestaciones, la culpa no es suya y en ello no tiene ninguna responsabilidad la empresa". Con tal fundamento negó las peticiones contenidas en el reclamo del demandante.

b) La inspección ocular (fs. 44 a 46).

El acta que la recoge transcribe una resolución de la Junta Directiva aprobada por la entidad demandada. Inserta el art. 1o. de la resolución, de este tenor: "A partir del 1o. de enero de 1.961 la Empresa de Acueducto y Alcantarillado asumirá en forma total y directa la prestación de los servicios asistenciales y de previsión social de sus trabajadores".

Como no estimada por la sentencia señala el cargo el documento del folio 5.

Se trata del reclamo administrativo presentado al Gerente por el apoderado del actor, por el cual exige el pago de la cesantía y de la indemnización moratoria, de fecha 13 de mayo de 1.961. La respuesta a la reclamación es la nota antes citada del 20 de los mismos mes y año.

Dice el Tribunal al estudiar la petición de la demanda inicial sobre pago de la cesantía: "Si bien es cierto que la demandada ha sostenido a través del juicio que quien debe pagar esta prestación de los trabajadores de la empresa de Acueducto y Alcantarillado, es la Caja de Previsión Social del Distrito, esta afirmación no encuentra respaldo probatorio en autos, ya que no se aportó la copia autenticada del Acuerdo o Reglamento que así la estatuya. Procede por consiguiente acceder a esta súplica de la demanda".

En el análisis que hace el fallador de la pretensión al pago de la indemnización moratoria expresa que el fallo de primer grado accede a ella, "habida cuenta de que transcurridos los 90 días de que habla el decreto 797 de 1.949, no se le pagó al trabajador demandante el auxilio de cesantía, pero para tal determinación no tuvo en cuenta el Juzgado que existió por parte de la demandada una causa justificativa para proceder así, o sea la de que no se creía obligada a pagar al actor el auxilio de cesantía". Así lo expresa al apoderado del demandante en nota de fecha 20 de mayo de 1.961 al dar contestación al reclamo formulado por el doctor Arévalo Ch. Después de transcribir el párrafo conducente de la comunicación, prosigue el sentenciador:

"No figura por ninguna parte comprobación de que se hubiera reclamado ante la Caja tal como se indicó en la nota oficial de que acabo de hacerse mérito.... De manera que la demora en el pago no puede en ningún caso atribuirse a culpa o negligencia de la demandada.

"También encuentra respaldo lo afirmado por dicha entidad en lo que se constató en la diligencia de inspección ocular, en la que se transcribe la resolución 1606 de 9 diciembre de 1.960 por la cual la empresa reasumió a partir del 1º. de enero de 1.961, el pago de las prestaciones sociales de sus trabajadores.

"De manera que la empresa siempre obró de buena fe en el presente asunto y no es entonces jurídico condenarla a pagar la indemnización moratoria, la que como es sabido es una sanción a la mala fe y a la falta de motivos justificativos por el no pago oportuno de las prestaciones sociales a los trabajadores".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Para librar al patrono de la condena al pago de la indemnización por mora, estimó el Tribunal que la empresa obró de buena fe al negarse a cubrir la cesantía causada durante la vigencia del contrato, motivo que también la indujo a no consignar su importe ante la autoridad competente. Se atuvo al respecto al criterio jurisprudencial que informa la aplicación de las normas legales relativas a la mencionada indemnización, que para el caso son las contenidas en el decreto 797 de 1.949, reglamentario del art. 11 de la ley 6ª. de 1.945.

Considera el recurrente que la sentencia incurrió en error de hecho en su actividad probatoria, porque los elementos de juicio corrientes en autos demuestran que no fué justificada la renuencia del patrono en el pago de las deudas y, de consiguiente, no acreditan la buena fe con que obró al rehusar su cancelación.

2. Se ha dicho por la jurisprudencia que al patrono no le basta negar la existencia de una obligación emanada del contrato de trabajo para librarse de la sanción por mora que la ley establece, sino que debe aducir al proceso pruebas razonables que demuestren la buena fe que lo movió al tomar la determinación.

3. Cumple examinar ahora si la sentencia se ajustó a la orientación trazada por la doctrina, o, si por el contrario, se apartó de ella, como lo afirma el acusador.

4. El contrato de trabajo, fuente de los derechos reclamados en el juicio, fue celebrado entre la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, en calidad de patrono, y Manuel A Rojas, como trabajador. Partes en ese contrato y únicos sujetos de las obligaciones que de él hubieran podido derivarse fueron, por consiguiente, quienes lo celebraron.

5. Las Cajas de Previsión Social son diputadas para el pago; su función se limita a reconocer y cancelar las deudas originadas de las relaciones de trabajo entre la administración y sus servidores. Por tanto, sujeto pasivo de ellas no son las Cajas, sino el ente administrativo a quien representan. Así se deduce claramente de lo dispuesto por la ley 6ª. de 1.945. En efecto, su art. 18 autorizó al Gobierno para organizar la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros nacionales, "a cuyo cargo, reza el precepto, estará el reconocimiento y pago de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior", esto es, a las que surjan durante la relación de trabajo y después de su extinción. Atribución igual ejercen las Cajas de Previsión Social instituídas por las entidades secundarias de derecho público respecto de sus servidores. Si bien el art. 19 de la misma ley dice que la Caja que ordena organizar será una persona jurídica autónoma, tal circunstancia no la hace independiente de la administración pública; continúa perteneciendo a ella, en cuyo nombre y representación actúa. Apenas puede verse en la institución un servicio público descentralizado; cuando ello ocurre, el Estado obra a través de ese servicio, como lo haría si lo manejara directamente. En resúmen: frente al empleado oficial, ligado a la administración por vínculo contractual de trabajo, no hay dos deudores, la administración por una parte y la Caja de Previsión Social por la otra, sino aquella únicamente. Se sigue de lo expuesto que es inaceptable el argumento de que la empresa tuvo la creencia de no considerarse obligada al pago de la cesantía sino la Caja de Previsión, por lo cual no puede servir de sustento a la buena fe que de ella predica la sentencia para librarla de la sanción por mora.

6. Contra la anterior conclusión no valdría argüir que el actor fue negligente al presentar a la Caja el reclamo sobre pago de las acreencias laborales, porque es obligación suya liquidar las deudas que sean procedentes por salarios, prestaciones e indemnizaciones y poner su importe a órdenes del empleado, para lo cual dispone del término de 90 días a partir de la expiración del contrato de trabajo, o, en su defecto, depositarlo ante autoridad competente (Decreto 797 de 1.949 inciso último del parágrafo, 2o. del art. 1o. en relación con el inciso 1o. del mismo parágrafo) Frente a la inactividad del actor en exigir el pago de las obligaciones, el medio para purgar la mora y sus efectos lo indica con toda claridad el estatuto mencionado. Por consiguiente, si dentro de la oportunidad legal la Caja no hizo el pago de los créditos ni consignó su importe, el incumplimiento no libera al deudor de responsabilidad. La diputación para el pago, encargo atribuido a las Cajas de Previsión, es una especie de mandato legal, de manera que si el representante se abstiene de ejecutarlo, no por ello el representado queda exento de sus obligaciones, pues el mandatario es un simple órgano de la voluntad del mandante en cuyo nombre actúa, según conocido principio consagrado en el Código civil.

7. Con relación a la inspección ocular la sentencia dice que es otro elemento de juicio en abono de la buena fe de la empresa, porque según el documento que inserta resumió el pago de las prestaciones sociales de sus trabajadores desde el mes de enero de 1.961. Para la Sala no es valedero el *argumento*, por estas razones: Es cierto que cuando el contrato de trabajo terminó (febrero de 1.959), era la Caja de Previsión Social la encargada de atender las obligaciones laborales en favor de los empleados de la empresa, pero esa función la tuvo hasta el 31 de diciembre de ese año, asumiendo directamente la empresa su pago desde enero del año siguiente, como lo demuestra la inspección judicial. De manera que si para mayo de 1.961, fecha del reclamo administrativo, aun se hallaban insolutas las deudas materia del pleito, quiere ello decir que la Caja no las había satisfecho en la oportunidad legal ni había efectuado la consignación de su valor ante la respectiva autoridad, por lo cual el incumplimiento de la entidad pagadora no podía tener el efecto de liberar a la empresa patronal deudora de la obligación de cancelarlas, como erróneamente lo entiende el Tribunal.

Prospera el cargo.

Debe la Sala rectificar el concepto del sentenciador en el sentido de que el demandante ha debido presentar el reclamo administrativo a la Caja de Previsión Social y no a la entidad demandada, ante quien se surtió la actuación. No da base el cargo para el examen de este punto, porque lo formula por error de hecho derivado de equivocada apreciación de la prueba. La cuestión no es simplemente de orden fáctico sino de naturaleza jurídica, por lo cual la censura contra el fallo no cabe hacerla por el motivo de casación que alega el recurrente.

De acuerdo con el art. 6º. del CPL. las acciones contra una institución o entidad de derecho social, sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente. Trátase de la ejecución de un acto prejudicial, exigido por la ley como requisito de procedibilidad para promover la acción.

Ahora bien: en el asunto litigioso, la demanda se dirigió contra una persona autónoma dotada de personería jurídica, aspecto que no ha sido materia de controversia entre las partes. Fue ella la llamada al juicio en calidad de patrono, de modo que, para el caso, es la que tiene la calidad de persona gubernativa,

pues a su cargo corria la dirección y administración de las obras en que prestó servicios el demandante. El encargo atribuído a las Cajas de Previsión Social, limitado al reconocimiento y pago de las deudas laborales, basta para excluirlas del concepto del organismo gubernativo, fuera de la órbita de toda función de gobierno o administración.

FALLO DE INSTANCIA.

El de primer grado accedió a la súplica sobre condena al pago de la indemnización moratoria por estimar que la empresa, sin motivo justificado, se abstuvo de pagar la deuda por cesantía, dando aplicación a las normas pertinentes del decreto 797 de 1.949.

En el estudio del primer cargo la Sala llegó a la conclusión de que la buena fé con que según el fallo del ad quem obró la empresa al negarse al pago de la cesantía, no tiene en el proceso respaldo probatorio atendible. No era, pues, del caso tomar en cuenta ese factor eximente de la responsabilidad del patrono ideado por la doctrina para abstenerse de dar aplicación a las normas del precitado estatuto.

En las relaciones laborales entre los empleados oficiales y la administración pública, si son de índole contractual, como la que se estudia, cuando se presenta la situación de hecho a que se refieren el art. 1o. inciso 1o. y los parágrafos 1o. y 2o. de la misma disposición, lo que procede es el pago de la indemnización por mora, con sujeción a ese criterio, exigido por la jurisprudencia de esta Sala, el fallo del a quo produjo la condena al pago de la referida indemnización, que por las razones expuestas la Sala halla ajustada a derecho.

A mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en cuanto absuelve a la empresa demandada de la condena al pago de la indemnización por mora, y en su lugar, confirma lo resuelto sobre el mismo punto por la sentencia de primera instancia. No la casa en lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Adán Arriaga Andrade.- Luis Alberto Bravo.- Luis Fernando Paredes.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION DE VARIAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. EXAMEN DE PRUEBAS Y EN ESPECIAL DE LA PRETENDIDA CONFESION DE LA DEMANDA. ERROR DE HECHO EN LA SENTENCIA ACUSADA Y CONSIGUIENTE APLICACION INDEBIDA DE LA LEY.

Infundada estimación de confesión presunta. Conducta procesal reprochable de una de las partes e influencia de esta conducta en la valoración de las pruebas.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL Bogotá D. E. treinta y uno de julio de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

JUAN CELISTUM T. demandó, por conducto de apoderado, a la COMPAÑIA FRUTERA DE SEVILLA, domiciliada en Santa Marta, para que fuera condenada a pagarle indemnización por concepto de enfermedad profesional; indemnización por incapacidad permanente parcial adquirida con ocasión del trabajo, o sea pensión de invalidez; el valor de las drogas que necesitó para su adecuado tratamiento, y que la empresa no le suministró; el valor de las consultas médicas y exámenes radiológicos y de laboratorio; indemnización por rompimiento unilateral, intempestivo e injusto del contrato de trabajo; pago en dólares de prima, cesantía y horas extras; "salarios caídos" e intereses por mora en el pago de las prestaciones y las costas del juicio.

Relata la demanda que el 15 de enero de 1.954 el actor comenzó a trabajar, bajo la dependencia de la Compañía Frutera de Sevilla, como mecánico Diesel, encargado del manejo del soplete-metalizador; que devengó un sueldo de US $360.00 dólares mensuales; que la empresa lo retiró del servicio en forma injusta e intempestiva el 15 de febrero de 1.957, cuando padecía enfermedad profesional, habiéndose limitado al pago de tratamientos insuficientes; que no le reconoció la indemnización proveniente de incapacidad permanente parcial y que no le pagó prestaciones sociales por ningún concepto ni la sobrerremuneración correspondiente al trabajo en horas extras diarias.

En la contestación, la empresa negó la mayor parte de los hechos, según la versión que de ellos dió la demanda. En cuanto al auxilio por enfermedad, manifestó que al actor se le reconoció y pagó, además de la asistencia médica, quirúrgica, hospitalaria y farmacéutica, el auxilio monetario correspondiente a seis meses, así: 90 días a razón de US$240.00 dólares mensuales y 90 días a razón de US$180.00 dólares mensuales. Negó que tuviera derecho a la pensión de invalidez de que trata el artículo 278 del CST., pues no estuvo incapacitado para procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que venía devengando. Acerca de las prestaciones sociales dijo que el demandante recibió auxilio de cesantía, vacaciones y pre-aviso de 45 días. Y en lo relativo al trabajo en horas extras, hizo la observación de que aún en el supuesto de que lo hubiera realizado, no

tendría derecho a sobrerremuneración por haber desempeñado cargos de dirección y confianza.

En su sentencia, el Juzgado Unico del Trabajo de Santa Marta, absolvió a la Compañía demandada de todos los cargos del libelo inicial.

Llegado el negocio en consulta al Tribunal Superior de Santa Marta -Sala Civil Laboral-, esta entidad reformó el fallo del a-quo en el sentido de condenar a la Compañía Frutera de Sevilla a pagar al señor Juan Chilstum la suma de US$935.42 dólares por concepto de primas de servicio y US$12.00 dólares diarios por cada día de retardo, desde el 15 de febrero de 1.957 hasta la fecha en que se efectúe el pago del valor de las mencionadas primas. Salvó su voto el Magistrado doctor Gabriel Pimienta.

Contra el fallo de segunda instancia, el apoderado de la entidad demandada interpuso el recurso de casación que va a decidirse, previo el estudio de la demanda que lo sustenta y del escrito de oposición.

Con base en la causal primera del artículo 87 del C.P.T., el recurrente formula dos cargos.

Primer cargo.

Acusa por aplicación indebida de los artículos 65 y 306 del C.S.T., a consecuencia de evidentes errores de hecho en que incurrió el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda y su respuesta, del finiquito suscrito por el actor (F.21, cuaderno principal) y de las diligencias de consignación que integran el segundo cuaderno, y por falta de estimación de las cartas del actor (Fs. 5 y 22); de las facturas, recetas y certificados médicos de fs. 6 a 13, 15, 17, 25 y 26; del pliego de posiciones sin abrir (f. 41), frente a la declaración consignada en el acta del 22 de enero de 1.960 (f. 66); de la carta de la empresa de f.16; del acta de conciliación (f.14); del acta judicial f.43, correspondiente a la audiencia de 17 de noviembre de 1.958, y del desistimiento allí consignado; y de las declaraciones del Dr. Jorge Camacho (fs.55 a 56) y del gerente del Banco de Colombia, don Alfonso González Rubio (f.56 a 57).

Sintetiza los errores de hecho así:

"a). Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa aceptó NO HABER PAGADO las primas de servicio.

"b). No dar por demostrado, estándolo, que el actor admitió que la empresa estaba libre de toda obligación legal para con él, precisamente POR CONCEPTO DE PRIMAS hasta el 26 de febrero de 1.957, haciéndolo constar así con su firma.

"c). Dar por establecido, cuando de autos resulta todo lo contrario, que la empresa actuó de mala fé en el reconocimiento de lo debido al actor".

En desarrollo del cargo sostiene que al afirmarse en el hecho séptimo de la demanda que el actor "no recibió el pago de las prestaciones sociales por ningún concepto", sin mencionar concretamente la prima, y teniendo en cuenta que en los hechos anteriores, cuarto, quinto y sexto, viene hablando de las prestaciones debidas por razón de la ruptura del contrato y que debían pagársele entonces, no puede entenderse que ese hecho así enunciado, aludiese a la prima de

ese año, que no se había causado ya que el contrato terminó el 14 de febrero, o sea cuando no habían transcurrido tres meses del primer semestre de 1.957, ni tampoco a las primas de los años anteriores, porque la ley no remite su pago a la época de la extinción del contrato (como sí lo hace para las vacaciones causadas y no disfrutadas y para la cesantía), sino que fija las épocas precisas de su pago, que son "el último día de junio" y "los primeros 20 días de diciembre". Luego, no habiendo afirmado expresamente el actor que se le adeudaban las primas de los años anteriores, la empresa podía creer que el término genérico de "prestaciones" se refería solo a aquellas que debían pagarse a la terminación del contrato y con ese motivo. Añade que, por otra parte, documentos tales como la carta del 29 de septiembre de 1.957, folio 5, en que el demandante habla del estado de su salud, posterior a la operación y al tratamiento que la empresa le suministró; el certificado del folio 26 fechado el 3 de octubre de 1.957, que dá cuenta de que al ser examinado por órden de la empresa resultó sano; el acta del 17 de ese mismo mes (f.14), sentada en la Inspección del Trabajo, de la cual aparece que el actor reclama exclusivamente la indemnización por enfermedad profesional, y, en general, todas las pruebas acompañadas a la demanda, las cuales se relacionan solo con ese punto, llevaron a la demandada a la interpretación que se ha señalado. Respecto del finiquito, dice que fue apreciado erróneamente por haberse perdido de vista que en él se hace referencia expresa a los puntos marcados con "XXX" (trabajos ejecutados, bonificaciones, enfermedad y primas) Para indicar que nada se adeuda hasta entonces por esos conceptos, y que contiene esta declaración inequívoca. "Recibí la suma de un mil seiscientos cuarenta y tres dólares, 30/100 moneda americana en pago total de las PRESTACIONES SOCIALES y trabajos ejecutados ARRIBA DETALLADOS, quedando definitivamente terminado mi contrato con la empresa, y ESTÁ LIBRE DE TODA OBLIGACION LEGAL Y CONTRACTUAL CONMIGO". (subraya el recurrente).

Anota, asimismo, que si la empresa no adujo la prueba específica de los pagos en dólares de todas las primas, prueba que el recurrente ofrece presentar, y que efectivamente presentó, aunque no pueda ser apreciada como parte integrante de los autos, fue debido a la circunstancia de que, habiendo desistido el apoderado del actor de la práctica de la diligencia de inspección ocular, con la manifestación de que los hechos materia de ella ya se encontraban acreditados en los autos, el debate se circunscribió a la naturaleza y consecuencias de la enfermedad.

"Los referidos errores de hecho -dice el recurrente- indujeron al sentenciador colegiado a aplicar el art. 306 del CST. que obliga al pago de la prima de servicios cada seis meses, a un caso no regulado por dicha disposición, como quiera que tal prima fue religiosamente pagada en su oportunidad y el actor extendió por esa razón su finiquito sin ninguna reserva o salvedad al respecto. E igualmente lo indujeron a aplicar el art. 65 del mismo Código, sobre sanción por mora en el pago, cuando dicha mora no existió".

El opositor sostiene que el ad-quem no incurrió en los errores de hecho que le imputa el recurrente, y afirma que en el libelo inicial se solicitó expresamente "el pago por concepto de primas", en el punto octavo de la parte petitoria.

SE CONSIDERA:

El fallo acusado reformó el de primera instancia, que absolvió a la Compañía Frutera de Sevilla de todos los cargos de la demanda, para condenarla, en

cambio, a pagar al actor las primas de servicios correspondientes a los años de 1.954, 1.955 y 1.956, y la indemnización moratoria derivada de la falta de pago oportuno de dichas primas.

De manera que el alcance de la impugnación, en cuanto persigue que sea casada totalmente la sentencia recurrida y que, en instancia, se confirme la de primer grado, se dirige a que la entidad demandada sea absuelta de la condena por primas de servicios e indemnización moratoria.

En la motivación de la sentencia, el Tribunal Superior de Santa Marta, Sala Civil Laboral, dice al respecto:

"En el caso de autos tiene lugar la prima de servicio prevista en el artículo 306 del C. Sustantivo del Trabajo, literal a), por tratarse de trabajador al servicio de una empresa de capital mayor de $200.000.oo, o sea la correspondiente a un mes de salario, pagadero por semestre del calendario, en la siguiente forma: una quincena el último día de junio y otra quincena en los primeros veinte (20) días de diciembre, a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y no hubieren sido despedidos por justa causa.

"Teniendo en cuenta lo anterior y que, según lo aceptado por el representante de la empresa demandada, que es lo que hay que aceptar a falta de otra prueba al respecto, el trabajador entró a trabajar al servicio de aquélla el día 16 de enero de 1.954 y dejó de hacerlo el día 14 de febrero de 1.957, teniendo en cuenta ésto, se repite, el derecho a la prima de servicio se causó durante el lapso comprendido entre aquélla primera y ésta última fecha, de acuerdo con la ley.

"Para saber si en realidad el actor tiene derecho a esa prima, y a que por la empresa demandada se la pague, hay que considerar lo siguiente:

"El apoderado de aquél en el punto 7o. de los hechos de la demanda, dice que su mandante no recibió el pago de prestaciones sociales por ningún concepto. Y el apoderado de ésta contestó ese punto diciendo que "el demandante recibió el auxilio de cesantía, vacaciones y preaviso de 45 días". De esta contestación se deduce que la empresa acepta no haber pagado la prestación consistente en prima de servicio, pues, que, de no haberla aceptado, habría dicho que había pagado no sólo cesantía, vacaciones, y preaviso sino también la referida prima de servicio. Y como se observa además que no expeccionó nada al respecto, hay que concluir que la referida prima de servicio opera en el caso de autos por ministerio de la ley a favor del actor."

ESTA SALA OBSERVA:

Refiriéndose a la afirmación contenida en el hecho séptimo de la demanda, según la cual "Mi mandante no recibió el pago de prestaciones sociales por ningún concepto", la empresa se limitó a contestar: "El demandante recibió el auxilio de cesantía, vacaciones y preaviso de 45 días".

Si bien es cierto que la entidad demandada pudo haber sido más explícita en su respuesta, no es por ello exacto en manera alguna que hubiese aceptado "no haber pagado la prestación consistente en prima de servicio", como lo da por establecido el fallador. Y como la única prueba de la cual éste dedujo la

presunta confesión de aquélla, es la mencionada respuesta, resulta demostrado el error de hecho que alega el recurrente y que llevó al sentenciador a la aplicación indebida de los artículos 306 y 65 del C. S. T.

Prospera, pues, este cargo, por lo cual la sentencia acusada habrá de casarse en lo pertinente.

Como el segundo cargo persigue la misma finalidad del anterior, a través de una modalidad distinta de violación de los artículos 65 y 306 del C. S. del T., no es necesario estudiarlo.

Para resolver en instancia, además de lo que se expuso anteriormente, se considera:

En el documento del folio 21 del primer cuaderno, que contiene la "Liquidación final al terminar el contrato de trabajo", el actor mediante el reconocimiento y pago de la suma de US $1.643,30 en razón de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas y preaviso, declaró a la empresa "Libre de toda obligación legal y contractual" para con él, admitiendo, así mismo, sin protesta, la no inclusión de cantidad alguna por concepto de primas en la respectiva casilla del finiquito. Y habiendo resultado enfermo posteriormente, la empresa le prestó los necesarios servicios médicos, quirúrgicos, etc. (Ver cartas de folios 16, 22, 25 y 26 y declaración del doctor Jorge Camacho Moya, folio 58, primer cuaderno) y le pagó el correspondiente auxilio monetario. (Ver declaración del señor Alonso González Rubio, gerente del Banco de Colombia en Santa Marta, folio 59, primer cuaderno, y folios 1 a 14, segundo cuaderno). Ello no obstante, en el libelo de demanda manifestó no haber recibido "el pago de prestaciones sociales por ningún concepto", lo cual, siendo contrario a la evidencia en lo relativo a cesantía, vacaciones y auxilio por enfermedad, implica una conducta procesal reprochable, que conduce a la presunción de que el demandante formuló una pretensión igualmente infundada respecto a las primas de servicios.

Por tanto, es el caso de absolver a la Compañía Frutera de Sevilla de todos los cargos de la demanda.

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 la sentencia acusada y, en su lugar, confirmando la de primer grado, absuelve a la Compañía Frutera de Sevilla de todos los cargos de la demanda que le promovió el señor Juan Chilstun T.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo -Luis Fernando Paredes A. -José Joaquín Rodríguez.- Antonio del Castillo, Conjuez - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1-La cita de pruebas en términos generales, no cumple el requisito de la especificación que exige la ley. Además, es necesario expresar si el error de hecho proviene de mala apreciación de las pruebas mencionadas o de su inestimación. La proposición jurídica resulta incompleta si no acusa violación de la norma legal con incidencia en la resolución de derecho. 2-Violación directa y violación indirecta. La violación de normas que no pertenecen al derecho sustantivo laboral, no puede acusarse con independencia de las materiales de la ley del trabajo. No es procedente un cargo que no repercute en la parte resolutiva de la sentencia. 3- Es preciso que se singularice la disposición legal sustantiva que se estima infringida; el ataque por infracción de todo un código, una ley o un decreto, no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario.

Es cuestión de hecho la de saber si la representación de la Sociedad en el juicio, declarada judicialmente su quiebra, debía llevarla el Síndico de ésta o el Liquidador. Se trata de un presupuesto procesal (capacidad para comparecer al juicio como parte), para lo cual se requiere prueba documental, conforme a la ley. Por tanto, de haber incurrido la sentencia en error de juicio, no habría podido darse sino a través del exámen de pruebas, lo cual da lugar a motivo de casación distinto del que el cargo alega.

De otro lado, fue instituido el recurso de casación con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo (art. 86, inciso 1o. del C. P.L.). No pertenece el Decreto 750 de 1.940, normativo de la quiebra, al derecho sustantivo del trabajo, sino a la legislación mercantil. Pueden tener incidencia en las materias que aquel regula, estatutos legales pertenecientes a otras ramas del derecho. Pero en tal caso, su violación no puede producirse sino en conexión con otras normas materiales de la ley del trabajo, como infracción medio y no por sí solas, en forma independiente.

Por último, no es procedente un cargo sino cuando repercute en la parte resolutiva de la sentencia, única capaz de causar agravio a los intereses de la parte recurrente. Por tanto, en el supuesto de haber violado la sentencia la norma del Decreto, ninguna influencia tendría en la condena por salarios insolutos que la decisión impugnada impone a la Sociedad Anónima demandada declarada en estado de quiebra.

2. Con relación al aspecto del cargo que se refiere al quebranto de todas las normas que integran el Decreto 750 de 1.940, se observa: es requisito de la demanda de casación (art. 90, literal a), número 5o. del Código de Procedimiento Laboral) individualizar el precepto que se estime violado. En desarrollo de

esta prescripción la casación laboral tiene recibida en su jurisprudencia la doctrina reiterada y constante, según la cual, cuando se alega violación de la ley, es necesario que se singularice la disposición legal sustantiva que se estime infringida, y por tanto, no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario el ataque por infracción de todo un código, de una ley o de un decreto.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. seis de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Nemesio Eslava contra "Intereses Aéreos Colombianos S. A.", en liquidación y en estado de quiebra representada por el síndico de ésta.

ANTECEDENTES.

En sus fundamentos de hecho, la demanda formulada por el apoderado de Eslava, afirma los que se resumen a continuación: El actor fue designado liquidador principal de la sociedad demandada, en liquidación, por la Asamblea General de Accionistas, cargo que ejerció y viene desempeñando, pues hasta la fecha (11 de mayo de 1.960) no ha sido destituído por ella; la sociedad, en estado de liquidación, fue declarada en quiebra por el juzgado de, Civil del Circuito de Bogotá, quien designó como Síndico al doctor Daniel Durán Blanco; el salario mensual devengado por Eslava era de $2.500,oo; el Síndico de la quiebra no ha pagado al trabajador los sueldos de octubre y noviembre de 1.959 y los causados desde el 1o. de enero al 11 de mayo de 1.960, a pesar de que para tal fin la sociedad giró letras a su favor por $12.000,oo, suma recibida por el Síndico; tampoco le ha sido satisfecha la prima de servicios del segundo semestre de 1.959.

EL LITIGIO

Con base en los hechos relatados pide el demandante que la sociedad sea condenada a pagarle: el salario por el tiempo comprendido entre el 1o de octubre de 1.959 a $2.500,oo mensuales, hasta la fecha en que cancele esa deuda; el auxilio de cesantía, desde el mes de enero de 1.959 "hasta que se dé por terminado el contrato presuntivo" entre las partes; las vacaciones causadas por perjuicios en dos años; primas de servicio; salarios indemnizatorios; y las costas del juicio.

La respuesta a la demanda dijo, respecto de unos hechos, que se atenía a su prueba, manifestando en cuanto a los demás, que no eran ciertos o no le constaban a la entidad llamada al juicio, y agregó: no debe ella prestaciones sociales y, con relación a cesantía, puede retenerla, mientras no se decida judicialmente lo concerniente al delito de quiebra y demás infracciones penales conexas. En cuanto a las pretensiones, expuso que se opone a su prosperidad. Propuso como excepciones perentorias las de inexistencia de las obligaciones y peticiones de modo indebido y antes de tiempo.

LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera, fundado en la consideración de que, según el material probatorio, el actor ejerce el cargo de liquidador de la sociedad y aun se halla en ejercicio del mismo, y, además, en la de que no ha sido despedido, llegó a la conclusión de que era el caso de absolver a la parte demandada de todos los cargos, como lo declara en la parte resolutiva de la decisión.

El de segunda, dictado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, decisorio del recurso de alzada interpuesto por el demandante, analiza detenidamente lo atinente a la representación de la sociedad anónima en liquidación y en estado de quiebra, y lo concerniente a la representación en juicio.

Se refiere a continuación al contrato de trabajo entre las partes y dice al respecto: quedó suspendido a partir del 23 de noviembre de 1.959, en virtud de la declaración judicial de quiebra de la sociedad disuelta y en liquidación; ese acto de autoridad, hecho constitutivo de fuerza mayor (art. 51, numeral 1o. del C.S.T), dió lugar a la suspensión del vínculo laboral, fenómeno que produce la interrupción de las obligaciones derivadas de esa fuente, con las salvedades que establece el art. 53 ibidem. Agrega el Tribunal: En la demanda se afirmó la subsistencia del contrato, lo que indica que el trabajador no ha manifestado su voluntad de que concluya, determinación que tampoco ha sido adoptada por la Asamblea General de Accionistas de la Compañía.

Se dedica en seguida al estudio de las súplicas de la demanda, y expone, en resumen: Acredita la prueba testimonial que la remuneración devengada por el empleado fue la de $2.500,oo mensuales; que prestó servicios durante el mes de octubre de 1959, y veintidós días del mes de noviembre del mismo año, por lo cual es el caso de condenar a la empresa al pago del salario correspondiente, cuyo importe es la suma de $4.333,26. Por las razones que aduce rechaza las demás peticiones de la demanda, declarando que respecto de las reclamadas con posterioridad al 23 de noviembre de 1.959, procede fallo inhibitorio.

La parte resolutiva de la sentencia define la litis, así: revoca la sentencia del a quo; condena a la parte demandada a pagar al actor, por concepto de salarios, la suma de $4.333,26; declara probada la excepción de pago en cuanto a la prima de servicios del segundo semestre de 1.959 y absuelve a la sociedad del pago de las causadas por servicios anteriores al 23 de noviembre de 1.959; también la absuelve de la indemnización por mora; se abstiene de fallar sobre las restantes súplicas de la demanda, porque las obligaciones respectivas fueron pedidas antes de tiempo; y condena al demandado en un treinta por ciento de las costas de primera instancia, librándola de las correspondientes al segundo grado.

La parte demandada hizo valer contra el fallo del ad quem el recurso de casación, que le fue concedido por el Tribunal. Admitido aquí por la Sala, fue debidamente preparado, y se halla en estado de recibir sentencia.

EL RECURSO

Con base en la primera causal de casación formula cuatro cargos.

Aspira a que mediante cualquiera de ellos, la Corte case el fallo acusado declare, en su lugar, que la sociedad no está obligada al pago de ninguna de las sumas solicitadas en la demanda inicial.

Primer cargo.

Violación de los arts. 22 y 23 del CST., por aplicación indebida, a causa de error de hecho en la apreciación probatoria.

Consistió el error en que el Tribunal dió por probado, sin estarlo, que Eslava laboró bajo la continuada dependencia de la Asamblea General de Accionistas de la Empresa.

Para sustentar la acusación dice el recurrente que ni de las declaraciones ni de los documentos aportados al juicio, resulta demostrado que Eslava hubiera estado subordinado de manera continua a un patrono, pues bien sus obligaciones como administrador, las cumplía dentro de los límites que le imponía el mandato de los accionistas.

Segundo cargo.

Violación del art. 25 del CST., por aplicación indebida, como consecuencia de error de hecho en la estimación de las pruebas.

En sustentación del cargo dice el acusador:

Con base en la citada norma, el Tribunal condenó al pago de salarios. Consideró que el demandante, en calidad de liquidador de la compañía, acreditado con el nombramiento que le hizo la Asamblea de Accionistas, tenía su representación legal, existiendo entre la sociedad y Eslava un vínculo laboral, porque en su concepto éste es administrador y, como tal empleado de la empresa. Según el Tribunal, todos los administradores se rigen por contrato de trabajo, cualquiera que sea el acto jurídico de que emane su carácter de tales, y sin tomar en cuenta la subordinación permanente a un patrono. "Pero quien es administrador, en abstracto, no es empleado"; puede serlo según las circunstancias, y lo es, cuando efectivamente cumple sus obligaciones, bajo la continuada vigilancia y subordinación de aquel a quien presta sus servicios.

No es empleado si quien ejerce la función administra con la autonomía del representante legal, en virtud de un mandato, con limitaciones y controles legales, sino un representante con amplias facultades de administración.

Sino hubiera sido por su celo en mantener la continuidad de una tesis jurisprudencial que sostiene que el gerente de una sociedad anónima puede estar ligado a ella por una relación laboral, no habría incurrido en el manifiesto error de creer que el gerente, en su función de administrador, no necesita probar los elementos del contrato laboral. Dijo el ad quem tácitamente que la continuada subordinación de Eslava a su patrono no requería demostración, porque simultánea a esa calidad tenía la de empleado, y procedía por tanto dar aplicación a las normas del Código del ramo, de acuerdo con su art. 25. A causa de este error protuberante, consistente en dar por demostrado lo que no lo está, violó la citada norma, por aplicación indebida.

Tercer cargo.

Violación directa del decreto 750 de 1.940, en su art. 23, por no haberlo aplicado al caso de autos.

Dá a conocer el recurrente el contenido de la norma, en algunos de sus numerales, y enseguida las razones en que funda la acusación, en estos términos:

Ha debido el Tribunal dar aplicación al citado precepto legal, con exclusión de todo otro, "para quitarle la intervención al liquidador, puesto que la personería jurídica no puede ser llevada por dos personas al mismo tiempo, con violación expresa de la ley. Esta norma legal es de carácter especial y prima en su aplicación a cualquier otra. Si el Tribunal hubiera dado aplicación a este artículo, las conclusiones necesariamente habrían sido otras, y la sentencia hubiera sido absolutoria".

Cuarto cargo.

Violación del decreto 750 de 1.940, en su integridad, y especialmente su art. 23, por errónea interpretación.

Lo sustenta el recurrente con estos argumentos: considera el Tribunal que la declaratoria de quiebra, unida al nombramiento y posesión del síndico, suspenden la totalidad de las funciones administrativas del liquidador y la mayor parte de las funciones representativas de aquél; sin excluir su totalidad. "Tales consideraciones lo llevaron necesariamente a interpretar mal el estatuto de quiebras y a considerar que el síndico no excluye totalmente al liquidador, para sacar de allí la vinculación laboral que sirvió de base a la sentencia condenatoria que ha pronunciado".

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Son notorios los defectos de orden técnico en todos los cargos, como se verá a continuación:

1. Acusa el primero violación de los art. 22 y 23 del CST., por aplicación indebida a causa de error de hecho.

En relación con el motivo de casación alegado, prescribe el art. 87 del CPL., en su segundo inciso: "Si la violación de ley proviene de apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba, es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el sentenciador en error de hecho o de derecho que aparezca de manifiesto en los autos ....."

Congruente con el anterior precepto es el del art. 90 del mismo Código, el cual detalla los requisitos de la demanda de casación. Dice el contenido en el aparte b) de su numeral 5o: "En caso de que se estime que la infracción legal ocurrió como consecuencia de errores de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas, citará éstas singularizándolas y expresará qué clase de error se cometió".

2. En el proceso obran varias declaraciones y documentos, de manera que la cita de unas y otros, en términos generales, no cumple el requisito de la especificación que exige la ley. Además, no se expresa si el error de hecho provino de mala apreciación de las pruebas mencionadas o de su inestimación.

Por último, es bien sabido que también es otra exigencia de la demanda de casación, la de que el cargo incida en la parte resolutiva de la sentencia, según lo enseña la doctrina y con ella la jurisprudencia. Aquélla condena al pago de sa-

larios insolutos y la acusación no acusa quebranto de la norma legal que otorga al trabajador el derecho a la remuneración por los servicios prestados al patrono. Por último, por sí mismos, los art. 22 y 23, no establecen, en concreto, derecho alguno, pues el primero define el contrato de trabajo y el segundo señala sus elementos esenciales. Por este aspecto la proposición jurídica resulta incompleta, porque no acusa violación de la norma legal con influencia en la resolución de derecho.

3. El segundo cargo señala como violado el art. 25 del CST., a través de la actividad probatoria del sentenciador.

Preceptúa el ordenamiento: "Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código".

Establece el precepto una regla de interpretación. Ningún derecho instituye en favor del empleado, de manera que, por sí solo, no conduciría su violación a la quiebra del fallo.

De otro lado, adolece el cargo de las mismas deficiencias que presenta el anterior, por lo que, para su rechazo, la Sala se remite a las razones expuestas en el examen del primero.

4. En cuanto al tercer cargo, se observa:

Da a entender que la representación de la sociedad no la tuvo únicamente el Síndico de la la quiebra, sino también el liquidador, y como su personería corresponde a aquél y no a éste, violó directamente el Tribunal el decreto 750 de 1.940 en su art. 23, porque admitió la doble representación.

No es cierto que la sentencia sostenga lo que afirma el acusador, pero aún así, no sería atendible el cargo, por estas razones:

Es cuestión de hecho la de saber si la representación de la sociedad en el juicio, declarada judicialmente su quiebra, debía llevarla el Síndico de ésta o el Liquidador. Se trata de un presupuesto procesal (capacidad para comparecer al juicio como parte), para lo cual se requiere prueba documental, conforme a la ley. Por tanto, de haber incurrido la sentencia en error de juicio, no habría podido darse sino a través del examen de pruebas, lo cual da lugar a motivo de casación distinto del que el cargo alega.

De otro lado, fue instituido el recurso de casación con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo (art. 86, inciso 1o. del CPL.) No pertenece el decreto 750 de 1.940, normativo de la quiebra, al derecho sustantivo del trabajo, sino a la legislación mercantil. Pueden tener incidencia en las materias que aquél regula, estatutos legales pertenecientes a otras ramas del derecho, pero en tal caso, su violación no puede producirse sino en conexión con otras normas materiales de la ley del trabajo, como infracción medio y no por sí solas, en forma independiente.

Por último, se dejó anotado en el estudio del primer cargo, que no es procedente sino cuando repercute en la parte resolutiva de la sentencia, única capaz de causar agravio a los intereses de la parte recurrente. Por tanto, en el supuesto de haber violado la sentencia la norma del decreto, ninguna influencia tendría en la condena por salarios insolutos que la decisión impugnada impone a la sociedad anónima demandada, declarada en estado de quiebra.

Basta lo dicho para el rechazo del cargo.

5. El cuarto cargo no es menos inconsistente que el anterior.

En cuanto a la violación del art. 23 del decreto 750 de 1.949, se acoge la Sala a las consideraciones que expuso en el éxámen del tercer cargo.

Con relación al quebranto de todas las normas que integran el nombrado decreto, se observa:

El requisito de la demanda de casación (art. 90, literal a-, numeral 5o., del CPL.) individualizar el precepto que estime violado. En desarrollo de esa prescripción la casación laboral tiene recibida en su jurisprudencia la doctrina reiterada y constante, según la cual, cuando se alega violación de ley, es necesario que singularice la disposición legal sustantiva que se estima infringida, y por tanto, no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario el ataque por infracción de todo un código, o de una ley o de un decreto. Por lo demás, son pertinentes también las consideraciones expuestas por la Sala en el estudio del cargo anterior, que sobra repetir aquí.

Ninguno de los cargos es atendible, y por consiguiente, se desechan.

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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade. - Luis Fernando Paredes. - Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATISTA Y DEL BENEFICIARIO DE LA OBRA. CONFESION Y SOLIDARIDAD. PRUEBA TESTIMONIAL.

1- Responsabilidad solidaria, en favor de los trabajadores, entre el beneficiario de la obra y el contratista. Errónea interpretación del artículo 34 del CST. Requisitos probatorios necesarios para la prosperidad de esta acción solidaria. 2- Se precisa el alcance y significación del artículo 34 del CST. Para la prosperidad de la acción solidaria que consagra esta disposición, deben probarse los dos contratos (el de obra y el de trabajo) y además, la ejecución de ambos. 3- Mérito de la confesión. El hecho de que el deudor se declare insolvente para el pago de las sumas que confiesa deber, no es razón para negarle a su confensión el mérito de plena prueba. La obligación es cosa distinta de la capacidad actual de pago del deudor. La insolvencia, por regla general, no es un estado permanente sino transitorio. 4- Qué efecto probatorio tiene la confesión de uno de los deudores solidario respecto del otro. La solidaridad de que trata el artículo 34 del CST, no tiene origen contractual sino legal. La solidaridad de que se trata y la posibilidad de coluslón. 5- Mérito probatorio de dos testimonios concordantes en el proceso laboral. Valor del testimonio de los compañeros de labores. 6- Para la validez del testimonio es preciso que el declarante dé la razón de su dicho. 7- Qué incidencia tiene la confensión de uno de los litis consortes en la situación procesal y probatoria del otro

1- Debe examinarse si fue errónea la interpretación dada por el Tribunal al artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

El ordenamiento autoriza al beneficiario de la obra o labor para que estipule con el contratista independiente las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a los trabajadores de éste. La Sala estima que el contrato entre beneficiario y contratista, en el cual se estipulen cláusulas de garantías que tengan por objeto asegurarle a aquél el pago de las deudas laborales por el contratista, se concreta a las partes y no aprovecha ni perjudica a los trabajadores del contratista independiente. La situación de aquellos frente al contrato de la índole expresada es la de terceros, extraños, por consiguiente, a los derechos y obligaciones que pueden derivarse de tal vínculo. Se sigue de lo expuesto que al exigir el Tribunal como presupuesto de la acción solidaria de los trabajadores contra el beneficiario de las obras la prueba sobre el cumplimiento por el contratista de las cláusulas sobre garantías pactadas en el contrato celebrado entre aquél y éste, le da al citado texto legal una inteligencia que no se ajusta a su contenido, incurriendo en el error de jeicio que le atribuye el recurrente. Sin embargo, no conduce el yerro a la quiebre del fallo, porque éste no se basa únicamente en el concepto que la Sala ha rectificado, sino también en las demás razones antes anotadas, esto es, las concernientes a la prueba sobre la existencia y ejecución

de los contratos de obra y de trabajo, indispensable para la prosperidad de la acción solidaria de que trata la norma en exámen.

2- Ilustra la cuestión a que se refiere el segundo cargo la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1960 (G. J. XCIII. 910 ss.), en la cual se precisó el alcance y significación del artículo 34 del CST, en los siguientes términos: "Dos relaciones jurídicas contempla el artículo 34, a saber: a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza; y b) Otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza.

"La primera origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario, y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obliga a ejecutar la obra o labor con libertad o autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado. La segunda requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, que detalla el artículo 23 del estatuto laboral sustantivo.

El primer contrato ofrece dos modalidades: la La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encarga su ejecución; y 2a Pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre éstos y los trabajadores del contratista independiente.

"Según lo expuesto, para los fines del artículo 34, no basta que el ejecutor de la labor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales de quien encargó su ejecución, pues si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

"Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo de beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada. Son esos los presupuestos del derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en exámen".

Aunque no figura en el anterior resúmen jurisprudencial, debe anotarse que no basta demostrar la existencia de los dos contratos, sino también su ejecución. Así se infiere de otros pasajes de la sentencia, entre los cuales se transcribe el siguiente. "La cuestión planteada no puede ser resuelta con visto en las cláusulas del contrato comercial entre la Sociedad y Sandoval únicamente (se alude al contrato de obra) sino teniendo en cuenta además su ejecución, porque el contrato ha podido quedarse escrito, sin que ninguno de los contratantes se aprestara a satisfacer sus obligaciones, y porque siendo de cumplimiento sucesivo, sólo su desarrollo puede permitirle al intérprete descubrir la verdadera intención de los contratantes. El criterio expuesto tiene su apoyo en la sabia enseñanza contenida en el artículo 1622 del Código Civil".

Huelga decir que la anotada exigencia rige también en relación con el contrato laboral, como se deduce de las notas que caracterizan la figura jurídica conforme a la definición legal.

Con aplicación de la doctrina expuesta, que la Sala reitera, debe concluirse que es correcta la tesis del tallador en el sentido de que para la prosperidad de la acción solidaria consagrada en el artículo 34, deben probarse los dos contratos (el de obra y el de trabajo) y la ejecución de ambos. Es cuestión de hecho la de saber si tales extremos resultan acreditados en el proceso.

La obligación es cosa distinta de la capacidad actual de pago del deudor, si éste, cuando el acreedor le exige judicialmente su cumplimiento se halla en imposibilidad de hacerlo, aquélla subsiste y continúa pesando sobre el confesante, mientras no se extinga por cualquier medio legal. Por lo demás integran el patrimonio no sólo el conjunto de bienes que una persona posea en determinado momento, sino los que con posterioridad adquiera, de manera que la insolvencia no es un estado permanente, sino, por regla general, transitorio y relativo. El anterior concepto halla su fundamento en lo dispuesto por el artículo 2488 del Código Civil.

En el asunto litigioso, la fuente de la solidaridad no es convencional sino legal, pues debe su establecimiento a lo dispuesto por el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. De acuerdo con esta norma, la obligación solidaria en favor del trabajador y a cargo del empresario, descansa en dos fundamentos de hecho, a saber: el contrato de obra y el de trabajo. Son autónomas las obligaciones emanadas de los dos contratos, y, por lo mismo, exigen prueba separada. Las aportadas al juicio para demostrar el contrato de obra deben producirse respecto de los sujetos de esa relación jurídica (empresario y contratista independiente), y las aducidas para acreditar el contrato de trabajo, frente a los sujetos de esa figura jurídica (contratista independiente y sus empleados). No quiere ello decir que el empresario, en cuanto a las pruebas para establecer el contrato de trabajo, pueda ser colocado al margen, sin ninguna ingerencia en su control. Es obvio qué tiene facultad para contradecirlas, porque la relación procesal es una sola y en ella es parte el empresario. En el juicio su posición y la del contratista independiente, en relación con el trabajador demandante, es la de litis consortes. No reconoce la ley expresamente esta figura, pero la registra la jurisprudencia. Según ella y la doctrina, los litis consortes, en sus relaciones con la contra parte, se consideran como litigantes separados, de modo que los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros. Según lo expuesto, la confesión de Domínguez sobre la existencia de las deudas laborales, sólo a él perjudica y no al empresario; pero si además del contrato de trabajo, acredita el demandante el de obra entre el empresario y el contratista, surge ya a la escena jurídica la obligación solidaria del segundo, porque su responsabilidad emerge no sólo de la relación laboral sino del contrato de obra, sin causa inmediata y directa. De nada sirve acreditar el contrato laboral si el de obra no aparece demostrado, como ninguna consecuencia tendría para el empresario el contrato de obra si el laboral no aparece establecido. En su confesión admite Domínguez el contrato de trabajo con el actor y las obligaciones que éste reclama, emanadas de esa fuente. Por este aspecto no puede sostenerse que aquélla perjudique al empresario, en calidad de deudor solidario, porque sirve para demostrar

el contrato de trabajo, mas no el de obra. Para probar la relación laboral, no sólo la confesión del patrono, sino cualquier otro elemento de juicio, es eficaz.

Es posible una colusión entre un contratista independiente y sus trabajadores, en daño del empresario, pero si así ocurre se observa que es hecho que puede presentarse en toda norma legal, circunstancia que en nada influye para su acatamiento, aparte de que si se demuestra, el empresario quedaría excento de responsabilidad según principios muy conocidos, sancionados por la ley. Por lo demás, para conjurar el perjuicio el artículo 34 del CST, faculta al empresario para que estipule con el contratista las garantías del caso, y otorga a su favor el derecho de repetir contra éste para obtener la devolución de las sumas entregadas a sus trabajadores, en el supuesto de que no operen las cláusulas sobre garantías en todo o parte.

También puede darse el fraude a la ley por colusión entre el empresario y el contratista independiente, en perjuicio de los trabajadores de éste. A intento de precaverlo, el artículo 34 citado consagró en favor de los servidores del contratista, acción solidaria contra él y el empresario. Tal es el fundamento del mencionado texto legal.

Como se ve, tomia en cuenta el legislador los diversos intereses que juegan en la institución que se analiza, dotando a cada uno de sus titulares de instrumentos adecuados para su protección.

5 · No es aplicable en el proceso laboral el artículo 667 del Código Judicial, que le da el valor de plena prueba a dos testigos hábiles cuando concurren las circunstancias que indica el precepto, pues es sabido que el Juez del Trabajo forma libremente su convencimiento, si lo funda en las reglas de la sana crítica.

Con fundamento en el artículo 669 del Código en cita, desestima el Tribunal las declaraciones de Narciso y Eleuterio Lascarro, debido a su interés en el éxito del presente juicio, en atención a que libran contra Domínguez y la Empresa de Petróleos procesos semejantes al promovido contra ellos por el actor. En concepto de la Sala es fundado el reparo del impugnante. No es aceptable para el rechazo de los testimonios la razón que aduce la sentencia, porque dada la índole de las relaciones de trabajo, son los compañeros de labores del actor los más capacitados para darse cuenta personal y directa de su desarrollo y enterados de todos los detalles del contrato en el terreno de los hechos. Por esa razón la jurisprudencia ha considerado que el testimonio, cuando intervienen factores como el que se deja anotado, no es de por sí razón bastante para estimarlo sospechoso y, de consiguiente, parcial. Debe, por tanto, examinarse si las declaraciones prueban lo que de ellas predica el cargo.

Para demostrar el contrato de obra y su ejecución, no es idónea la confesión del contratista independiente. Se dijo antes que los demandados, litis consortes en relación con el demandante, actúan en el proceso separadamente, y el acto que ejecute uno de ellos no aprovecha ni perjudica al otro. Sólo cuando la cuestión litigiosa exija resolución uniforme para todos los litis consortes, los medios de ataque y de defensa que cada uno de ellos utilice, se extienden a los demás, como lo sostienen los autores al precisar los límites de la figura procesal. Y las pretensiones del actor en el presente asunto no

exigen decisión uniforme respecto de los dos litis consortes, porque habría podido ser favorable a uno de ellos y adversa al otro.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D.E. once de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el juicio ordinario laboral promovido por Cristobal Oviedo contra Jesús María Domínguez y la Empresa Colombiana de Petróleos.

ANTECEDENTES.

En sus fundamentos de hecho la demanda afirma que Jesús María Domínguez es contratista de la Empresa Colombiana de Petróleos en labores relacionadas con el sostenimiento del Oleoducto, que de Barranca conduce a Cantimplora; que Cristóbal Oviedo le prestó servicios personales a Domínguez en el mantenimiento del Oleoducto, según contrato verbal celebrado el 20 de julio de 1.959, habiéndose convenido una remuneración de $12,oo diarios; que Domínguez despidió al trabajador el 23 de enero de 1.960, en forma unilateral e injusta; que Oviedo laboró en domingos y días festivos durante la vigencia del contrato, sin recibir la sobreremuneración correspondiente; que no le fue practicado el exámen médico de retiro ni se le cancelaron las prestaciones sociales causadas.

Con base en los hechos expuestos pidió el procurador judicial de Cristóbal Oviedo que los demandados fueran condenados a pagarle lo siguiente: el auxilio de cesantía, vacaciones, primas de servicio, el salario por trabajo en domingos y festivos, perjuicios por lucro cesante, derivados de la ruptura ilegal del contrato, y a título de indemnización moratoria, y, por último, las costas del juicio.

En derecho las pretensiones se fundan en los arts. 32, 34, 38, 47, 65 y demás normas pertinentes del Código del Trabajo en la resolución 654 de 1.959; y en los decretos 2848 y 888 de 1.957.

En su respuesta a la demanda, la Empresa Colombiana de Petróleos se opuso a su prosperidad, negando los hechos que invoca. Como excepciones perentorias propuso las siguientes: inexistencia de la obligación, la de su extinción en relación con el demandado principal e igualmente la de pago. El otro demandado, Jesús María Domínguez, se abstuvo de contestar el libelo promotor de la litis.

El juicio siguió su curso conforme al trámite de rigor y fue clausurado por sentencia dictada por el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja. En ella, condena a los demandados, solidariamente, a pagar al demandante Oviedo, lo siguiente: a) $2.124,oo por salarios del plazo presuntivo; b) $183,oo por cesantía; c) $160,oo por primas de servicio; y d) $444,oo por dominicales y festivos. También los condena el pago de $12,oo diarios, a partir del 23 de enero de 1.960 hasta que cancelen las deudas por prestaciones, a título de indemnización por mora; los absuelve de los demás cargos y les impone las costas de la instancia.

De la anterior providencia apeló la Empresa Colombiana de Petróleos. Resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bucaramanga, Sala Laboral

La sentencia de segundo grado revoca la del inferior y, en su lugar, absuelve a los demandados de todos los cargos, y condena en costas, a la parte demandante.

Contra la resolución del Tribunal hizo valer el actor el recurso de casación, que le fue concedido. Aquí fue admitido por la Sala y se halla en estado de recibir sentencia, pues fue agotado el trámite legal correspondiente.

EL RECURSO.

Aspira a que la Corte case la sentencia del Tribunal y a que en instancia, acoja el fallo del juzgado a quo. Señala así el alcance de la impugnación.

Formula dos cargos con apoyo en la causal primera de casación, que serán examinados en su orden.

Primer cargo.

Violación del art. 34 del CST., por errónea interpretación.

Dice el recurrente, en sustentación del cargo, que, según la sentencia, Domínguez fue contratista independiente de la Empresa Colombiana de Petróleos, conforme a los contratos celebrados entre ésta y aquél, de fechas 10 de noviembre y 19 de diciembre de 1.959, corrientes en autos; que Domínguez nó dio cumplimiento a lo estipulado en sus cláusulas 6ª. y 7ª., según las cuales debía suministrar a la Empresa la nómina de trabajadores; que por tal motivo no operó contra ella la obligación solidaria de pagar salarios y prestaciones a los trabajadores del contratista independiente. Alega el acusador que la solidaridad consagrada en el art. 34 no está sujeta a ninguna condición, pues según su texto aquella funciona sin perjuicio de que entre el contratista y el beneficiario de la obra se pacten determinadas garantías, o para que éste repita contra aquél lo pagado a los trabajadores del contratista; que se trata de lazos que unen al beneficiario y al contratista únicamente, extraños a la solidaridad que los vincula al trabajador; que no entendió así el Tribunal el mandato legal, sino que lo hizo depender de hechos y circunstancias ajenos a su contenido, por lo cual lo interpretó erróneamente.

Rebate el cargo el opositor expresando que la tesis del Tribunal es la de que para la aplicación del art. 34 se requiere la prueba tanto del contrato de obra como el de trabajo y la ejecución de ambos, y que aunque aquél acepta que Domínguez tuvo durante algún tiempo la calidad de contratista independiente, según los documentos obrantes en autos, de ellos no se deduce la solidaridad que alega el actor, ni el contrato de trabajo entre éste y Domínguez, ni que Oviedo hubiera prestado sus servicios bajo el imperio de los contratos de obra. Por tales razones estima que la disposición en cita no ha sido violada por el sentenciador.

Segundo cargo.

Violación indirecta de los arts. 34, 23, 24, 45, 64, 65, 172, 173, 174, 177, 249, 253 y 306 del CST., a causa de errores de hecho por falta de apreciación de unas pruebas. Agrega que la infracción de esas normas se debió al quebranto de los arts. 606, 669 y 697 del C.J.

Para demostrar el cargo, expone el recurrente:

Exige el art. 34 la demostración de dos contratos: el de obra entre el beneficiario de ésta y el contratista independiente, y el de trabajo entre contratista y el empleado.

El fallo impugnado sostiene que sólo está probado en parte el contrato de obra, pues según los documentos en que aparecen consignados, el más antiguo se celebró el 10 de noviembre de 1.959, y el de trabajo se inició en fecha muy anterior. La acusación afirma que es errónea esa estimación del Tribunal, porque dejó de apreciar estas pruebas:

a) La declaración de Sebastián Foronda rendida el 8 de junio de 1.960, (f. 29), según la cual le consta que Domínguez "fué contratista de Ecopetrol desde antes de la reversión cuando la Troco".

b) La declaración de Narciso Lascarro (f.24), quien también asevera que Domínguez fue contratista de la Empresa de Petróleos.

c) El testimonio de Eleuterio Lascarro (f.26), igual a la del testigo anterior

d) La confesión provocada de Jesús María Domínguez (f.35). En ella admite su calidad de contratista independiente de la nombrada empresa.

Con referencia al contrato de obra dice el impugnador que el Tribunal sólo tuvo en cuenta las copias de los dos contratos corrientes en autos, iniciado el primero el 10 de noviembre de 1.959, apreciando erróneamente, en cuanto a su duración, el segundo celebrado el 19 de diciembre de ese año; que como en éste no aparece la fecha en que debía expirar, ha debido tenerlo como de duración indefinida y, por tanto, vigente el 23 de enero de 1.960; que al rechazar el tallador los testimonios y la confesión de Domínguez, violó los artículos del Código Judicial que cita el cargo, pues si hubiera estimado esas pruebas relacionándolas con la que admite la existencia parcial de los contratos de obra, habría dado por establecido que su vigencia empezó en el año de 1.951 y concluyó el 23 de enero de 1.960.

En cuanto al contrato de trabajo, arguye el impugnante que para la sentencia no se demostró de manera plena por haber rechazado el valor probatorio de la confesión de Domínguez y las declaraciones de Narciso y Eleuterio Lascarro. Alega que la confesión tiene el valor de plena prueba, de acuerdo con lo previsto en el art. 606 del C.J.; que no es valedero el argumento que para negársele aduce la sentencia en el sentido de que al hacerla el confesante tuvo el convencimiento de que no le perjudicaba, pues es evidente que sí tiene este efecto contra él, porque no sólo el actor puede exigirle la satisfacción de las deudas que reclama sino que si las cancela el otro demandado, adquiere éste el derecho de repetir contra el confesante. Por tales razones, la acusación sostiene que la sentencia violó la norma citada y el art. 34 del CST.

En relación con los testimonios manifiesta que el Tribunal no los apreció, incurriendo en error de hecho. Transcribe apartes de la resolución impugnada, según los cuales no merecen fe por su interés la litis, pues Narciso y Eleuterio Lascarro adelantan contra los demandados en el presente juicio litigios semejantes al de autos. Afirma el cargo que entre las tachas a los testigos enumerados en el art. 669 del C.J., no figura la de su interés en el pleito, por lo cual violó el Tribunal dicha norma y la del 697 ibidem, así: la primera al afirmar que debe suponerse parcialidad en los testigos por su interés en el litigio; y la segunda, por haberles negado el valor de plena prueba respecto de los hechos de que dan cuenta

los declarantes. Agrega que según doctrina de esta Sala, expuesta en sentencia dictada en el juicio de Dolores S. de Calvachi contra el Banco Central Hipotecario, no puede desestimarse la declaración de un testigo en favor del actor por el hecho de que adelante contra el demandado un juicio en que éste sea parte, ya que las relaciones de trabajo pueden ser observadas directa y constantemente por los propios compañeros de labores de la misma empresa, pues así lo impone la naturaleza de los antecedentes de la litis.

Concluye el cargo diciendo que las pruebas relacionadas no sólo demuestran el contrato de trabajo en sus principales elementos, sino también la cuantía del salario y el tiempo servido, por lo cual el Tribunal ha debido dar aplicación a los preceptos legales que consagran en favor del actor los derechos que reclama en el juicio, citados por el recurrente.

En su réplica al cargo dice el opositor que según doctrina de la Corte, la confesión del codeudor sólo a él perjudica y no a terceros, por lo que, el reparo contra la sentencia por haber desestimado la rendida en el presente juicio por el demandado Jesús María Domínguez, no resulta fundado. Con relación a la prueba testimonial, se remite el opositor a la estimación que de ella hace el Tribunal, en su concepto ajustada a la realidad procesal.

Se estudian los cargos.

1. En relación con la cuestión a que ambos se refieren, la sentencia estudia separadamente las relaciones jurídicas entre la Empresa Colombiana de Petróleos y Jesús María Domínguez, y las que mediaron entre éste y sus trabajadores.

En las primeras ve dos contratos de obra, de que dan cuenta los documentos en que fueron consignados (fls. 13 a 18) y en las segundas un contrato verbal de trabajo, que el demandante no logró demostrar plenamente. Conceptúa que para la prosperidad de la acción solidaria deducida por los trabajadores contra el contratista independiente y el beneficiario de las obras se requiere que aquél haya dado cumplimiento a las estipulaciones del contrato de obra, y, además que aparezca comprobada tanto la existencia y ejecución de ese contrato como del de trabajo entre el contratista independiente y sus empleados.

Sentadas las anteriores premisas dice el fallador: en el primer contrato de obra, suscrito el 10 de noviembre de 1959, se estipuló (cláusula séptima) que el contratista debía suministrar por su cuenta y riesgo, bajo su responsabilidad exclusiva, el personal que requiriera la ejecución de las obras que detalla el acto jurídico, y el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones correspondientes; que en caso de que el contratista no cumpliera esas obligaciones y que en razón de la solidaridad legal las cancelara la Empresa, podría ésta repetir contra aquél por lo pagado a sus empleados, bien descontando su importe de lo que tuviera que entregarle al contratista, o haciendo efectivo el reembolso por cualquier otro medio. Para tales efectos el contratista se obligaba a suministrar a la Empresa la nómina de los trabajadores, con la constancia de hallarse a paz y salvo con ellos por todo concepto. Estipulaciones iguales se pactaron en el segundo contrato de obra, celebrado el 19 de diciembre del año mencionado. Afirma el ad quem que no aparece en el proceso ningún elemento de convicción que demuestre el cumplimiento por parte del contratista de las referidas obligaciones.

2. En cuanto a la segunda relación jurídica-contrato de trabajo entre el contratista independiente y sus empleados el Tribunal hace, entre otras, estas consideraciones:

Domínguez no dió respuesta a la demanda, pero en su confesión provocada (fs. 35 a 36) admite los hechos fundamentales de aquélla, esto es, la existencia del vínculo laboral con el demandante, el salario y el tiempo servido, el despido de aquél e igualmente la circunstancia de hallarse insolutas las obligaciones que reclama en el juicio.

Prosigue el Tribunal: Además de la prueba de confesión de Domínguez sobre los hechos fundamentales de la demanda, obran en el expediente como elementos probatorios acerca de la existencia de tales hechos los testimonios de Narciso y Eleuterio Lascarro (fs. 24 a 27) y Sebastián Poronda (fs. 29 y 30).

Analiza la confesión provocada de Domínguez en estos términos: Tiene el mérito de plena prueba, para ello se requiere de parte del confesante el convencimiento íntimo de que lo que dice habrá de perjudicarle. No tuvo esa convicción el demandado Domínguez, porque se declaró insolvente para atender al pago de las prestaciones y de los salarios caídos de sus empleados, según consta en el acta de conciliación levantada por el Inspector del Trabajo, que en copia obra a folio 21 del expediente. Por tal motivo desestima la prueba en referencia.

En relación con los testimonios, dice el fallador: es un hecho evidente que Narciso y Eleuterio Lascarro tienen interés de orden económico en el buen resultado de la presente litis por la circunstancia de que son demandantes de Domínguez y de la Empresa de Petroleos en juicios que cursan en el Juzgado del Trabajo de Barrancabermeja, en los cuales invocan el mismo derecho alegado por el actor en esta controversia. Así lo demuestran la constancia de la Secretaría del Juzgado (f. 19) y las copias de las actas de conciliación emanadas de la Inspección del ramo. No se halla en el mismo caso el testigo Poronda, pero de lo afirmado por éste apenas se deduce que Domínguez fue contratista de la Empresa en labores de sostenimiento del Oleoducto. Nada dice sobre la forma y tiempo en que los contratos de obra tuvieron ocurrencia, pues se limita a expresar que "desde antes de la reversión cuando la Troco." Sentado lo anterior, es forzoso admitir que los dos primeros testimonios, aducidos para demostrar el contrato de trabajo, adolecen de un defecto sustancial, esto es, el interés de orden económico de los declarantes, y deben considerarse, al menos, como "sospechosos de inexactitud".

Con base en las razones anteriores, sostiene el sentenciador que no están probados los hechos de la demanda y, de consiguiente, que a ellos es inaplicable el derecho invocado por el actor. En tal virtud revoca la decisión del juzgado a quo.

4.- Debe examinarse, en primer término, si fue errónea la interpretación dada por el Tribunal al art. 34 del CST., de que se ocupa el primer cargo.

El ordenamiento autoriza al beneficiario de la obra o labor para que estipule con el contratista independiente las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a los trabajadores de éste. La Sala estima que el contrato entre beneficiario y contratista, en el cual se estipulen cláusulas de garantías que tengan por objeto asegurarle a aquél el pago de las deudas laborales por el contratista, se concreta a las partes y no aprovecha ni perjudica a los trabajadores del contratista independiente. La situación de aquéllos frente al contrato de la índole expresada es la de terceros, extraños, por consiguiente, a los derechos y obligaciones que puedan derivarse de tal vínculo. Se sigue de lo expuesto que al exigir el Tribunal como presupuesto de la acción solidaria de los trabajadores con-

tra el beneficiario de las obras la prueba sobre el cumplimiento por el contratista de las cláusulas sobre garantías pactadas en el contrato celebrado entre aquél y éste, le da al citado texto legal una inteligencia que no se ajusta a su contenido, incurriendo en el error de juicio que le atribuye el recurrente. Sin embargo, no conduce el yerro a la quiebra del fallo, porque éste no se base únicamente en el concepto que la Sala ha rectificado, sino también en las demás razones antes anotadas, esto es, las concernientes a la prueba sobre la existencia y ejecución de los contratos de obra y de trabajo, indispensable para la prosperidad de la acción solidaria de que trata la norma en examen.

Basta lo dicho, para el rechazo del primer cargo.

5.ª Para el estudio del segundo, ilustra la cuestión a que él se refiere, la doctrina recibida por esta Sala de la Corte en sentencia de 23 de septiembre de 1.960 (G. J., t. XCIII, ps. 910 y ss.), dictada en el juicio de Luis A. Flórez contra Leonidas Lara e Hijos. En esa providencia precisó el alcance y significación del art. 34 del C.S.T., en estos términos.

"Dos relaciones jurídicas contempla el art. 34, a saber: a) Una entre la persona que encarga la ejecución de una obra o labor y la persona que la realiza; y b) Otra entre quien cumple el trabajo y los colaboradores que para tal fin utiliza.

"La primera origina un contrato de obra entre el artífice y su beneficiario, y exige la concurrencia de estos requisitos: que el contratista se obligue a ejecutar la obra o labor con libertad o autonomía técnica y directiva, empleando en ella sus propios medios y asumiendo los riesgos del negocio, y de parte del beneficiario, que se obligue a pagar por el trabajo un precio determinado. La segunda requiere el lleno de las condiciones de todo contrato de trabajo, que delalla el art. 23 del estatuto laboral sustantivo.

"El primer contrato ofrece dos modalidades: 1a.- La obra o labor es extraña a las actividades normales de quien encargo su ejecución; y 2a.-pertenece ella al giro ordinario de los negocios del beneficiario del trabajo. En el primer caso el contrato de obra sólo produce efectos entre los contratantes; en el segundo entre estos y los trabajadores del contratista independiente.

"Según lo expuesto, para los fines del art. 34, no basta que el ejecutor de la labor sea un contratista independiente, sino que entre el contrato de obra y el de trabajo medie una relación de causalidad, la cual consiste en que la obra o labor pertenezca a las actividades normales de quien encargo su ejecución, pues si es ajena a ellas, los trabajadores del contratista independiente no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el nombrado texto legal.

"Quien se presente, pues, a reclamar en juicio obligaciones a cargo del beneficiario, emanadas de un contrato laboral celebrado con el contratista independiente, debe probar: el contrato de trabajo con éste; el de obra entre el beneficiario del trabajo y el contratista independiente; y la relación de causalidad entre los dos contratos en la forma ya explicada. Son esos los presupuestos del derecho que en favor del trabajador establece la disposición legal en examen"

Aunque no figura en el anterior resúmen jurisprudencial, debe anotarse que no basta demostrar la existencia de los dos contratos, sino también su ejecución. Así se infiere de otros pasajes de la sentencia, entre los cuales se transcribe el siguiente: "La cuestión planteada no puede ser resuelta con vista en las cláusulas del contrato comercial entre la sociedad y Sandoval únicamente (se alude al contrato

de obra) sino teniendo en cuenta además su ejecución, porque el contrato ha podido quedarse escrito, sin que ninguno de los contratantes se aprestara a satisfacer sus obligaciones, y porque siendo de cumplimiento sucesivo, sólo su desarrollo puede permitirle al intérprete descubrir la verdadera intención de los contratantes. El criterio expuesto tiene su apoyo en la sabia enseñanza contenida en art 1622 del C.C.».

Huelga decir que la anotada exigencia rige también en relación con el contrato laboral, como se deduce de las notas que caracterizan la figura jurídica conforme a la definición legal.

6. Con aplicación de la doctrina expuesta, que la Sala reitera, debe concluirse que es correcta la tesis del fallador en el sentido de que para la prosperidad de la acción solidaria consagrada en el art. 34, deben probarse los dos contratos (el de obra y el de trabajo) y la ejecución de ambos. Es cuestión de hecho la de saber si tales extremos resultan acreditados en el proceso, y como de ella trata la acusación, se pasa al examen de los errores de hecho que en la actividad probatoria del sentenciador, señala el recurrente.

7. Sostiene el Tribunal que es requisito para la validez de la confesión, conforme a la ley, el de que quien la haga tenga el convencimiento de que habrá de perjudicarlo, condición que no llena la rendida en el juicio por el demandado Domínguez porque al aceptar en ella la existencia de las deudas en favor del actor, no tuvo la convicción de que iría en su perjuicio. Funda el concepto en la circunstancia de que en acto conciliatorio surtido ante el Inspector del Trabajo de Barrancabermeja, se declaró insolvente.

8. La Sala observa que el cargo no acusa mala estimación de la prueba en que basa el *ad quem* su parecer, motivo suficiente para desechar el error de hecho de que lo acusa. Pero, como la Sala lo estima equivocado, debe hacer la correspondiente rectificación y, al efecto, considera:

Al tenor del art. 606 del C.J., la confesión de parte, rendida en juicio, tiene el mérito de plena prueba, y no es admisible contra ella ninguna otra que tienda a desvirtuarla, a menos que el confesante demuestre haber incurrido en error de hecho inculpable o escusable. Para tal fin no obra en el proceso prueba que lo acredite, que, por otra parte, no fue siquiera alegado. Domínguez en su confesión, aceptó la existencia de las obligaciones materia del pleito y su incumplimiento. Se trata, pues, de confesión llana y simple, provista de todos los requisitos exigidos por la ley para su eficacia. Por tanto, es inaceptable la razón aducida por el Tribunal para negarle el mérito de plena prueba. Aún aceptando que Domínguez se declaró insolvente para el pago de las deudas, de allí no se concluye que al admitir en la confesión su existencia, haya tenido la certeza de que ningún perjuicio le acarrearía. La obligación es cosa distinta de la capacidad actual de pago del deudor; si éste, cuando el acreedor le exige judicialmente su cumplimiento se halla en imposibilidad de hacerlo, aquélla subsiste y continúa pesando sobre el confesante, mientras no se extinga por cualquier medio legal. Por lo demás, integran el patrimonio, no sólo el conjunto de bienes que una persona posee en determinado momento, sino los que con posterioridad adquiere, de manera que la insolvencia no es un estado permanente, sino, por regla general, transitorio y relativo. El anterior concepto halla su fundamento en lo dispuesto por el art. 2488 del Código Civil.

9. Afirma el opositor, con base en una sentencia de la Corte, Sala de Negocios Generales, del mes de agosto de 1.935, que la confesión del deudor solidario Jesús M. Domínguez, no perjudica al otro codeudor, la Empresa de Petróleos, porque de acuerdo con la ley, sólo afecta a quien la hace. Aduce el argumento para justificar la legalidad de la sentencia.

10. Observa la Sala que aunque el fallo, para negarle mérito a la confesión de que se trata, no se funda en el principio de que habla el opositor en vista de su interés jurídico conviene examinarlo.

La doctrina de la Corte a que se acoge el opositor se refiere únicamente a las obligaciones solidarias de origen contractual, y no ofrece reparos. Pero en el asunto litigioso, la fuente de la solidaridad no es convencional sino legal, pues debe su establecimiento a lo dispuesto por el art. 34 del CST. De acuerdo con esta norma, la obligación solidaria en favor del trabajador y a cargo del empresario, descansa en dos fundamentos de hecho, a saber: el contrato de obra y el de trabajo. Son autónomas las obligaciones emanadas de los dos contratos, y, por lo misma, exigen prueba separada. Las aportadas al juicio para demostrar el contrato de obra deben producirse respecto de los sujetos de esa relación jurídica (empresario y contratista independiente), y las aducidas para acreditar el contrato de trabajo, frente a los sujetos de esa figura jurídica (contratista independiente y sus empleados). No quiere ello decir que el empresario, en cuanto a las pruebas para establecer el contrato de trabajo, pueda ser colocado al margen, sin ninguna ingerencia en su control. Es obvio que tiene facultad para contradecirlas, porque la relación procesal es una sola y en ella es parte el empresario. En el juicio su posición y la del contratista independiente, en relación con el trabajador demandante, es la de litis consortes. No reconoce expresamente la ley esta figura, pero la registra la jurisprudencia. Según ella y la doctrina los litis consortes en sus relaciones con la contraparte, se consideran como litigantes separados, de modo que los actos de cada uno de ellos no redundan en provecho ni en perjuicio de los otros. Según lo expuesto, la confesión de Domínguez sobre la existencia de las deudas laborales, sólo a él perjudica y no al empresario; pero si además del contrato de trabajo, acredita el demandante el de obra entre el empresario y el contratista, surge ya a la escena jurídica la obligación solidaria del segundo, porque su responsabilidad emerge no solo de la relación laboral sino del contrato de obra, sin causa inmediata y directa. De nada sirve acreditar el contrato laboral si el de obra no aparece demostrado, como ninguna consecuencia tendría para el empresario que se probara el contrato de obra si el laboral no aparece establecido. En su confesión admite Domínguez el contrato de trabajo con el actor y las obligaciones que éste reclama, emanadas de esa fuente. Por este aspecto no puede sostenerse que aquélla perjudique al empresario en calidad de deudor solidario, porque sirve para demostrar el contrato de trabajo, mas no el de obra. Para probar la relación laboral, no sólo la confesión del patrono, sino cualquier otro elemento de juicio, es eficaz.

No cobran estas consideraciones

11. Es posible una colusión entre un contratista independiente y sus trabajadores, en daño del empresario, pero si así ocurre se observa que es hecho que puede presentarse en toda norma legal, circunstancia que en nada influye para su acatamiento, aparte de que si se demuestra, el empresario quedaría exento de responsabilidad según principios muy conocidos, sancionados por la ley. Por lo demás, para conjurar el perjuicio el artículo 34 del CST., faculta al empresario

para que estipule con el contratista las garantías del caso, y otorga a su favor el derecho de repetir contra éste para obtener la devolución de las sumas entregadas a sus trabajadores, con el supuesto de que no operen las cláusulas sobre garantías en todo o parte.

También puede darse el fraude a la ley por colusión entre el empresario y el contratista independiente, en perjuicio de los trabajadores de éste. A intento de precaverlo, el artículo 34 citado consagró en favor de los servidores del contratista acción solidaria contra él y el empresario. Tal es el fundamento del mencionado texto legal.

Como se ve, toma en cuenta el legislador los diversos intereses que juegan en la institución que se analiza, dotando a cada uno de sus titulares de instrumentos adecuados para su protección.

12. Con relación a la prueba testimonial, el impugnador acusa la sentencia por error de hecho, que se produjo por no haberla estimado. En su concepto, analizada en conexión con los documentos en que constan los contratos de obra y la confesión de Domínguez, demuestran tanto esos contratos como el de trabajo, por lo cual quebrantó los artículos 669 y 697 del C. J., como los demás del Código del Trabajo que el cargo enumera. Aunque el recurrente habla de inapreciación de la prueba testimonial, de su exposición se infiere que glosa la sentencia por su mala estimación, pues en su opinión el interés económico de los declarantes en la prosperidad del presente juicio no era razón suficiente para su rechazo.

13. La Sala observa:

A). Contrato de trabajo:

No es aplicable en el proceso laboral el artículo 697 del C. J., que le da el valor de plena prueba a dos testigos hábiles cuando concurren las circunstancias que indica el precepto, pues es sabido que el Juez del Trabajo forma libremente su convencimiento, si lo funda en las reglas de la sana crítica.

Con fundamento en el art. 669 del Código en cita, desestima el Tribunal las declaraciones de Narciso y Eleuterio Lascarro, debido a su interés en el éxito del presente juicio, en atención a que libran contra Domínguez y la empresa de Petróleos procesos semejantes al promovido contra ellos por el demandante Oviedo. En concepto de la Sala es fundado el reparo del impugnante. No es aceptable para el rechazo de los testimonios la razón que aduce la sentencia, porque dada la índole de las relaciones de trabajo, son los compañeros de labores del actor los más capacitados para darse cuenta personal y directa de su desarrollo y enterarse de todos los detalles del contrato en terreno de los hechos. Por esa razón la jurisprudencia ha considerado que el testimonio, cuando intervienen factores como el que se deja anotado, no es de por sí razón bastante para estimarlo sospechoso y, de consiguiente, parcial.

Debe, por tanto, examinarse, si las declaraciones prueban lo que de ellas predica el cargo.

El testigo Narciso Lascarro dice en su declaración (f. 24), que Cristóbal Oviedo entró a trabajar al servicio de Jesús María Domínguez en las labores de sostenimiento del oleoducto, el 22 de julio de 1.959, y le consta porque él tam-

bién fué dependiente de Domínguez en el contrallo de la misma actividad; informa que Oviedo fué despedido el 23 de enero de 1.960, y que el despido obedeció al hecho de haber sido suspendido Domínguez en sus contratos; que el patrono no le pagó las prestaciones sociales correspondientes. El otro testigo, Eleuterio Lascarro, relata en su declaración (f. 26) los mismos hechos de que habla el anterior, con la diferencia de que señala como fecha inicial de la relación de trabajo, el 20 de julio de 1.959.

14.-La prueba testimonial acredita el vínculo laboral entre el contratista independiente y el demandado Domínguez, como los demás hechos de que da cuenta.

En consecuencia, al negarle el Tribunal el mérito que ofrece, incurrió en el error de juicio que le imputa el acusador. Con todo, no conduce el reparo a la quiebra de la sentencia, por las razones que adelante se darán.

B).- CONTRATO DE OBRA

Lo demuestran, alega el recurrente, las dos declaraciones citadas y la del testigo Sebastián Foronda, los documentos que recogen el contrato de obra y la confesión de Domínguez, por todo el tiempo de vigencia del contrato de trabajo, contra la afirmación opuesta del Tribunal. De la mala estimación de esas pruebas deduce el error de hecho que le imputa a la sentencia.

Analiza la Sala el acervo probatorio y su estimación por el ad quem.

Desechó la sentencia el testimonio de Foronda, porque no precisó el tiempo de duración del contrato de obra. En su declaración -dice el fallador- afirma que Domínguez fué contratista de Ecopetrol "desde la reversión cuando la Troco". La Sala observa: aceptando que la reversión se efectuó en 1.951, como lo asevera el recurrente, no se sabe hasta cuándo tuvo Domínguez la calidad de contratista independiente de la Empresa de Petróleos. Resulta, pues, exacta la falta de apreciación que al testimonio opone la sentencia.

El testigo Narciso Lascarro depone en estos términos: "El señor Jesús María Domínguez fué contratista de la Empresa Colombiana de Petróleos ya que corría por su cuenta el mantenimiento del oleoducto Barranca-Cantimplora, de propiedad de Ecopetrol". La afirmación es exactamente igual al texto de la pregunta.

Interrogado por el Juez al testigo Eleuterio Lascarro: "Sírvase decirnos si el señor Jesús María Domínguez fué contratista de la Empresa Colombiana de Petróleos ya que corría por su cuenta el mantenimiento del oleoducto Barranca-Cantimplora, de propiedad de Ecopetrol?". Contestó el declarante: "Sí es cierto".

Como se ve, el primer declarante repite el contenido de la pregunta, y el segundo afirma que es cierto el hecho que ella asevera. En sentir de la Sala no ofrecen mérito probatorio los testimonios; para dárselo se requiere que el testigo dé la razón de su dicho, esto es, la manera como llegó a su conocimiento cuanto afirma haber visto y presenciado. Se observa además, que los testigos no señalan el tiempo durante el cual Domínguez tuvo la calidad de contratista independiente de su codemandado, factor de importancia para el esclarecimiento de la cuestión debatida. Debe concluirse, por consiguiente, que no son valederas las

declaraciones para acreditar en todo o parte, la ejecución del contrato de obra. Desechó el Tribunal los testimonios por las razones analizadas antes, pero de haberlos apreciado, no habría podido hallar probado con ellas el contrato de obra.

15. Con relación a los documentos en que aparece consignado el nombrado contrato, dice el Tribunal, "desde ahora cabe observar que en el expediente aparecen las copias de dos documentos contentivos de contratos de esa índole ajustados entre la Empresa y Jesús María Domínguez, contratos que aparte abarcarían períodos transcurridos desde el 10 de noviembre del año próximo pasado (1.959), sin que se sepa siquiera si hubo continuidad entre uno y otro y ya se sabe que el contrato de trabajo en que basa su demanda el actor se extiende a un lapso que se inicia en fecha muy fecha anterior".

Dos fueron los contratos de obra celebrados entre Domínguez y la empresa de Petróleos, contenidos en documentos que en copia obran en el juicio, así: el primero, celebrado el 10 de noviembre de 1.959, con plazo de 28 días; y el segundo, el 19 de diciembre del mismo año, que no indica término de duración. Según la demanda inicial, el contrato de trabajo entre el actor y Domínguez empezó el 20 de julio de 1.959, esto es, en fecha anterior al primer contrato de obra, y terminó el 23 de enero de 1.960. A juicio del recurrente, tanto el contrato de obra como el de trabajo estuvieron vigentes durante el tiempo en que rigió éste; que si en el segundo contrato de obra no se fijó el término de duración, la sentencia ha debido admitir que su vida se extendió hasta la fecha en que expiró el de trabajo. Se trata, como se ve, de simple afirmación del acusador, que no puede servir de fundamento a un error de hecho, o, al menos, de la apreciación del fallador no aparecería de manera evidente y ostensible.

16. En cuanto a la confesión del demandado Domínguez, es verdad que en ella declara haber sido contratista de la Empresa de Petróleos desde 1.951, en el mantenimiento de parte del oleoducto Barranca-Cantimplora, y que tuvo al actor como trabajador dependiente, en desarrollo de esa labor, del 20 de julio de 1.959 al 23 de enero de 1.960. (Respuesta a las preguntas primera, segunda y séptima del pliego de posiciones). La Sala observa que, para demostrar el contrato de obra y su ejecución, no es idónea la confesión del contratista independiente. Se dijo antes que los demandados Domínguez y la Empresa de Petróleos, litis consortes en relación con el actor, actúan en el proceso separadamente, y el acto que ejecute uno de ellos no aprovecha ni perjudica al otro. Solo cuando la cuestión litigiosa exija resolución uniforme para todos los litis consortes, los medios de ataque y de defensa que cada uno de ellos utilice, se extienden a los demás, como lo sostienen los autores al precisar los límites de la figura procesal. Y las pretensiones del actor en el presente asunto no exigen decisión uniforme respecto de los dos litis consortes, porque habría podido ser favorable a uno de ellos y adversa al otro.

17. Se ha visto que en el juicio la celebración del contrato de obra se halla acreditada con prueba documental. Pero, para la prosperidad de la acción solidaria del trabajador contra el empresario, se requiere la demostración, no sólo del contrato laboral y del de obra, sino la ejecución de ambos. En la sentencia de que antes se hizo mérito, expuso la Sala los fundamentos de este fallo, y a ellos se remite. Lo que en autos aparece establecido es el contrato de trabajo y su ejecución, como la formación del contrato de obra, pero de todo la prueba analizada no resulta acreditado, de manera plena, ni siquiera en parte el cumplimiento del segundo de esos contratos.

Por todo lo expuesto, se desecha el cargo.

A mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA, la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bucaramanga.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade.- Luis Fernando Paredes A.- Luis Alberto Bravo.- José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TERMINACION ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR EL PATRONO. INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS PARA DESPEDIR AL TRABAJADOR. INDEMNIZACION DEL PLAZO PRESUNTIVO. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1 En el recurso de casación se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, no éste y las tesis que en su defensa presente la parte opositora en las instancias. 2 Caso en que el patrono no hace uso de la cláusula de reserva y da por terminado injusta y unilateralmente el contrato.

1. La censura contra el fallo no se ajusta a las exigencias formales del recurso de casación. Como es sabido, en éste se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, no éste y las tesis que en su defensa presente la parte opositora en las instancias.

El cargo tercero adolece de los mismos defectos de orden técnico que presenta el segundo. El recurrente ataca la sentencia en alegación de instancia, omitiendo expresar si el error de hecho que le imputa se debió a equivocada estimación de las pruebas que aquélla analiza. Los reparos del recurrente se concretan a refutar las tesis sostenidas por la parte demandada durante el curso del juicio, lo cual coloca el cargo fuera del ámbito del recurso de casación.

2. No se hizo uso de la cláusula de reserva para dar por terminado el contrato de trabajo, sino a lo que sobre este punto disponen los reglamentos de la Caja de Crédito Agrario. Habiendo expirado por voluntad unilateral de ésta, sin justa causa, como resulta de las consideraciones expuestas por la Sala al examinar el primer cargo, y en atención a que según el contrato escrito, fue celebrado éste por término indefinido, debe considerarse sometido al plazo presuntivo, conforme a lo previsto en el artículo 49 del Código del Trabajo. La expiración del vínculo en la forma de que se ha hecho mérito, hace responsable al patrono de la indemnización de perjuicios.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. veintiocho de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez.)

Ante el Juzgado del Trabajo de Bogotá Hernán Vásquez promovió juicio ordinario laboral contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, representada por su Gerente General, para que por sentencia fuera condenada a pagarle lo siguiente: lucro cesante e indemnización moratoria, y, además, el suministro de asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, por enfermedad no profesional.

El apoderado del actor funda la demanda en estos hechos:

Vásquez venía prestándole servicios a la Caja Agraria desde el 20 de julio de 1.945, y para retribuirlos, el patrono le pagaba la suma de $1.261,oo, incluyendo primas ordinarias; cuando se hallaba ejerciendo el cargo de Director de la Agencia de la Caja en el Municipio de El Carmen, Departamento del Chocó la entidad demandada le canceló el contrato de trabajo, determinación que tomó a partir del 1o. de febrero de 1.960, con previo aviso de 10 días, para lo cual adujo como motivo el de haber violado el Reglamento de Trabajo (art. 57, ordinal h-) e incurrido en las sanciones previstas en aquél; para aplicar la sanción, no se le dió al empleado la oportunidad de presentar sus descargos, como lo establece el art. 64 del reglamento; no le fue pagado previamente, a la fecha de su despido, el preaviso de 10 días, sino el de 18 de febrero de 1.960, fecha en que fue consignado su valor ante el Alcalde Municipal de El Carmen; las prestaciones sociales fueron cubiertas al empleado, en forma directa, el 25 de abril de 1.960, o sea tres meses, veinticinco días después de la fecha del retiro; antes y después del despido, el actor se hallaba y aun se encuentra afectado de enfermedad no profesional; por tal motivo, la Caja Agraria, con fecha 15 de octubre de 1.959, por medio de su Departamento de Personal, dirigió una comunicación a la Agencia de El Carmen, expresándole que próximamente enviaría un Director Supernumerario para reemplazar al trabajador, mientras éste viajaba a Bogotá a un chequeo médico, promesa que no tuvo cumplimiento.

En derecho las pretensiones se fundan en los art. 22, 23, 24, 47, 49, 64, 65, 127 y concordantes del Código del Trabajo.

La respuesta que a la demanda dió el apoderado de la Caja, acepta el contrato de trabajo, el salario y la cancelación del vínculo por el patrono con fecha 31 de enero de 1.960. Como razones de la defensa, presenta, entre otras, las siguientes: que según el reglamento para las Sucursales y Agencias, ningún empleado puede hacer negocios con clientes de la institución, sin previa autorización de ésta, y si así ocurre, la violación de la prohibición da lugar a su destitución; que incurrió en esa falta el demandante, pues recibió en calidad de préstamo, de Ricardo Vélez Arcila, cliente de la Caja, la suma de $2.000,oo, garantizado con una letra de cambio, hecho comprobado según informe del Visitador de la Auditería General, señor Marco Bernal; que, como resultado de la investigación administrativa, con intervención del actor, fué éste despedido. En cuanto al preaviso, expone: le fué comunicado al demandante mediante comunicación del 19 de febrero de 1.960, haciéndole saber en ella que el contrato quedaría terminado 10 días después, es decir, el 1o. de febrero de ese año; que el patrono puede dar el preaviso en tiempo o en dinero, a pesar de lo cual aquél utilizó ambos procedimientos, no estando obligado, empleando el primero, a cumplir el segundo. Respecto a la mora en el pago de prestaciones, dice que tuvo por causa la intervención de Vásquez, porque después de que la Caja agotó la tramitación del cruce para su pago por la Agencia de El Carmen, aquél, por carta del 31 de marzo de 1.960, pidió que la suma correspondiente se situara en Bogotá, lugar de su residencia, solicitud atendida por la entidad demandada, en carta de Vásquez para ésta, del 21 de abril del mismo año, autorizó a la Caja para que del Crédito a su favor, descontara el valor de las obligaciones a su cargo, recibiendo en la fecha indicada el saldo correspondiente. Con referencia a las prestaciones por enfermedad, manifiesta que el actor se presentó al exámen médico de retiro el 7 de abril del año mencionado, y en concepto del facultativo, no se hallaba enfermo ni inhabilitado. Como excepciones perentorias propuso las de pago e inexistencia de las obligaciones.

El juicio siguió su curso conforme al trámite correspondiente. La sentencia de primer grado que le puso término, proferida por el juzgado 1o. del Trabajo de Bogotá, declaró probadas las excepciones de carencia de acción, inexistencia de las obligaciones y pago, absolviendo en consecuencia a la Caja Agraria de todos los cargos. Condena al demandante en las costas de la instancia.

Apeló la parte vencida. Resolvió el recurso de alzada el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. La sentencia de segundo grado confirma la del juzgado de cuo, con costas a cargo del apelante.

Contra la providencia del Tribunal hizo valer la parte actora el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se pasa a decidir.

LA DEMANDA DE CASACION

Se acoge a la causal primera, y con fundamento en ella aspira a que la Corte case la sentencia del Tribunal y, en su lugar, en decisión de instancia, acceda a las peticiones de la demanda inicial. Tal es el alcance que señala a la impugnación.

Formula tres cargos, que se examinan a continuación.

Primer cargo.

Violación de los art. 47 y 64 del CST., por aplicación indebida, a causa de error de hecho por equivocada estimación de unas pruebas y falta de apreciación de otras.

Se deduce de la motivación del cargo que el error consistió en haber dado el Tribunal por establecido, sin estarlo, el hecho de que la Caja Agraria despidió al demandante con invocación de una justa causa, considerando como tal una falta cometida por aquél, contemplada en el reglamento de trabajo en su art. 57, ord. h).

Alega el recurrente que la Caja destituyó al demandante, cancelando así el contrato de trabajo, sin haberla dado a conocer por escrito, individualizándola, la falta que le imputó, limitándose, en la nota de despido (f. 18), a citar una norma del reglamento interno, cuya violación le imputa, y no es esto lo que prescribe el art. 64 de aquél, sino la indicación precisa de la falta cometida. La Caja no oyó previamente, para tomar la medida, los descargos del trabajador, como tampoco a dos representantes del Sindicato. Prescindió también la Caja de la formación del expediente a que se refiere la citada disposición del reglamento, que debe integrarse con las informaciones recogidas por aquélla y los descargos del inculpado en estimación escrita. Solo existe al respecto un informe del visitador Bernal, de carácter confidencial, en el cual afirma que la entidad tuvo conocimiento del hecho determinante del despido, con indicación de las diligencias que realizó, informe que no puede calificarse de expediente. En relación con la falta atribuída al demandante, consistente en haber tomado en préstamo a un deudor de la Caja la suma de $2.000,oo, operación prohibida por éste en sus reglamentos, hecho que la sentencia halla demostrado en el juicio, el recurrente hace un análisis de las declaraciones de Francisco y Ricardo Vélez en que aquella basa su concepto, para concluir que los apreció erróneamente, porque los testimonios no acreditan lo que de ellos predica el fallo del ad-quem.

El apoderado de la parte opositora aduce varios argumentos para sostener que la acusación presenta varios defectos técnicos, suficientes para su rechazo. Se destacan los siguientes: el art. 47 del C.S.T. no establece derecho alguno en favor del trabajador, y ninguna incidencia tiene en la parte resolutiva de la sentencia, condición indispensable, según la jurisprudencia, para la viabilidad del cargo. Con relación al art. 64 de la misma obra, manifiesta que si bien el inciso 2º. fija la cuantía del lucro cesante cuando el contrato termina por voluntad del patrono, en forma ilegal, le correspondía al demandante acreditar que fue ese el motivo de su expiración, y en el proceso no obra prueba alguna en tal sentido. Con relación a los medios probatorios en que la sentencia basa sus apreciaciones, anota el opositor: el recurrente no toma en cuenta todos los que aquella estima, entre los cuales cita la confesión rendida en el juicio por el demandante, de todo lo cual concluye que el fallo debe mantenerse, pues para desquiciarlo se requiere que se destruyan todos sus fundamentos, según doctrinas recibidas por la Corporación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Afirma el recurrente que para el despido del trabajador la Caja no observó las formalidades prescritas por el art. 56 de su reglamento interno y, que, por consiguiente, no está demostrada la justa causa invocada por ella para la ruptura del contrato de trabajo, habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho al sostener lo contrario, con la consiguiente violación de las normas legales que el cargo cita.

2. Para la mejor comprensión del punto a que la acusación se refiere, conviene conocer lo que disponen las normas pertinentes tanto del reglamento interno como del especial para sucursales y agencias.

Dice el art. 57, literal h) del reglamento general, que constituye falta grave el incumplimiento por el trabajador de cualquiera de las obligaciones a que está sujeto, de acuerdo con el contrato de trabajo y los reglamentos. El art. 59 sanciona con el despido al empleado que haya incurrido en una de las faltas previstas en el citado art. 57.

El reglamento para sucursales y agencias, en sus arts. 25 y 57, establece como causal de despido el hecho de que el trabajador realice negocios con clientes de la Institución, deudores suyos o solicitantes de crédito, sin previa autorización de la Junta Consultiva o Asesora, comunicada a la casa principal.

Preceptúa el art. 54 del reglamento general que, para aplicar una sanción en los casos de sus arts. 56 y 57, debe seguirse el siguiente procedimiento: el levantamiento de un expediente, integrado por las informaciones del caso y los descargos que presente el trabajador; que antes de aplicarle una sanción se le notificará por escrito la falta que haya cometido; que se debe dar oportunidad para ser oído tanto al trabajador como a dos miembros del Sindicato a que pertenezca. Concluída la investigación, la Caja dicta la resolución correspondiente, y si contiene una sanción, contra aquélla puede hacer valer el empleado el recurso de apelación ante el respectivo superior.

3. En el estudio que la sentencia dedica a la petición sobre la condena de perjuicios por ruptura ilegal del contrato, llega a esta conclusión: la Caja Agraria le puso término con fundamento en una justa causa, consagrada en el art. 57 del reglamento interno (literal h), para la cual hizo uso de la facultad que le confiere

el art. 59 de dicho acto. Además, el demandante recibió en préstamo de Ricardo Vélez Arcila, deudor de la entidad, la suma de $2.000.oo, operación prohibida por los arts. 25 y 57 del reglamento para Sucursales y Agencias, sancionada con el despido. Encuentra acreditado el hecho con las siguientes pruebas: la confesión provocada del demandante (fs. 83 a 90); las declaraciones de Ricardo y Francisco Vélez (fs. 33 a 65); y el informe del señor Marco A. Bernal, visitador de la Caja (f. 3). Agrega la sentencia que no puede alegarse incumplimiento de lo previsto por el art. 54 del reglamento interno, porque en su confesión declaró el actor que no le pidió al Gerente reconsideración de la sanción de despido y que las explicaciones que dió sobre el punto constituyen hechos separados, sin conexión con el consignado en la respectiva pregunta del pliego de posiciones, que no demostró siendo de su incumbencia; que, de otro lado, el Sindicato gestionó el reintegro al cargo que desempeñaba en la empresa, sin ningún resultado, en vista de las causales alegadas por aquélla para despedirlo.

4. El motivo aducido por la Caja Agraria para el despido del trabajador, según la carta para éste del 19 de enero de 1.960 (f. 18) fue el haber incurrido en las faltas a que se refiere el art. 57, literal h) del reglamento general. La Sala observa que ese precepto no relaciona los hechos constitutivos de las faltas; como tales considera el incumplimiento por el empleado de las obligaciones que le imponen el contrato de trabajo y los reglamentos. Son numerosas las obligaciones que detalla el art. 57 en los literales a) a g) y la contenida en el literal i) las cuales si enuncian hechos determinados y concretos; en cambio, el reglamento especial para sucursales y agencias (arts. 25 y 57), erige como falta un acto singular y específico como causal de despido. Si se comparan los dos reglamentos, se advierte fácilmente que existe notoria diferencia entre el general, que rige para todo el personal de la Institución demandada, y el especial, que solo es aplicable a los empleados de agencias y sucursales.

5. De lo expuesto se debe concluir que la nota de despido no individualizó la falta imputada al trabajador, como lo dispone el art. 64 del reglamento interno. Lo que quiere este precepto, inspirado en el propósito de otorgar al trabajador una garantía adecuada para su defensa, no es la cita por su número de una norma reglamentaria vaga o, por lo menos, imprecisa, sino que se concrete, singularizándola, la falta cometida, como lo observa el recurrente. La anotada indeterminación no permitía prueba alguna en ningún sentido, por ausencia del tema probandum.

6. Los medios probatorios que analiza la sentencia tienden a demostrar que el empleado violó la prohibición contenida en los preceptos antes citados del reglamento especial, invocado por la Caja en la respuesta a la demanda, esto es, con posterioridad al despido del empleado, pero no infracción de lo dispuesto por el art. 57, literal h), del reglamento general. Se trata, como se ve, de dos situaciones procesales distintas, alegadas por el patrono en oportunidades diferentes; la primera al producirse el despido (enero de 1960), aún vigente el contrato de trabajo; y la segunda (agosto del mismo año), al dar contestación al libelo promotor del juicio, con posterioridad a la expiración del vínculo laboral. Luego la prueba para acreditar la segunda hipótesis no es pertinente para demostrar la primera, aún aceptando que ésta, en vista de las circunstancias del caso, pudiera considerarse susceptible de comprobación.

7. Para el sentenciador fue observado por la Caja el art. 64 de su reglamento interno, porque el empleado no pidió reconsideración al gerente de la resolu-

ción que decretó su despido, y porque el Sindicato intervino para su reintegro al cargo. No es aceptable el argumento en concepto de la Sala. En efecto: el despido es el resultado de una investigación administrativa interna, con intervención y audiencia del acusado, y si éste pertenece al Sindicato de la Empresa, con participación de dos de sus miembros. Durante el desarrollo de aquella, si el empleado ejercita el derecho de defensa, su actuación tiene por objeto demostrar la inexistencia de los cargos o su falta de fundamento y, de consiguiente, que no es el caso de imponerse sanciones. El proceso administrativo disciplinario presenta dos fases distintas: se inicia la primera con la formulación del cargo, notificando al acusado, debate probatorio y decisión; y la segunda o instancia del acusado, que se abre con ocasión del recurso de apelación interpuesto por éste contra la resolución condenatoria. A la segunda se refiere el razonamiento del Tribunal; de lo que este dice no puede llegarse a la conclusión de que el actor gozó de las garantías que consagra la disposición reglamentaria durante la primera fase de la investigación, sin duda de más importancia que la segunda, ya que es en aquélla en donde el inculpado tiene oportunidad para hacer valer su defensa y presentar las pruebas de sus descargos. No está previsto, en el procedimiento sobre sanciones, la actividad probatoria en la relación de apelación, de manera que apenas el impugnante tendría que limitarse a confutar los fundamentos de la resolución condenatoria, lo cual demuestra que el juzgamiento sin su audiencia lesionó el derecho de defensa, que el patrono se obligó a garantizarle.

No son atendibles los argumentos que presenta el apoderado de la parte opositora para el rechazo del cargo, y no lo son, por estas razones:

Es cierto que el art. 47 del CST., no establece, en concreto, derecho alguno en favor del trabajador, con influencia en la decisión de derecho, como es de rigor en casación, pero ilega ese requisito el art. 64 de la misma obra, indebidamente aplicado por el Tribunal, motivo suficiente para la quiebra del fallo. El presupuesto en que se funda -terminación ilegal del contrato por el patrono- está demostrado, según aparece de las consideraciones de la sala en el enámen del cargo.

Prospera la acusación.

Segundo Cargo.

Violación del art. 65 del CST., a causa de error de hecho en la estimación de las pruebas, por aplicación indebida.

Según el recurrente, consistió el error en que la sentencia da por establecida la ausencia de culpa de parte de la empresa por la demora en el pago de las prestaciones debidas al demandante, pues en concepto del impugnador las retuvo de manera injustificada.

Para sustentar la acusación, expone el recurrente:

Ha sostenido la Caja, sin demostrarlo, que Vásquez se ausentó de El Carmen, departamento del Chocó, en la misma fecha en que el patrono dió por terminado el vínculo laboral; que el 10 de febrero de 1.960, diez días después de suspendido en sus labores, las directivas de la entidad enviaron una comunicación a su Agencia de El Carmen, autorizando el pago de las prestaciones sociales, y que la solicitud que posteriormente hizo el empleado en el sentido de que el valor de aquellas se lo situara en Bogotá, retardó su pago sin culpa de la empresa, hechos admitidos por el fallador, sin reparo alguno. Pero la verdad es que la

obligación clara del patrono es pagar lo que debe en la fecha en que termina el contrato, por lo cual el trabajador no tiene por qué permanecer en el sitio de trabajo por determinado lapso, cualquiera que sea, en espera de que el patrono cancele las deudas a su cargo, pues su deber es consignar su importe ante la primera autoridad política del lugar, y como no lo hizo así, violó el precepto legal. Si el acreedor pidió que el monto de las prestaciones se trasladara a Bogotá, de allí no se concluye que no hubiera habido injusta retención de ellas. Tampoco desvirtúa el argumento el hecho de que del valor de las prestaciones debían descontarse deudas pendientes en favor de la Caja, pues el art. 65 es claro al decir que ésta debe consignar lo que estime deber hasta que la justicia decida y como así no procedió, la sentencia incurrió en error de hecho al sostener su ausencia de culpa.

En la réplica al cargo el apoderado de la parte opositora dice que no singulariza las pruebas que en concepto del recurrente apreció mal o dejó de estimar el Tribunal; que su exposición no se ajusta a las exigencias formales de una demanda de casación, pues apenas puede considerarse como un alegato de bien probado.

Sobre la cuestión jurídica a que se refiere la acusación, dice el Tribunal:

Ha sostenido la parte demandante que habiendo terminado el contrato el 30 de enero de 1.960, el patrono demoró el pago de las deudas laborales, que solo vino a cubrir el 25 de abril del mismo año, y al respecto observa: el patrono logró demostrar que la mora en que incurrió no puede imputársele, porque como se desprende de los documentos de folio 19 a 27, fue el actor quien solicitó por escrito, después de que el valor de las obligaciones se le había situado en El Carmen de Atrato, que se le trasladara a Bogotá, donde se hallaba radicado. Por tal motivo la Caja procedió a efectuar un nuevo trámite que, necesariamente, ocasionaba demoras. "Por lo tanto, deberá sostenerse la decisión del juzgador de primera instancia".

SE CONSIDERA:

No examina el cargo las pruebas de que se vale la sentencia para excusar la demora del deudor en la cancelación de las prestaciones, a fecto de deducir de su mala estimación el error de hecho que alega; se refiere a los argumentos que al respecto adujo el apoderado de la Caja durante el curso del juicio.

La censura contra el fallo, como lo observa con acierto el apoderado de la parte opositora, no se ajusta a las exigencias formales del recurso de casación. Como es sabido, en éste se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, no éste y las tesis que en su defensa presente la parte opositora en las instancias.

Por lo expuesto, no se recibe el cargo.

Tercer cargo.

Violación del art. 277 del CST., por aplicación indebida, a consecuencia de error de hecho en la estimación probatoria.

Para sustentarlo, dice el recurrente: según el telegrama que la Caja dirigió a su agencia de El Carmen (f. 6) Vásquez debía trasladarse a Bogotá para un chequeo médico, lo cual demuestra que se hallaba enfermo y su obligación de a-

sistirlo. Expresa a continuación: "Por qué tal cosa nunca tuvo cumplimiento?. No existe explicación alguna. Al folio 65 se encuentra la declaración del doctor Robustiano Luna, en la cual certificó la necesidad que Vásquez tenía de ser sometido al tratamiento de un especialista, antes de su retiro y después de él; que la última vez que se presentó a su consultorio fue para la expedición del certificado de retiro ordenado por la Caja, haciendo constar nuevamente que debía ser tratado por un especialista. Queda igualmente destruída la aseveración del apoderado de la empresa en el sentido de que Vásquez sólo se presentó para exámen médico en el mes de abril de 1.960. Como el Tribunal no da por establecido lo que sí constaba en autos, incurrió en ostensible error de hecho, violando así el aludido art. 277 del CST., ya citado".

El opositor analiza cuidadosamente las pruebas que estima la sentencia, para demostrar que no es hecho probado en el juicio la enfermedad del demandante en la fecha en que expiró el contrato de trabajo, las cuales no alcza el cargo en su totalidad. Solicita, en consecuencia, el rechazo de la acusación.

Acerca del extremo litigioso a que se refiere el recurrente, dice el sentenciador:

Confesó el demandante en posiciones, que no obstante haber sido despedido el 1. de enero de 1.960, sólo se presentó al exámen médico en Bogotá el 7 de abril del mismo año, aclarando que se le practicó después de que el Director del Puesto de Salud de El Carmen de Atrato, doctor Robustiano Luna, conceptuó que debía ser tratado por un especialista. Con todo, el facultativo de la empresa, doctor Agustín Herrera, lo encontró apto para el trabajo, según certificado corriente al folio 28. Además, no aparece en los autos prueba de la cual pudiera deducirse que a la cesación del contrato, el actor se hallaba incapacitado, y, por tanto, no puede prosperar la súplica sobre prestaciones por enfermedad.

SE CONSIDERA:

Adolece el cargo de los mismos defectos de orden técnico que presenta el segundo. El recurrente ataca la sentencia en alegación de instancia, omitiendo expresar si el error de hecho que le imputa se debió a equivocada estimación de las pruebas que aquélla analiza. Las reparos del recurrente se concretan a refutar las tesis sostenidas por la parte demandada durante el curso del juicio, lo cual coloca el cargo fuera del ámbito del recurso de casación. Basta lo dicho para su rechazo.

FALLO DE INSTANCIA:

El contrato de trabajo es hecho demostrado en el proceso. En cuanto a su duración, el informe de la Caja (f. 12), dice que el demandante le prestó servicios en tres períodos, con soluciones de continuidad, iniciado el primero con fecha 1o. de julio de 1.945; que el tercer período empezó el 31 de diciembre de 1.957 y terminó el 31 de enero de 1.960. El último período estuvo regido por el contrato de trabajo consignado por escrito, contenido en documento privado, extendido en el Municipio de Bolívar, Departamento de Antioquia, le asigna al empleado la función de Secretario y un salario de $600,00 mensuales; estipula

que el contrato será de duración indeterminada, sometido a cláusula de reserva, y faculta a la Caja para trasladar al empleado, en cualquier tiempo, a otro empleo, en cualquiera de sus dependencias del país, con igual o mayor remuneración. También se pactó que las partes podrían dar por terminado el vínculo por expiración del plazo presuntivo, y en los casos de los arts. 61, 62, 63 y demás normas concordantes del CST, o en los previstos en el reglamento de la institución.

No se hizo uso de la cláusula de reserva para dar por terminado el contrato, sino a lo que, sobre este punto, disponen los reglamentos de la Caja. Habiendo expirado por voluntad unilateral de ésta, sin justa causa, como resulta de las consideraciones expuestas por la Sala en el exámen del primer cargo, y en atención a que según el contrato escrito, fue celebrado éste por término indefinido, debe considerarse sometido al plazo presuntivo, conforme a lo previsto en el art. 48 del Código del Trabajo. Huelga anotar que el referido contrato rige todo el tiempo de prestación de servicios correspondiente al tercer período, pues aunque del 11 de junio de 1.958 al 31 de enero de 1.960, el empleado desempeñó un cargo distinto, el de director de la Agencia de la Caja en El Carmen de Atrato, tal hecho, previsto en la convención, apenas significa una modificación en cuanto a la sede de trabajo, funciones y remuneración, que para el nuevo empleo fué de $1.261,oo, según el citado informe de la caja, superior a la del empleo anterior.

La expiración del vínculo en la forma de que se ha hecho mérito, hace responsable al patrono de la indemnización de perjuicios. En vista de que la demanda inicial los limita a lucro cesante, el valor de éste, según el art. 64 del CST., equivale al de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo. Habiéndose iniciado la relación de trabajo el 21 de diciembre de 1.957, el término del quinto plazo presuntivo vencía el 21 de junio de 1.960, y como el patrono le puso término al contrato el último de enero de 1.960, para su vencimiento quedaron faltando cuatro meses veintiún días. El valor de la indemnización, por el concepto ya expresado, tomando en cuenta el salario correspondiente, asciende a la suma de $5.926,oo.

Los fallos de instancia condenan al demandante al pago de todas las costas causadas en el juicio. En vista de que de las tres súplicas de la demanda ha prosperado una, no es el caso de mantener la resolución en referencia, ni siquiera en parte. Para decidirlo así la Sala toma en cuenta que la Caja presentó sus defensas con lealtad procesal, adoptando una conducta que no cabría calificar de temeraria.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, pero sólo en cuanto absuelve a la Caja Agraria de la condena de perjuicios por lucro cesante, y REVOCA sobre el mismo punto la sentencia absolutoria de primer grado y, en su lugar,

RESUELVE:

Condénase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, establecimiento bancario domiciliado en Bogotá, representada por su gerente, a pagar al demandante Hernán Vásquez S., mayor de edad y de la misma vecindad, dentro

de los tres días siguientes al de ejecutoria de este fallo, la suma de cinco mil novecientos veintiséis pesos ($5.926,00) moneda colombiana.

Sin costas en las instancias y en el recurso de casación.

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

Adán Arriaga Andrade. - José Joaquín Rodríguez. - Luis Alberto Bravo. - Ignacio Reyes Posada, Conjuez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

TRABAJO ROTATORIO POR EQUIPOS Y TRABAJO SUPLEMENTARIO. SENTIDO Y ALCANCE DEL ARTICULO 170 DEL C. S. T.

Condiciones requeridas para la aplicación del artículo 170 del CST. El turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labor que la exceda, da lugar al recargo legal correspondiente. De la ausencia de elementos de juicio que acrediten la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajo diurno y nocturno a que se refiere el artículo 170 CST, no puede llegarse a otra conclusión sino a la de inexistencia de la compensación.

Para la aplicación del artículo 170 se requiere el lleno de tres condiciones: a) Que se trate de una labor por equipos; b) Que la labor implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos; y c) Que las partes hayan estipulado salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, en tal forma que, el acordado, compense el recargo legal por el servicio nocturno.

Los presupuestos de la norma tienen esta explicación: en cuanto al del literal a), el trabajo debe ejecutarse por equipos, es decir, por un grupo de operarios organizado para un fin o servicio determinado. Respecto al del literal b), es necesario que el trabajo por equipos sea rotatorio y sucesivo, de tal manera que cada operario preste servicios en turnos diurnos y nocturnos. En relación con el del literal c), aunque el trabajo por equipos se ejecute en turnos rotativos, diurnos y nocturnos, si no ha mediado estipulación entre las partes sobre salario fijo o uniforme que compense el recargo por el trabajo nocturno, debe éste pagarse conforme a la ley.

Si en el caso litigioso, el actor prestó servicios en jornadas continuas de 24 horas al día, con descanso compensatorio durante las 24 horas del día siguiente, como lo afirma el Tribunal, ya no se está dentro de la hipótesis que contempla el artículo 170 en estudio, porque cada turno comprendería el trabajo diurno y el nocturno de doce horas cada uno, en exceso de la jornada máxima legal.

El turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o, en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labor que la exceda, da lugar al recargo legal correspondiente. Puede éste producirse por el simple trabajo nocturno, por el extra diurno o extra nocturno, según aparezca de las pruebas del juicio.

De la ausencia de elementos de juicio que acrediten la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajo diurno y noc-

turno a que se refiere el artículo 170, no puede deducirse, dice el Tribunal, que no hubiera existido la compensación. Observa la Sala que la estipulación en referencia es uno de los presupuestos de la situación jurídica regulada por la citada previsión legal. Es un hecho constitutivo que incumbe probar a quien lo alegue; de la falta de prueba al respecto no puede llegarse a la conclusión a que arriba el fallador, sino muy al contrario, a la de su inexistencia. De otro lado, el patrono, en la respuesta a la demanda, no planteó la cuestión relativa a la prestación del servicio conforme a la modalidad prevista en la norma precitada, ni en el juicio aportó pruebas en tal sentido, ni presentó alegación alguna con tal finalidad. Las consideraciones del fallador sobre los enunciados aspectos se hallan, como se ve, fuera de la situación de hecho y de derecho planteada por los litigantes.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. diecinueve de agosto de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario laboral promovido por Juvenal Molano Vergara contra Acerías Paz del Río, S. A. ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Sogamoso.

ANTECEDENTES.

Como fundamentos de hecho la demanda presenta los que se resumen a continuación: Molano Vergara trabajó al servicio de la sociedad mediante contrato escrito de trabajo por término indefinido, desde el 2 de julio de 1.955 hasta el 31 de octubre de 1.957; devengó el actor un salario de $10,oo al día, desde el 2 de julio de 1.955 hasta el 1o. de julio de 1.957, y de $11,80, también diarios desde esta última fecha hasta la terminación del vínculo laboral; la actividad que desempeñó al servicio de la empresa consistía en el manejo de carros en la Sección de Bomberos y el de otros vehículos semipesados, como camiones y camionetas, siendo de su cargo la vigilancia de las máquinas y equipos de la mencionada Sección; el contrato terminó por despido injusto del empleado; trabajó éste dos horas y media extra-diurnas y trece horas y media extra nocturnas, diariamente, y laboró en domingos y feriados, sin recibir la correspondiente sobre remuneración; la empresa no le ha pagado al demandante el reajuste de salarios concedido al personal en convención colectiva; tampoco le ha cubierto la empresa, el reajuste del caso, con base en el salario real devengado, por concepto de cesantía, primas de servicio y vacaciones; también le debe aquélla los salarios por lucro cesante y daño emergente, (perjuicios morales) los provenientes de la indemnización moratoria, y los intereses legales de las deudas insolutas.

EL LITIGIO.

Con fundamento en los hechos expuestos Molano Vergara, por medio de apoderado, solicita que por sentencia Acerías Paz del Río, S. A., sea condenada

a pagarle lo siguiente: el reajuste convencional de salario; horas extras diurnas y nocturnas; reajustes de cesantía, primas de servicio y vacaciones; remuneración por domingos y feriados; perjuicios morales; indemnización por lucro cesante y a título de indemnización moratoria. Como valor total de las obligaciones insolutas señala la cantidad de $74.637.20. Pide asi mismo se haga la declaración de que fue ilegal, intempestivo e injusto, su despido, obra de la sociedad patronal; y por último, la condena de ésta en las costas del juicio.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, su duración y conclusión por despido del empleado. En cuanto a los demás hechos, de unos dice que no son ciertos, y de otros, que no le constan a la empresa. Agrega que ésta cumplió sus obligaciones pagando al empleado lo que le correspondía, según liquidación aceptada por él.

En la primera audiencia de trámite el apoderado de la sociedad manifestó que de la respuesta a la demanda se deducen las excepciones de pago, prescripción y compensación; que, propone además, la innominada, definida por el art. 329 del C. J.

Trabada la relación procesal y seguido el juicio conforme al trámite de rigor, la sentencia de primera instancia que le puso término declaró probada la excepción de pago propuesta por el apoderado de la Sociedad, y, en consecuencia, la absolvió de todos los cargos de la demanda, sin costas.

De la sentencia de primer grado apeló el demandante. Resolvio el recurso de alzada del Tribunal Superior de Tunja, Sala Laboral; la sentencia del ad-quem confirma la del inferior y condena en costas al apelante.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el demandante el recurso de casación, que le fue concedido. Admitido aquí por la Sala y debidamente preparodo, se halla en estado de recibir sentencia.

LA DEMANDA DE CASACION.

Persigue la quiebra parcial del fallo del Tribunal, a efecto de que la Corte, en decisión de instancia, acoja las peticiones de la demanda inicial en cuanto a las súplicas sobre condena al pago de horas extras diurnas y nocturnas reajuste de cesantía, primas de servicio y vacaciones, y la relativa a la indemnización moratoria.

Invoca la causal primera de casación. Formula cuatro cargos, el último en subsidio de los tres que le preceden.

El tercero acusa violación del art. 170. del CST, por aplicación indebida, "sin mediar errores de hecho".

La disertación que el recurrente dedica a la demostración del cargo, comienza con la transcripción de estos pasos de la sentencia recurrida: "De la prueba testimonial allegada al juicio se establece claramente que la jornada del trabajador era de veinticuatro horas y descansaba durante las veinticuatro horas siguientes es decir, se trataba de un trabajo de turnos rotativos autorizado por la ley según se desprende de los arts. 164 y 170 del Código Sustantivo del Trabajo. No se demostró que las labores del trabajador Molano Vergara se extendieran a horas

diferentes de las comprendidas por, tales turnos, ni existen elementos de información para deducir que no existió la compensación a que alude el art. 170 citado".

Con referencia a los anteriores conceptos, arguye el impugnador:

Es hecho incontrovertible el de que Molano Vergara trabajó en jornada continua de 24 horas diarias, descansando las 24 horas del día siguiente, cosa diferente a que la labor la hubiera ejecutado en turnos rotativos diurnos y nocturnos en jornada ordinaria de ocho horas al día. El sistema autorizado por el art. 170 se refiere al salario fijo para remunerar el recargo por el trabajo nocturno, y no a las horas extras; el caso debatido es distinto al que contempla la citada norma, por lo cual la sentencia la aplicó indebidamente.

Es cierto que no es hecho demostrado el de que las labores del actor se extendieran a horas diferentes a las 24 trabajadas por él en cada jornada, ya que sería una contradicción con los hechos que la sentencia da por establecidos; pero ello no significa que no hubiera laborado en cada jornada de 24 horas, 16 horas extras, ni que la jornada a que estuvo sometido implicara un sistema de turno diurnos y nocturnos.

También es verdad que no existen elementos de información para deducir que no existió la compensación de que trata la precitada norma legal, como lo anota la sentencia, y es claro que no podían existir porque la situación de hecho que da por demostrada no es la de turnos rotativos, diurnos y nocturnos. Salta al ojo que el Tribunal aplicó la disposición a un caso ajeno a su regulación.

Si el fallo se hubiera aplicado indebidamente el art. 170, habría tenido que concluir que al actor le asistía el derecho al pago del trabajo suplementario que reclama.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. Para la mejor inteligencia de la cuestión debatida, conviene conocer la norma quebrantada por el faltador según el recurrente, y las demás que con ella guardan relación.

Preceptúa el art. 170 del CST.: "Cuando el trabajo por equipos implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos, las partes pueden estipular salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, siempre que estos salarios comparados con los de actividades idénticas o similares en horas diurnas compensen los recargos legales".

Al mismo Código pertenecen estas disposiciones:

"Trabajo diurno es el comprendido entre las seis horas (6 a.m.) y las diez y ocho (6 p.m) y trabajo nocturno, el comprendido entre las diez y ocho horas (6p.m.) y las seis (6 a.m.)". Corresponden las definiciones al art. 160.

Jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o, en su defecto, la máxima legal (art. 158); la duración máxima de la jornada legal es la de ocho horas al día y de cuarenta y ocho a la semana, por regla general (art. 161); todo trabajo que exceda, ya de la jornada convencional, ora de la máxima legal, es suplementario o de horas extras (art. 159); el trabajo nocturno se remunera con un 35% sobre el valor del trabajo diurno; el extradiurno con un recargo

del 25% sobre el valor del trabajo ordinario diurno; y el extra nocturno, con un 75% sobre el valor del trabajo ordinario diurno (art. 168).

2.- Debe examinarse el juicio del sentenciador con vista en el régimen legal expuesto.

Para la aplicación del art. 170, se requiere el lleno de estas condiciones: a) que se trate de una labor por equipos; b) Que la labor implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos; y c) Que las partes hayan estipulado salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, en tal forma que, al acordado, compense el recargo legal por el servicio nocturno.

Los presupuestos de la norma tienen esta explicación: en cuanto al del literal a), el trabajo debe ejecutarse por equipos, es decir, por un grupo de operarios organizado para un fin o servicio determinado. Respecto al del literal b), es necesario que el trabajo por equipos sea rotatorio y sucesivo, de tal manera que cada operario preste servicios en turnos diurnos y nocturnos. En relación con el del literal c), aunque el trabajo por equipos se ejecute en turnos relativos, diurnos y nocturnos, si no ha mediado estipulación entre las partes sobre salario fijo o uniforme que compense el recargo por trabajo nocturno, debe éste pagarse conforme a la ley.

3.- Si en el caso litigioso, el actor prestó servicios en jornadas continuas de 24 horas al día, con descanso compensatorio durante las 24 horas del día siguiente, como lo afirma el Tribunal, ya no se está dentro de la hipótesis que contemple el art. 170 en estudio, porque cada turno comprendería el trabajo diurno y el nocturno de doce horas cada uno, en exceso de la jornada máxima legal.

4.- El turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o, en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labor que la exceda, da lugar al recargo legal correspondiente. Puede éste producirse por el simple trabajo nocturno, por el extra diurno o extra nocturno, según aparezca de las pruebas del juicio.

5.- De la ausencia de elementos de juicio que acredite la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajos diurno y nocturno a que se refiere el art. 170, no puede deducirse, dice el Tribunal, que no hubiera existido la compensación. Observa la Sala que la estipulación en referencia es uno de los presupuestos de la situación jurídica regulada por la citada previsión legal. Es un hecho constitutivo que incumbe probar a quien lo alegue; de la falta de prueba al respecto no puede llegarse a la conclusión a que arriba el fallador, sino muy al contrario, a la de su inexistencia. De otro lado, el patrono, en la respuesta a la demanda, no planteó la cuestión relativa a la prestación del servicio conforme a la modalidad prevista en la norma precitada, ni en el juicio aportó pruebas en tal sentido, ni presentó alegación alguna con tal finalidad. Las consideraciones del fallador sobre los mencionados aspectos, se hallan como se ve, fuera de la situación de hecho y de derecho planteada por los litigantes.

Se concluye de lo expuesto que está justificado el cargo. Sin embargo, no tiene el mérito de desquiciar la sentencia, porque en la decisión de instancia llegaría a la Sala a una sentencia absolutoria, por las razones que se exponen a continuación.

La demanda inicial afirma (hecho del numeral 4o.) que el actor prestó sus servicios a la empresa en jornadas de 24 horas diarias, por todo el tiempo de duración del contrato. La respuesta a dicha pieza negó el hecho en referencia.

En el proceso existen sobre estos puntos los siguientes elementos probatorios:

La inspección ocular sobre los libros y papeles de la compañía (fs. 32 y 33) En la diligencia informó el Jefe de la Sección de Seguridad Industrial que era de 72 horas la jornada de trabajo semanal del demandante y que en algunas ocasiones, mediante convenio verbal con el trabajador, laboraba éste 24 horas; disfrutando de un descanso compensatorio por el mismo término. Fue aceptada expresamente por aquél la manifestación en referencia.

Las declaraciones de Jocelyn Salazar, Fabio Cortés, Luis Alfredo Quintero, Pepe Díaz Quintero, Marco Tulio Gutiérrez, Eduardo Gallardo, Ismael Rojas Pinto y Martín Guio, todos trabajadores de la empresa (fs. 62 a 70 del cuaderno principal).

Dice el testigo Salazar, que "en el tiempo en que estuvo el demandante", la labor se cumplía en esta forma: veinticuatro horas seguidas y descanso por el mismo tiempo; no sé qué horas nocturnas y diurnas trabajaría el señor Juvenal Molano". Expone el declarante Cortés, que conoció al demandante prestando servicios en la Sección de Seguridad Industrial, trasladado después a la de Relaciones Industriales, en fechas que no recuerda, y agrega: "no puedo decir el tiempo que duró trabajando en ninguna de las dos partes". Dice también el testigo: "no se cuanto ganaría en horas extras, nocturnas ni diurnas, no sé si las trabajaría o nó". El testigo Alfredo Quintero, dice que conoció al demandante trabajando en la Sección de Bomberos de la Seguridad Industrial, de donde lo trasladaron a otra Sección, sin recordar las fechas ni el tiempo en que sirvió en las dos dependencias; que no le consta si trabajó horas extras diurnas o nocturnas y si le fueron o no pagadas. El declarante Díaz Quintero informa que ingresó a la empresa en marzo de 1.956 y encontró trabajando en ella a Molano Vergara, y no le consta si este laboró horas extras y su pago. El declarante Gutiérrez se expresa así en el tiempo en que trabajó en la empresa con el demandante, la labor se ejecutaba por turnos que comenzaban a las siete a. m. y terminaban a la misma hora del día siguiente, con descanso de 24 horas; no recuerda la fecha en que ingresó el actor a la Seguridad Industrial ni la fecha en que fué trasladado a otro departamento. El testigo Gallardo, dice en su testimonio, que no sabe cuantas horas extras diurnas o nocturnas laboró el demandante. En sentido igual al de los anteriores testigos, deponen Rojas Pinto y Martín Guio. Todos coinciden en la afirmación de que el trabajo se realizaba en jornadas de 24 horas, concediéndoles la empresa un descanso compensatorio por el mismo lapso de tiempo.

La prueba testimonial acredita que el demandante sí prestó servicio en horas extras, lo que se infiere de la extensión de la jornada; pero se ignora si durante todo el tiempo de la relación laboral rigió el sistema de trabajo de que dan cuenta los testigos. El propio demandante, en la diligencia de inspección ocular no precisa el dato, pues dice que, cuando trabajaba 24 horas tenía un descanso de 24, sin indicar si la labor en tal forma tuvo el mismo desarrollo durante la vigencia del contrato.

Del horario de 24 horas para la Sección de Bomberos, da cuenta el proyecto de reglamento del Supervisor Jefe de la Oficina (f. 3) pero el documento, de fecha 27 de enero de 1.958, es posterior a la expiración del contrato de trabajo del cual deriva el actor los derechos que reclama.

En su confesión provocada (fs 75 a 77) hace el demandante estas declaraciones: que fueron dos los contratos escritos de trabajo celebrados con la empresa (el que afirma la demanda inicial,- comenzado en julio de 1.955 y terminado el 31 de octubre de 1.957) y otro de fecha posterior, concluido en julio de 1.958; que le fueron cubiertas por el patrono todas las prestaciones derivadas del segundo contrato, pero le debe parte de las causadas en razón del primero "que corresponden a cuatro horas diarias de trabajo extra"; que la liquidación del segundo contrato incluyó el pago del recargo del 25% por horas extras diurnas, que no figura en la liquidación de las deudas del primer contrato; que trabajó 24 horas al día, habiendo dispuesto de una para el almuerzo y de otra para la comida. (Respuesta a las preguntas 6ª., 7ª., 8ª., 9ª, 11ª., 15ª., y 17ª, del cuadro de posiciones). En el interrogatorio se habla de trabajo extra en jornada diurna, pero no en relación con el primer contrato sino con el segundo.

Es obvio que las afirmaciones del confesante en su favor carecen de mérito probatorio, y las contenidas en las preguntas no abonan la tesis del servicio extra, diurno o nocturno, en relación con el primer contrato laboral.

Se desconoce, pues el número de horas extras laboradas por el demandante, requisito indispensable para su reconocimiento.

Resulta innecesario el examen de los demás cargos de la demanda de casación; todos parten de la base de que en el juicio está hecho probado el número de horas extras laboradas, de donde deducen (primero y cuarto) que no solo debe condenarse a la empresa a su pago sino también el reajuste de las obligaciones por cesantía, primas de servicio y vacaciones y a la indemnización por mora, tomando en cuenta el incremento de la asignación al computarse el valor del trabajo suplementario. La súplica de la condena a la indemnización por mora, se funda a su vez en la afirmación de que habiendo quedado deudas pendientes a la expiración del vínculo laboral, debe imponerse al patrono la sanción prevista en el art. 65 del CST.- Es claro que si no aparece debidamente establecido el derecho al trabajo suplementario, no se causan los demás que, como consecuencia, se derivan de aquél.

En vista de que la demanda de casación le ha permitido a la Corte la rectificación de errores de juicio del fallador, no hay lugar a la condena en costas de la parte recurrente, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corporación.

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 Tunja.

Sin costas en el recurso de casación.

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

Adán Arriega Andrade. - José Joaquín Rodríguez. - Luis Alberto Brevo. - Luis Fernando Paredes.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONTRATO DE TRABAJO CON ENTIDADES OFICIALES. REGIMEN LEGAL APLICABLE A ESTA CLASE DE RELACIONES. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1-La inestimación de pruebas y su equivocada apreciación no son fenómenos idénticos sino distintos e inconfundibles. 2- La acusación resulta deficiente e incompleta sino ataca todos los fundamentos de la decisión recurrida. No basta señalar las pruebas mal apreciadas ó inestimadas por el fallador, sino que es preciso demostrar el error de juicio en que haya incurrido en su actividad lógica. 3- Naturaleza contractual de las relaciones de trabajo entre el Instituto de Crédito Territorial y sus empleados. Las relaciones de trabajo con entidades oficiales, en cuanto a las actividades de excepción de que habla el artículo 4º del Decreto 2127 de 1945, se rigen por el sistema legal anterior a la expedición del Código del Trabajo. Demanda de casación y equivocado señalamiento de normas sustantivas violadas.

1.- No son conducentes los errores de hecho que alega el impugnador por falta de apreciación de los documentos obrantes a folios 9 y 12, pues de ellos hace el Tribunal un análisis detenido. En el supuesto de que la sentencia hubiera incurrido en los errores que alega el impugnador, no se habría producido por inestimación de las pruebas mencionadas, sino por su equivocada apreciación. Los dos fenómenos no son idénticos, sino distintos e inconfundibles. Cuando la prueba se aprecia, se emite un juicio sobre su valor; si deja de apreciarse, no hay concepto alguno acerca del mérito que ofrezca. La ley del recurso extraordinario separa las dos modalidades con toda claridad (art. 87 del C.P.L.), exigiendo que, respecto de cada una, se alegue y demuestre el error de juicio atribuído al fallo del *ad quem*. Si éste, como se ha visto, hizo el exámen de las dos pruebas citadas, y el acusador lo censura porque no las estimó, el ataque resulta inatendible.

2.- Conviene anotar que la sentencia deduce el incumplimiento por el trabajador de sus obligaciones, afirmando que por tal motivo fue justa la causa aducida por el patrono para el despido, no solo de la carta del folio 10, por la cual le pidió la entrega de la cartilla que le había encomendado, sino de la que obra al folio 11, en que le reiteró la orden de presentarla aun sin revisión y, documento este último que ni siquiera menciona el recurrente. Por este otro aspecto la acusación resulta deficiente e incompleta pues no ataca todos los fundamentos de la decisión recurrida, como es de rigor en el recurso que se examina.

La demanda de casación, en el primer cargo, se limita a decir que fue indebida la apreciación por la sentencia de las cartas mencionadas, sin exponer razón alguna para sostener la afirmación. Al respecto debe observarse

que no basta señalar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por el fallador, sino demostrar el error de juicio en que haya incurrido en su actividad lógica.

3.- El Instituto de Crédito Territorial es una entidad oficial, cuyo objeto, de acuerdo con las leyes normativas de su actividad, es la atención de los planes oficiales de vivienda para determinado sector de la comunidad, por lo cual las relaciones de trabajo con sus empleados son de índole contractual, de acuerdo con lo previsto por el art. 4º del Decreto 2127 de 1945, en lo pertinente. La situación de hecho y de derecho entre las partes no ha sido materia de discusión en el juicio y fue aceptada por los falladores de instancia.

Al respecto, esta Sala de la Corte en sentencia del 19 de diciembre de 1.956 dijo lo que se transcribe a continuación: "La situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, previsto en el art. 4º del Decreto 2127 de 1945, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar 'las relaciones del derecho individual del trabajo, de carácter particular y las de derecho colectivo del trabajo, oficiales y particulares, según lo dice su art. 3o. excluyó expresamente de su régimen 'las relaciones de derecho individual del trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado..... las cuales se regularán por los estatutos especiales que posteriormente se dicten' (art. 4o. ibidem) y, mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del art. 492 ibidem pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares y al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores, (art. 491 ibidem).

"De todo lo explicado resulta con absoluta claridad que los derechos que reclama el demandante no tienen su fundamento legal en el Código Sustantivo del Trabajo, sino en las normas anteriores a éste, tales como la Ley 6a. de 1.946, el Decreto 2127 del mismo año, las Leyes 64 y 65 de 1.946 y demás disposiciones sobre la materia que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha en que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, al cual pertenece el actor. Y siendo ello así el cargo resulta ineficaz para buscar el exámen por la Corte de las cuestiones que plantea el recurrente, pues el Tribunal no puede infringir, por falta de aplicación, ninguna de las normas del Código que cita y reclama el acusador, por la obvia razón de que dicho estatuto no rigió la situación de autos". (Gaceta Judicial, Tomo LXXXIII, págs. 1.155 y siguiente).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. cinco de septiembre de mil novecintos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquin Rodriguez)

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Eduardo Guzmán Bravo contra el Instituto de Crédito Territorial.

I- ANTECEDENTES.

Como fundamentos de hecho de la demanda, el apoderado del actor afirma los que se resumen a continuación:

El Instituto de Crédito designó al doctor Eduardo Guzmán Bravo para desempeñar en Bogotá el cargo de Ingeniero Técnico en vivienda de la Oficina de Asesoría Socio-Económica de la Gerencia General, con sueldo mensual de $ 1.700oo, sin señalarle funciones específicas, según consta en la nota de nombramiento de fecha 9 de diciembre de 1.958; el 31 de marzo de 1.959, fue trasladado en comisión por el Instituto a su Seccional de Cali con la función de Director de Obras en el Barrio de Agua Blanca, con derecho a viáticos de $ 45,oo diarios a partir del 1o. de agosto del mismo año; los viáticos de que gozaba antes del 1o. de agosto eran superiores, como se deduce de la carta del Gerente para el trabajador del 10 de julio de 1.959, en cuel explica la rebaja diciendo que obedecia a razones de órden administrativo, no a una censura por su trabajo, muy satisfactorio para el Instituto; al demandante le fué aumentado el sueldo a $ 2.000,oo mensuales, a partir del 11 de diciembre de 1.959, de acuerdo con resolución del Instituto del 23 de los mismos mes y año; el actor no pudo entregar al patrono una cartilla sobre proyectos de construcción de vivienda por ayuda mutua, no obstante que se hallaba dedicado a prepararla, por no haberla concluido y revisado, como se lo manifestó a su jefe de turno doctor Roberto Pinzón Giraldo, por carta del 12 de febrero de 1.960; ese trabajo modificó los términos del contrato inicial y con base en el supuesto incumplimiento de la tarea adicional impuesta por el Instituto al trabajador, unilateralmente, procedió a declarar insubsistente su nombramiento según resolución del 22 de febrero de 1.960; el Gerente anterior de la entidad, doctor Antonio Garcés Siniterra, confió al demandante la dirección del programa de auto construcción de viviendas por el sistema de ayuda mutua, habiéndose convenido entre las partes, como retribución de los servicios del empleado, la suma de $ 3.000,oo mensuales; en vista de que esta asignación no le permitia el escalafón del Instituto, acordaron los contratantes el traslado del actor a Cali, completándole con viáticos el sueldo hasta la suma expresada; es así, la significación que tiene la carta del 10 de julio de 1.959 suscrita por el sucesor en la Gerencia del Dr. Garcés Siniterra, en donde le dice al empleado lo siguiente: "La única motivación de la determinación que acabo de tomar es, pues, de orden administrativo y la he tomado, convencido de no incumplir los compromisos que el Instituto, por intermedio del anterior Gerente General, doctor Antonio Garcés Siniterra, adquirió para con Ud."; el último término presuntivo del contrato se inició el 1o. de diciembre de 1.959, y como el patrono lo dió por terminado sin justa causa, le debe a Guzmán Bravo los salarios de dos meses veintidos días, que a $ 3.000,oo, mensuales asciende a la cantidad de $8.200,oo; el Instituto no le ha pagado al actor los salarios y prestaciones de-

bídes, por lo cual debe responder de la indemnización por mora; la actividad del Instituto según el decreto 1368 de 1.957, es la de atender los planes oficiales de vivienda urbana y por tanto, las relaciones con sus empleados se rigen por contrato de trabajo, conforme a lo previsto en el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945.

II- LA LITIS.

Con fundamento en los hechos expuestos, Guzmán Bravo solicita que, por sentencia, el Instituto de Crédito Territorial sea condenado a pagarle lo siguiente: $8.200,oo a título de perjuicios compensatorios, por ruptura ilegal del contrato la suma correspondiente a la indemnización por mora; y las costas del juicio.

Cita en derecho, en apoyo de sus pretensiones, los arts. 49, 55 y 56 del CST.; la ley 6a. de 1.945 y su decreto reglamentario 2127 del mismo año; el decreto 1368 de 1.957; y las normas legales pertinentes y concordantes.

La respuesta a la demanda acepta el contrato de trabajo, el salario pactado inicialmente y su aumento posterior a $2.000,oo, y niega que por convenio entre las partes hubiera sido elevado a $3.000,oo. Manifiesta que el actor no hizo entrega al Instituto de la cartilla sobre experiencias de auto-construcción por ayuda mutua, y admite que aquél le puso término al contrato, pero con justa causa. No le dió su asentimiento a los demás hechos.

III- LOS FALLOS DE INSTANCIA.

El de primera, dictado por el Juzgado 6o. del Trabajo de Bogotá, después de estudiar la naturaleza de las relaciones laborales entre los litigantes, llega a la conclusión de que fueron de índole contractual, conforme a lo prescrito por el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945. De las peticiones de la demanda encuentra demostrada la que se basa en la ruptura ilegal del contrato de trabajo por el patrono, y, en consecuencia, lo condena a pagar al actor la suma de $8.200,oo por lucro cesante. Niega lo súplica sobre condena al pago de salarios indemnizatorios, y le impone las costas causadas en la instancia en un 80%.

El de segunda, decisorio del recurso de apelación interpuesto contra la providencia del juzgado a quo por la parte demandada, sitúa también las relaciones jurídicas entre las partes en el plano del contrato de trabajo. En su concepto, la terminación de éste, por el patrono se basó en una justa causa, prevista como causal de expiración del vínculo en la legislación anterior al actual Código del Trabajo, que, en concepto del fallador, es la aplicable al caso debatido. En tal virtud, la decisión recurrida, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, revoca la del inferior y, en su lugar, absuelve al Instituto de todos los cargos de la demanda, sin costas.

El actor interpuso el recurso de casación contra el fallo del Tribunal, que le fué concedido. Admitido por la Sala y debidamente preparado, se halla en estado de recibir sentencia.

IV- LA DEMANDA DE CASACION.

Aspira el petitum, según el alcance de la impugnación, a que la Corte case el fallo del Tribunal y, en su reemplazo, confirme la sentencia de primer grado.

Formula cinco cargos con fundamento en la causal primera.

La demanda acusa violación, por vía indirecta, a causa de errores de hecho, de las siguientes normas legales: arts. 61 del CPL., 53, literal A, numeral 2o. y 64 del CST. (primer cargo); los dos preceptos citados del Código del Trabajo (cargos tercero y cuarto); los arts. 55 y 64 del mismo estatuto (segundo cargo); y los arts. 22 y 64 de la ley laboral sustantiva (quinto cargo).

En sustentación de los cargos, expone el recurrente:

El quebranto de las normas que cita el primero se produjo por error de hecho, consistente en que la sentencia dió por demostrado, sin estarlo, la causal de despido alegada por el Instituto. Provino el error de no haber estimado la sentencia la declaratoria de confeso del representante del Instituto (fs. 56 y 67 a 70) y la carta que a éste dirigió el demandante del 12 de febrero de 1.960 (f.9), de la cual aparece que el actor trabajaba asiduamente en la preparación de la cartilla que le encomendó el Instituto, ofreciendo entregarla cuando estuviera completa y revisada, luego no se puede afirmar que de su parte hubo inejecución sistemática, sin razones válidas, de sus obligaciones, que fue el motivo aducido por la empresa para el despido. Corrobora la manifestación del trabajador la confesión ficta (posiciones quinta y vigésima). La violación del art. 61 del CPL. radica en el hecho de que la sentencia no estudió, como lo ordena ese precepto, las pruebas aducidas al juicio por ambas partes, pues si hubiera tomado en cuenta las que se han citado, habría concluido que el patrono dió por terminado el contrato sin justa causa. Afirma, por último, que también se debió el error de hecho a "la indebida apreciación de las cartas dirigidas por el patrono al trabajador y que obran a folios 10 y 11 del expediente".

Con referencia a la violación de las normas que cita el segundo cargo, alega que la sentencia dió por demostrado este hecho: "la sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, del contrato de trabajo" y, con fundamento en ese motivo, revocó la sentencia de primer grado en cuanto a la condena por lucro cesante. Al respecto dice que, sistemático, según el diccionario de la lengua, es lo que obedece a un sistema, por lo que, para estructurar la causal de despido que le puso término al contrato, se requiere que el patrono le haya llamado varias veces la atención al trabajador por omisiones o inejecución del contrato, y la confesión ficta (posición quinta) acredita que tal cosa no ocurrió. El instituto procedió de mala fé al aducir como causal de despido la que se deja enunciada, ya que la obligación de entregar la cartilla o parte de ella en determinado plazo, no fue objeto de estipulación, como lo demuestra la posición vigésima. Por consiguiente, el fallador incurrió en error de hecho por inestimación de la confesión ficta, pues ésta demuestra, contra lo que aquél sostiene, que el trabajador no incurrió en la causal de despido invocada por el patrono.

El quebranto de las normas legales que cita el tercer cargo se deriva de error de hecho consistente en considerar que la desobediencia atribuída por el patrono al demandante equivalía a sistemática inejecución, por parte de éste, del contrato de trabajo, error motivado por falta de apreciación de las dos pruebas que especifica el primer cargo. Arguye al recurrente que el patrono no llamó la atención al trabajador, ni por una sola vez, por inejecución del contrato, por lo cual no podía la sentencia afirmar que aquél se había incumplido en forma sistemática. En su carta del folio 9, manifiesta el demandante que se hallaba dedicado a la confección de la cartilla, trabajo para cuya ejecución no se le fijó nin-

gún plazo, de manera que si no alcanzó a entregarlo, no puede hablarse de inejecución sistemática de sus obligaciones, sino a lo sumo de simple desobediencia. Todo lo anterior demuestra que la sentencia incurrió en el error de hecho alegado.

La infracción de los textos legales a que se refiere el cuarto cargo, la funda el recurrente en los mismos argumentos que expone para demostrar el tercero.

Respecto al quebranto de las normas que cita el quinto cargo, la acusación alega error de hecho por inestimación de la resolución No. 94 del 22 de febrero de 1.960, expedida por el Instituto (f. 12), por medio de la cual declaró insubsistente el nombramiento para el cargo que venía desempeñando el demandante. El recurrente sostiene que, siendo bilateral el contrato de trabajo, una de las partes no puede imponer a la otra obligaciones sin su consentimiento; que la elaboración de la cartilla, no fue objeto de convenio entre las partes en el contrato inicial, sino obra de la voluntad del patrono, como se deduce del segundo de los considerandos de la citada resolución; que, por consiguiente, al exigirle el actor una obra que no estaba obligado a realizar, su inejecución no podía servir de base a una causal legítima de despido; y que, por haberla sostenido así la sentencia, incurrió en error de hecho a que el cargo se refiere.

LA REPLICA DE LA PARTE OPOSITORA

Con referencia al primer cargo dice que, según el art. 61 del CPL., el juzgador no está sujeto en la valoración de las pruebas, a la tarifa legal, pues forma libremente su convencimiento; que éste lo adquiere, según el expositor Couture, con la prueba que obre en el proceso o fuera de éste y aun en contra de lo que conste en autos; que la citada norma le concede al fallador un poder moral para establecer el balance de las pruebas y su análisis; que si la sentencia no tomó en cuenta la declaratoria de confeso, hizo uso de una facultad legal, ya que, con base en los medios probatorios que analiza, llegó a la conclusión que contiene su parte resolutiva; que si no fue indebido, según lo expuesto, la aplicación del art. 61, desaparecen las consecuencias de que habla el cargo, o sea, el quebranto de las demás normas legales que cita.

Para el rechazo de los demás cargos, se acoge a los mismos argumentos presentados para la refutación del primero.

Por último, alega el opositor:

No juega en casación el quebranto de normas de procedimiento, como las pertenecientes al Código Procesal del trabajo que cita como violadas la demanda de casación, sino únicamente las de orden sustantivo. Además, el Instituto de Crédito es un establecimiento público descentralizado, de creación legal, con patrimonio independiente, de carácter oficial, por lo cual sus trabajadores son empleados públicos, y aunque sus relaciones laborales con la entidad son de naturaleza contractual, ésto es, regidas por contrato de trabajo, conforme a lo prescrito por el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945, aquél se gobierna por la ley 6a. de 1.945 y el decreto 2127 del mismo año, conforme a lo previsto por el art. 492 del CTS. y no por las normas del actual Código del Ramo.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En atención a que todos los cargos acusan violación indirecta del art. 64 del CST., a causa de error de hecho, la Sala los estudia en conjunto, y al efecto, observa;

1o. La sentencia estudia toda la prueba documental acompañada por el actor a la demanda inicial (fls. 2 a 14) relativa a la vinculación de aquel al Instituto como Ingeniero Técnico en el ramo de vivienda, desarrollo de las relaciones laborales y su terminación. Acerca de su naturaleza, acepta que fueron de índole contractual, cuestión que, por lo demás, las partes no discutem.

2. En cuanto a la terminación del contrato, dice el Tribunal que la causa invocada por el patrono para tal fin, fue la prevista en el numeral 2º del art. 63 del CST., que la respuesta a la demanda explica así: al trabajador le encargó el patrono la elaboración de una cartilla sobre experiencias de auto-construcción por ayuda mutua, que nunca entregó, "sin que hubiera motivo alguno para la omisión". En la correspondencia cruzada entre las partes, corriente en autos, se halla la prueba de la morosidad del actor en el cumplimiento de sus obligaciones. Alude a carta del Instituto para el demandante del 12 de febrero de 1960 (f. 10), por la cual se solicita la entrega de la cartilla, a la respuesta de aquél de la misma fecha (f. 9) y a la del 16 de los mismos mes y año, requiriéndolo para la presentación del trabajo, aun sin previa revisión (f. 11). También hace mérito la sentencia de la resolución No. 94 del 22 de febrero de 1960 (f. 12) por medio de la cual el Instituto prescindió de los servicios del empleado. Efectuado el análisis de las pruebas, concluye el Tribunal: "Desprendose de todo lo anterior que los motivos alegados por el demandante para no enviar a la entidad demandada los trabajos que le fueron solicitados, no son admisibles, y por lo tanto se configura una de las causales de despido, sistemática inejecución, sin razones válidas, de las obligaciones convencionales del trabajador, que también está prevista en la legislación anterior al C.S del T., que es la aplicable en el caso sub-júdice".

3. No son condenantes los errores de hecho que alega el impugnador por falta de apreciación de los documentos obrantes a folios 9 y 12, pues de ellos hace el Tribunal un análisis detenido. En el supuesto de que la sentencia hubiera incurrido en los errores que alega el impugnador, no se habrían producido por inestimación de las pruebas mencionadas, sino por su equivocada apreciación. Los dos fenómenos no son idénticos, sino distintos e incomunicables. Cuando la prueba se aprecia, se emite un juicio sobre su valor; si se deja de apreciarse, no hay concepto alguno acerca del mérito que ofrezca. La ley del recurso extraordinario separa las dos modalidades con toda claridad (art. 87 del CPL), exigiendo que, respecto de cada una, se alegue y demuestre el error de juicio atribuido al fallo del ad quem. Si éste, como se ha visto, hizo el examen de las dos pruebas citadas, y el acusador lo censura porque no las estimó, el ataque resulta inatendible.

4. Conviene anotar que la sentencia deduce el incumplimiento por el trabajador de sus obligaciones, afirmando que por tal motivo fue justa la causa aducida por el patrono para el despido no sólo de la carta del folio 10, por la cual le pidió la entrega de la cartilla que le había encomendado, sino de la que obra al folio 11, en que le reiteró la orden de presentarla aun sin revisión, documento éste último que ni siquiera menciona el recurrente. Por este otro aspecto la acusación resulta deficiente e incompleta, pues no ataca todos los fundamentos de la decisión recurrida, como es de rigor en el recurso que se examina.

La demanda de casación, en el primer cargo, se limita a decir que fue indebida la apreciación por la sentencia de las cartas mencionadas, sin exponer razón alguna para sostener la afirmación. Al respecto debe observarse que no basta señalar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por el fallador, sino demostrar el error de juicio en que haya incurrido en su actividad lógica.

5. Es cierto que la sentencia guardó silencio sobre la declaratoria de confeso del representante de la entidad demandada. Dando por sentado que la prueba demuestre el hecho de que el trabajador no incurrió en violación sistemática de sus obligaciones contractuales, se debe observar que quedarían en pie los demás conceptos en que se basa la decisión recurrida, y ya se ha visto que, para deficiciaria, deben destruirse todos los soportes que la sustentan.

6.- El artículo 55 del CPL., establece el principio de que el contrato de trabajo debe ejecutarse de buena fé, y el 61 ibidem, el de la libre formación del convencimiento en la estimación de las pruebas. Ninguno de ellos crea derechos en favor del trabajador, y es bien sabido que, para efectos de la casación, sólo juegan los preceptos sustantivos.

7.- Conviene, además, observar lo siguiente:

El Instituto de Crédito es una entidad oficial, cuyo objeto, de acuerdo con las leyes normativas de su actividad, es la atención de los planes oficiales de vivienda para determinado sector de la comunidad, por lo cual las relaciones de trabajo con sus empleados son de índole contractual, de acuerdo con lo previsto por el art. 4o. del Decreto 2127 de 1.945, en lo pertinente. La situación de hecho y de derecho entre las partes no ha sido materia de discusión en el juicio y fue aceptada por los falladores de instancia.

Al respecto, esta Sala de la Corte en sentencia del 19 de diciembre de 1.956 (juicio de Miguel Insignares contra la sociedad Raymond Concrete Pile Company of South America) dijo lo que se transcribe a continuación: "La situación de igualdad en cuanto a las relaciones de derecho individual del trabajo entre los trabajadores oficiales del grupo de excepción y los trabajadores particulares, prevista en el art. 4o. del Decreto 2127 de 1.945, no puede entenderse sino respecto al sistema legal anterior a la expedición del Código del Trabajo, por cuanto este Código, dictado para gobernar las relaciones del Derecho Individual del Trabajo de carácter particular y las de Derecho Colectivo del Trabajo, oficiales y particulares, según lo dice su art. 3o., excluyó expresamente de su régimen las relaciones de Derecho Individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de Ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado...., las cuales se regularán 'por los estatutos especiales que posteriormente se dicten, (art. 4o. ibidem) y mientras tanto, por las normas anteriores que venían rigiendo el derecho individual del trabajo las cuales continúan vigentes para los trabajadores oficiales del grupo de excepción, por mandato del art. 492 ibidem, pues sólo fueron suspendidas las disposiciones anteriores, reguladoras de las materias contempladas en el Código, en cuanto se refieren, al derecho individual y colectivo de trabajo entre patronos y trabajadores particulares, y al derecho colectivo de trabajo entre la Administración Pública y sus servidores' (art. 491 ib.).

"De todo lo explicado resulta con absoluta claridad que los derechos que reclama el demandante Insignares no tienen su fundamento legal en el Código sustantivo del Trabajo, sino en las normas anteriores a éste, tales como la ley 6a. de 1.945, el Decreto 2127 del mismo año, las leyes 64 y 65 de 1.945 y demás

disposiciones sobre la materia que regularon la situación de los trabajadores particulares hasta la fecha en que entró a regir el Código Sustantivo y que aún permanecen vigentes para los trabajadores Oficiales del grupo de excepción, al cual pertenece el actor. Y siendo ello así, el cargo resulta ineficaz para buscar el exámen por la Corte, de las cuestiones que plantea el recurrente, pues el Tribunal no pudo infringir, por falta de aplicación, ninguna de las normas del Código que cita y reclama el acusador, por la obvia razon de que dicho estatuto no rigió la situación de autos".

8.- Ahora bien: las normas legales cuya violación acusa el recurrente, con incidencia en la resolución de derecho, pertenecen al Código del Trabajo y no a las leyes anteriores a su expedición, normativas del contrato laboral, que fueron las aplicadas por el sentenciador. Habrá bastado esta consideracion, con fundamento en la doctrina recibida por la Sala, de que se ha hecho mérito, mantenida en forma constante e invariable, para el rechazo de los cargos, cuyo exámen hizo la Sala por razones de amplitud. Se desechan, por tanto, las acusaciones.

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.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Adán Arriaga Andrade.- Luis Fernando Paredes A.- Luis Alberto Bravo.- José Joaquín Rodríguez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECURSO DE DE HOMOLOGACION. TRABAJADORES VINCULADOS A LA ADMINISTRACION PUBLICA POR CONTRATO DE TRABAJO. DERECHOS DE ESTA CLASE DE TRABAJADORES Y DEL SINDICATO A QUE ESTAN AFILIADOS.

Cuestiones que no son materia propia del recurso de homologación. Las Empresas Públicas de Armenia y la naturaleza de sus actividades en conformidad con el acuerdo que las organizó. Qué derechos tiene el sindicato al que se hallan afiliados los empleados oficiales vinculados a la administración pública por contrato de trabajo. En tal caso, todos los trabajadores y, por consiguiente, las organizaciones sindicales gozan, por regla general, de los mismos derechos, ya que la distinción entre obreros y empleados fue expresamente abolida por el legislador.

Las Empresas Públicas de Armenia, según disposiciones del acuerdo municipal que las organizó como establecimiento público, desarrollan actividades semejantes a las de los particulares. En este uno de los casos en que, de conformidad con lo prescrito en el artículo 4o. del Decreto 2127 de 1.945, las relaciones laborales entre el empleado oficial y la administración pública se rigen por contrato de trabajo. Ahora bien: cuando la situación jurídica es de esta índole, el sindicato al cual se hallan afiliados los empleados de la administración pública tiene, en general, los mismos derechos otorgados por la ley, a los sindicatos de empresas particulares, salvo restricción del derecho de huelga en los servicios públicos.

Salvo excepciones establecidas por la ley, la distinción entre empleados y obreros, para todos los efectos legales, quedó eliminada por el artículo 10o. del Código Sustentivo del Trabajo. Desde la expedición de este estatuto, los servidores dependientes son simplemente trabajadores.

Cuando la situación jurídica entre el empleado oficial y la administración pública es de índole contractual, todos los trabajadores y, por consiguiente, las organizaciones sindicales gozan, por regla general, de los mismos derechos. Su *statu*s no es para los empleados legal y reglamentario y contractual para los obreros, ya que, como se advirtió, la distinción entre obreros y empleados fue expresamente abolida por el legislador.

CORTE SUPERMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL Bogotá. D. E.quince de septiembre de mil novecientos ocsenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquin Rodriguez).

ANTECEDENTES.

El Concejo Municipal de Armonia, por acuerdo No. 43 del 15 de diciembre de 1.962, creó un establecimiento público denominado "Empresas Públicas de Armenia", como organismo autónomo y patrimonio propio, dotado de personería jurídica.

El establecimiento fue organizado para la dirección y administración de los servicios municipales de energia eléctrica, acueducto, teléfonos, aseo, plaza de mercado, matadero, alumbrado público, aeropuerto, plaza de ferias y los demás que en el futuro, previa asignación de los recursos suficientes, los señale el Concejo Municipal. Así lo dispone el art. 1o.

Conforme el parágrafo del articulo 5o., el establecimiento subrogará al Municipio de Armenia en todos los derechos y lo sustituirá en todas las obligaciones contraidas por él en lo relacionado con las empresas que debe administrar. El art. 4o. señala el patrimonio del establecimiento; de conformidad con el 6o. el Municipio le cede a éste las sobretasas e impuestos y el producto del gravámen de alumbrado público. La administración del establecimiento se confia a una junta Directiva (ar. 8o.). Entre las atribuciones de la junta figuran las de fijar los sueldos del Gerente y demás trabajadores al servicio de las empresas, y fijarles sus funciones. Sus servidores se consideran empleados oficiales para los efectos determinados en las leyes vigentes sobre la materia (art. 37).

El 27 de febrero de 1.964, el Sindicato Unico de las Empresas Públicas de Armenia presentó a esta entidad un pliego de peticiones con destino a la celebración de convención colectiva de trabajo.

Promovido así el conflicto, el pliego fue sometido al trámite legal correspondiente. La primera etapa se surtió sin ningún resultado; en la de conciliación las partes llegaron a un acuerdo sobre dos de las diecinueve demandas del pliego petitorio. En este estado y en atención a que las Empresas desarrollan actividades de servicio público, el Ministerio del Trabajo, por medio de la Resolución No. 895 del 23 de junio de 1.964, convocó un Tribunal Especial de Arbitramento para la decisión del conflicto.

Designados y posesionados los árbitros, el Tribunal se instaló el 27 de julio del mismo año en la ciudad de Armenia. Practicadas las pruebas decretadas por el Tribunal y oidas las partes, puso éste término al conflicto mediante el laudo de fecha 11 de agosto del año en referencia.

En oportunidad legal el apoderado de las Empresas interpuso contra el fallo de los árbitros el recurso de homologación, que le fue concedido por el Tribunal, y, ordenó el envio de los autos a esta Superioridad.

II -LA IMPUGNACION.

Obra en el mismo escrito en que se interpuso el recurso, formulada en estos términos:

El Sindicato de las Empresas está integrado por empleados y obreros, lo que induce a dudar de su capacidad legal. La legislación ha previsto un tratamiento diferente para las relaciones obrero-patronales cuando se establecen entre empleados públicos y la administración y cuando existen entre éste y los obreros vinculados a ella por contratos de trabajo. En el presente caso no trata de un sindicato híbrido de empleados y obreros y han venido disfrutando aquéllos de prerrogativas pactadas en convenciones, como la estabilidad, contraria a la ley, pues según éstas son de libre nombramiento y remoción por la entidad que los designa. También difieren las facultades de los sindicatos de empleados públicos de las señaladas por la ley a los de obreros al servicio de la administración. El Tribunal no tuvo en cuenta esta circunstancia, pues ha debido limitarse a fallar sobre las diferencias sometidas a su consideración en relación con los obreros, dejando por fuera a los empleados. Existe para las Empresas un legítimo interés en obtener de la Corte un pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de esta organización sindical, hecho directamente relacionado con el laudo recurrido.

II. — CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Lo que pretende el recurrente es que la Corte decida si el sindicato de una empresa de servicio público municipal, como la que intervino en el conflicto decidido por el laudo impugnado, integrada por obreros y empleados y en lo concerniente al grupo de aquellos afiliados a la asociación sindical, es o no legal, y si, en consecuencia, tiene ese grupo o no facultad para promover el conflicto colectivo con todos los efectos que se derivan de esta actividad jurídica. Da a entender el acusador que las relaciones entre la administración pública y sus servidores son de dos clases: de derecho público con los empleados, y contractuales con los obreros. De su exposición se infiere que los sindicatos de empleados no tienen facultad para presentar pliegos de peticiones ni para celebrar convenciones colectivas de trabajo, de las cuales sí gozan los obreros de la administración pública.

2. Cabe observar ante todo que la cuestión planteada no fue materia de debate en ninguna de las etapas del conflicto, y además que no es materia propia del recurso de homologación, como se deduce de la norma procesal que delimita su objeto (art. 143 del CPL.).

De otra lado, en el supuesto de que entre el personal de las Empresas haya empleados cuya situación jurídica sea legal y reglamentaria, sin derecho a presentar pliegos de peticiones ni a celebrar convenciones colectivas de trabajo, cometidos, en su caso, al régimen del arbitraje obligatorio, se observa que la Sala no dispone de elementos de juicio para estudiar este reparo de la acusación, pues para ello habría sido necesario conocer sus funciones a fin de saber si encajan o no dentro de las que la ley considera reguladas por el vínculo contractual de trabajo e investigar además si pertenecen al sindicato promotor del conflicto. Respecto de estas cuestiones de hecho no obra prueba alguna en el expediente.

3. Sin embargo, como la acusación da a entender que el laudo afecta facultades de las partes reconocidas por la ley, motivo de inexequibilidad del mismo, conforme a lo previsto en el art. 458 del CST., conviene examinar este aspecto de la impugnación, y al efecto, la Sala observa:

Las Empresas Públicas de Armenia, según disposiciones del acuerdo municipal que las organizó como establecimiento público, desarrollan actividades semejantes a las de los particulares. Es éste uno de los casos en que, de conformidad con lo prescrito en el art. 4o. del decreto 2127 de 1.945, las relaciones laborales entre el empleado oficial y la administración pública se rigen por contrato de trabajo. Ahora bien: cuando la situación jurídica es de esta índole, el sindicato al cual se hallan afiliados los empleados de la administración pública tiene, en general, los mismos derechos otorgados por la ley a los sindicatos de empresas particulares, salvo la restricción del derecho de huelga en los servicios públicos.

Salvo excepciones establecidas por la ley, la distinción entre empleados y obreros, para todos los efectos legales, quedó eliminada por el art. 10o. del CST. Desde la expedición de este estatuto, los servidores dependientes son simplemente trabajadores.

Cuando la situación jurídica entre el empleado oficial y la administración pública es de índole contractual, todos los trabajadores y, por consiguiente, las organizaciones sindicales gozan, por regla general, de los mismos derechos. Su status no es para los empleados legal y reglamentario y contractual para los obreros, ya que, como se advirtió, la distinción entre obreros y empleados fue expresamente abolida por el legislador.

Conviene observar que examinadas las disposiciones del laudo, no encuentra la Sala oposición entre ellas y lo preceptuado por los art. 143 del CPL. y 458 del CST.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

Es exequible el laudo arbitral de que se ha hecho mérito en la parte motiva de esta providencia.

Copia de este fallo se remitirá al Ministerio del Trabajo.

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

Adán Arriaga Andrade. - Luis Fernando Paredes. - Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

RECLAMACION SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES. RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIA INHIBITORIA. REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA DE CASACION.

1º. Forma de atacar en casación la resolución inhibitoria con invocación de incompetencia. La jurisprudencia considera de orden público y consiguientemente de contenido sustancial los ordenamientos legales sobre competencia. El ataque por violación de normas sobre competencia, debe relacionarse con la de preceptos materiales, creadores de derechos y obligaciones, con influencia en la resolución de derecho. 2º. Deficiencias formales de la de demanda de casación.

Según la jurisprudencia los ordenamientos legales sobre competencia son fundamentales en el proceso, de imperativa observancia para el fallador pues delimitan la jurisdicción y le confieren la potestad de juzgar en determinados asuntos. De ahí que aquélla los considere de orden público y de consiguiente, de contenido sustancial. La sentencia consideró la norma citada inaplicable al caso de autos; su ataque habría sido procedente como violación medio, pero en relación con preceptos materiales creadores de derecho y obligaciones, con influencia en la resolución de derecho, calidad que no tiene la previsión del decreto. Para el caso esos preceptos habrían sido los pertinentes del Código Civil que consagran el derecho a la remuneración por servicios profesionales.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá D. E. dieciseis de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado Ponente: Dr. José Joaquin Rodriguez).

Se decide el recurso de casación, contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario que sobre pago de honorarios profesionales promovió José María de Mier contra Héctor Tovar Espinosa y Lucía Neira de Tovar.

El apoderado del actor aduce como fundamentos de hecho de la demanda los que se resumen a continuación:

Héctor Tovar encargó a Jose M. de Mier, en su condición de ingeniero, el adelantamiento de la construcción de un edificio en la calle 19 No 14-22 de Bogotá habiendo convenido, a título de honorarios del constructor, el 4% sobre el costo de la obra, siendo de cargo de su dueño la elaboración y aprobación de los planos. En vista de que el Municipio varió la demarcación del lote, hubo necesidad de elaborar nuevo proyecto arquitectónico, que le fue encomendado

al ingeniero de Mier, quien realizó la labor de acuerdo con las exigencias del Municipio y aprobó la señora Lucía Neira de Tovar. Para la elaboración del proyecto, los demandados autorizaron el pago de algunos trabajos de dibujo. Los honorarios por la confección de planos y proyectos arquitectónicos, se pagan según tarifas de la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Los demandados deben al constructor parte del valor de los honorarios por sus servicios y el valor de los planos y proyectos. El saldo por honorarios asciende a la suma de $1.373,04 y el valor del proyecto y dirección arquitectónica para el edificio, arroja la cantidad de $12.929,80, pendiente también de pago por los deudores.

Con fundamentos en los hechos relatados, pidió el demandante que los señores Tovar y Neira de Tovar fuera condenados a pagarle las sumas de dinero que aquellos especifican, y las costas.

En derecho las pretensiones se apoyan en los títulos 26 y 28 del Código Civil.

El apoderado de los dos demandados contestó por separado la demanda. Expone como razones de la defensa las siguientes: que Tovar celebró con de Mier un contrato para la construcción de un edificio, de acuerdo con planos suministrados por los demandados, obligándose el contratista a realizar las reformas pertinentes; que la construcción debía hacerse por administración delegada, mediante un honorario para el ingeniero del 4o/o sobre el costo de la obra; que no obstante haberse obligado el contratista a dirigirla personalmente, delegó en un hermano suyo la dirección, causándole a sus mandantes graves perjuicios debido a los errores cometidos por el delegado. En cuanto a los honorarios afirma que le fueron pagados al ingeniero. Con base a tales razones negó los hechos fundamentales del libelo promotor del juicio, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones.

Constituida la relación procesal, el juicio siguió su curso conforme al trámite prescrito en la ley. Terminó en primera instancia por sentencia dictada por el Juzgado Primero del Trabajo de Bogotá. Acoge la providencia las peticiones de la demanda, declarando no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y la condena en las costas del juicio.

Apeló la parte vencida. La sentencia que decidió el recurso de alzada, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revoca la sentencia apelada y, en su lugar, declara que la justicia del trabajo está inhibida para hacer un pronunciamiento de fondo por falta de competencia, de conformidad con las razones de su parte motiva.

Los fundamentos de la decisión recurrida, en síntesis, son los siguientes:

De acuerdo con lo preceptuado en los decretos 456 y 931 de 1.956, a la jurisdicción del trabajo se atribuyó el conocimiento de honorarios y remuneraciones por servicios personales de carácter privado. Según confesión del actor, la construcción de la obra a que se obligó, no fue ejecutada personalmente por él durante todo el tiempo de duración de los trabajos, pues en su ausencia de la ciudad de Bogotá, fue reemplazado por Julio de Mier, hermano suyo, y por ingenieros de su oficina de construcciones. Hallándose demostrado que en el contrato celebrado entre los litigantes no predominó el servicio personal del actor, como lo exigen los citados decretos, se debe concluir que no puede fallarse de fondo por falta de competencia y, en consecuencia, procede la revocatoria de la sentencia del a quo.

LA DEMANDA DE CASACION.

No señala el alcance de la impugnación.

Aunque no lo menciona, se funda en la causal primera. Formula tres cargos contra el fallo recurrido.

El primero acusa violación, sin indicar por qué concepto, del art. 1º. del decreto 456 de 1.955. Analiza el ordenamiento legal y concluye afirmando que es aberrante la tesis del Tribunal al sostener que si el profesional tiene personal a su servicio, se convierte en empresa, y, por tanto, el trabajo que presta no es personal y se coloca fuera de la hipótesis prevista en la citada norma del decreto. No cita la acusación ninguna otra norma de derecho material infringida por el sentenciador.

El segundo cargo lo presenta el recurrente así: "La sentencia recurrida es ilegal por la mala interpretación de las pruebas y especialmente de las posiciones absueltas por el Dr. José María de Mier". A continuación se refiere al contenido de la confesión provocada rendida en el juicio por el demandante a intento de demostrar que fue mal interpretada por el fallador. No cita norma alguna de derecho quebrantada por la sentencia impugnada.

El tercer cargo lo formula el acusador en estos términos: "La sentencia es violatoria de la ley sustantiva por una errada interpretación de la prueba". A continuación ataca el fallo con este razonamiento: dice el Tribunal que de Mier constituye una empresa; que no realizó el trabajo personalmente porque tuvo a su servicio personal auxiliar, y agrega: "Suponer que un Juez es Tribunal por tener un secretario y un sustanciador, es tan ilógico como suponer que de Mier constituye empresa por tener a su servicio una mecanógrafa y un mensajero, y por haberle encomendado a su hermano que se pusiera en comunicación con el señor Tovar." Tal es el contenido del cargo en su integridad.

El apoderado de la parte opositora hace una crítica detenida a la demanda de casación, transcribiendo las normas legales que regulan dicha pieza para concluir que los cargos no deben ser analizados por los notorios defectos de orden técnico que ofrecen. Anota que el único precepto que cita el recurrente como violado en la sentencia no es de derecho material, como debe serlo para los fines de la casación. En cuanto a las acusaciones por mala interpretación de las pruebas, observa que no indican los errores en que hubiera incurrido la sentencia ni su clase, omitiendo citar la norma legal violada como consecuencia de aquéllos. Por último, analiza los fundamentos del fallo, acertados en su concepto, porque en el asunto litigioso los servicios del demandante no fueron exclusivamente personales, requisito necesario para que la justicia del trabajo pueda conocer del juicio en que se reclame su reconocimiento y pago, de acuerdo con la regla de competencia sobre la materia.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1º. Cabe observar ante todo que el fallo del ad quem dejó imprejuzgada la acción ejercitada en el juicio, por estimar que la justicia del trabajo no era competente para la composición de litis por sentencia. Con ese fundamento se declaró inhibido para decidirla. Así las cosas, lo procedente habría sido atacar el sentido de la resolución, demostrando que el pronunciamiento debió considerarse

de mérito, porque en el fondo desestima la acción, sin colocar la sentencia en ese plano, no es posible el examen de los cargos.

2o. Por lo demás, como lo pone de presente el opositor, la demanda de casación es absolutamente inadmisible. Adolecen las acusaciones de fallas formales y de orden técnico. Para su rechazo basta anotar las de la primera clase, entre las cuales pueden citarse las siguientes: no indica cual es el fin del recurso, esto es, si la sentencia debe casarse parcial o totalmente; no cita ninguna norma de derecho sustancial violada por la sentencia y, por sustracción de materia, el concepto de la infracción. La censura por mala interpretación de pruebas no expresa si por tal motivo incurrió el sentenciador en error de derecho o de hecho manifiesto. Es sabido que la causal de casación por inestimación o mala apreciación de prueba, no es lo que conduce al quebranto de la ley sustantiva, sino el desacierto al realizar esa operación, siempre que tenga por resultado un error de la clase ya expresada, con indicación de la norma violada como consecuencia del error. Nada de esto se encuentra en los ataques del recurrente.

3o. La única norma cuya violación acusa el impugnante es la del art. 1o. del decreto 456, de 1956, según la cual corresponde a la justicia del trabajo el conocimiento de los negocios sobre reconocimiento y pago por servicios personales de carácter privado. Según la jurisprudencia los ordenamientos legales sobre competencia son fundamentales en el proceso, de imperativa observancia para el fallador pues delimitan la jurisdicción y le confieren la potestad de juzgar en determinados asuntos. De ahí que aquélla los considere de orden público y de consiguiente, de contenido sustancial. La sentencia consideró la norma citada inaplicable al caso de autos; su ataque habría sido procedente como violación medio, pero en relación con preceptos materiales creadores de derecho y obligaciones, con influencia en la resolución de derecho, calidad que no tiene la previsión del decreto. Para el caso esos preceptos habrían sido los pertinentes del Código Civil que consagran el derecho a la remuneración por servicios profesionales.

Según lo expuesto, ninguno de los cargos es viable y, por consiguiente, se desechan.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, 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.

Adán Arriaga Andrade. Luis Fernando Paredes. - Luis Alberto Bravo. - José Joaquín Rodríguez. - Vicente Mejía Osorio, Secretario.

VACACIONES. INDEMNIZACION MORATORIA. LUCRO CESANTE. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.

1. La violación directa y la violación indirecta, en relación con la censura por interpretación errónea de la ley. 2. Sanción moratoria por falta de pago o consignación y la disculpa por parte del patrono de equivocación o de olvido. 3. En qué casos se justifica la censura de la aplicación indebida de la ley, de modo directo.

1. No es atendible la censura por interpretación errónea del artículo 65 del CST. Se funda en la prueba de un hecho -el de que el patrono consignó de buena fe lo que consideraba deber al empleado por prestaciones sociales- extremo que no puede ser examinado dentro del motivo de violación que alega el acusador. Si para investigar el error de juicio en la actividad intelectual del sentenciador es necesario el estudio de las pruebas, aquél no se hallaría en el contenido de la norma, sino en la valoración de los medios probatorios, y cuando así ocurre su quebranto no se produce de modo directo, sino como consecuencia de error de derecho o de hecho manifiesto, esto es, por vía indirecta. Por lo demás, prescindiendo del defecto de orden técnico anotado, ninguna interpretación hace la sentencia del ordenamiento legal, pues, se limita a aplicarlo al caso debatido por haber encontrado probado en el proceso, que el patrono, al expirar el contrato, no pagó ni consignó lo que le debía al empleado por concepto de prima de servicio correspondiente al tiempo laborado de enero a abril de 1.957, extremo en que procede imponer la sanción a que se refiere la provisión legal.

2. De otro lado, no niega el recurrente que sea hecho acreditado el que el patrono no canceló la prima, expresando que así sucedió por error u olvido, excusa inaceptable según el Tribunal. La Sala observa que si la omisión fuera admisible, también podría servir de fundamento para que el patrono se abstuviera de pagar todas las obligaciones exigibles al concluir la relación laboral por salarios y prestaciones sociales, quedando sin efecto el artículo 65. De equivocación puede hablarse cuando se paga o consigna una suma inferior a la debida o se la imputa a obligación distinta de la que el deudor pretende solucionar, pero no en ausencia de pago o consignación; tampoco puede hacerse el incumplimiento en el olvido, porque la eficacia de la ley no depende de esa contingencia, cuyas consecuencias debe soportar quien la padece.

3. Tampoco es viable el cuarto cargo. El reparo por indebida aplicación de la ley, de modo directo, se justifica, cuando al hecho probado y admitido por el fallador, aplica éste una norma que no lo regula, o la aplica sin deducir todas las consecuencias que de ella se desprendan. Pero ocurre que para

al Tribunal, el hecho demostrado en el juicio es el de que la empresa no pagó, al producirse la desvinculación contractual, una deuda por prima de servicio, ni la incluyó en la consignación que hizo de obligaciones a su cargo. Fundamento de la sentencia es, pues, una cuestión de hecho, por lo cual lo pertinente habría sido la censura por vía indirecta, demostrando que no está probado el hecho que dió por establecido, y ello no es procedente dentro del motivo de casación a que el cargo se refiere.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION LABORAL. Bogotá, D. E. treinta de septiembre de mil novecientos sesenta y cuatro.

(Magistrado ponente: Dr. José Joaquín Rodríguez).

Se decide el recurso de casación contra la sentencia de segunda instancia, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario laboral seguido por Luis Eduardo García Morales contra la sociedad Pan American Life Insurance Company, con sede en Nueva Orleans, Estados Unidos de América, y domicilio legal en Bogotá, representada por su Agente en Colombia.

I.- ANTECEDENTES.

En sus fundamentos de hecho, afirma la demanda, presentada por el apoderado del actor, los siguientes:

García Morales trabajó para la sociedad, como Agente colocador de pólizas de seguro, desde el 22 de marzo de 1.949 hasta el 12 de abril de 1.957, habiéndose convenido, a título de salario, una comisión sobre las primas del primer año y sobre las de renovación de las pólizas; algunas de éstas fueron estipuladas y pagadas en dólares por los asegurados, pero las comisiones le fueron cubiertas al empleado en moneda colombiana a un tipo de cambio distinto de aquel en que los dólares fueron negociados por la compañía; el Agente fue despedido ilegalmente el 12 de abril de 1.957; las liquidaciones, y pagos de prestaciones, comisiones y vacaciones, fueron incompletas; durante la vigencia de la relación laboral, la compañía tuvo otros contratos con agentes colocadores de pólizas, en los cuales estipuló que reconocería comisiones de renovación varios años después de su retiro, según los negocios que hubieran gestionado con anterioridad; la prima de servicio por el tiempo trabajado del 1o. de enero al 12 de abril de 1.957, no ha sido pagada al Agente ni siquiera parcialmente.

II EL LITIGIO.

Con base en los hechos expuestos, pidió el demandante que la compañía fuera condenada por sentencia a pagarle los valores que resulten probados en el juicio, por estos conceptos: indemnización de perjuicios por ruptura ilegal de contrato; saldo insoluto por comisiones deficientemente liquidadas y por reajuste de cesantía y primas de servicio; comisiones por renovación de pólizas; vacaciones devengadas; y no pagadas prima de servicio correspondiente al lapso corrido del 1o. de enero al 12 de abril de 1.957; indemnización por mora en el pago de dicha prima y de salarios y prestaciones debidos; y costas del juicio.

Las pretensiones invocan, en derecho, los arts. 94 a 97, 74, 135 y 143, 64 y 65 del CST.

La respuesta a la demanda se opone a su prosperidad.

En cuanto a los hechos, acepta el contrato de trabajo y la forma de salario estipulada en éste, manifestando que aquel terminó en uso de la cláusula de reserva. De los demás hechos dijo que no eran ciertos o no le constaban a la sociedad. Propuso la excepción de prescripción.

La sentencia de primera instancia, dictada por el Juzgado 2o. del Trabajo de Bogotá, condenó a la sociedad a pagar al demandante (ordinal primero), lo siguiente: a) $ 8.219,75 en concepto de indemnización de perjuicios por lucro cesante; b) $ 770,60 por concepto de compensación monetaria de vacaciones; c) $ 436, 61 por prima de servicio causada en el primer semestre de 1.957; d) $ 53,37 diarios, a partir del 13 de abril de 1.957, hasta cuando la compañía pague las deudas anteriores, a título de indemnización moratoria. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de vacaciones exigibles antes del 1o. de Julio de 1.956 (ordinal segundo); la absolvió de los demás cargos (ordinal tercero); y la condenó en un 70% de las costas (ordinal cuarto).

Apeló la parte vencida. La sentencia decisoria del recurso de alzada proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, redujo la condena de $8.219,75 por lucro cesante (literal a) del ordinal primero) a $8.168,38 (numeral 1.), confirmó los literales b), c) y d) de la misma disposición y los ordinales segundo, tercero y cuarto (numeral 2o.), con costas a cargo de la parte opelante (numeral 3o.).

La misma parte interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, que le fue concedido, y que la Sala admitió y tramitó en forma legal.

LA DEMANDA DE CASACION

Su propósito es el de que la Corte infirme parcialmente la sentencia del *ad quem* en los numerales 1o. y 2o., literales b) y d), y 3o., revoque la de primer grado en cuanto a las condenas que contienen el ordinal primero, literales a), b) y d), por concepto de lucro cesante, vacaciones y salarios caídos, y el cuarto, relativo a costas, y, en su lugar, absuelva a la sociedad del pago de las referidas obligaciones. Según el anterior alcance de la impugnación, del fallo recurrido sólo debe quedar vigente la condena por prima de servicio.

Alega la causal primera y con fundamento en ella formula cinco cargos que se examinan a continuación.

Primer cargo. *Vacaciones.*

Violación de los arts. 186 y 7o. y 8o. del decreto 617 de 1.954, de modo indirecto, a causa de errores de hecho por falta de apreciación de unas pruebas.

Se hace consistir el error de hecho en que según las pruebas inapreciadas por la sentencia, la sociedad canceló al empleado las vacaciones causadas durante todo el tiempo de servicio, no obstante lo cual la condenó al pago de las correspondientes al último año de labores.

Demuestra el error -dice el recurrente- el comprobante del folio 30, del cual aparece que la empresa cubrió al empleado, en el mes de diciembre de los años de 1.950 a 1.956, en dinero, las vacaciones por el tiempo servido en dicho lapso. Las declaraciones de Enrique Mariño y Fernando Mayoral (fs. 67 y 69)

acreditara también la solución de la obligación. Las dos pruebas no las estimó la sentencia o las apreció erróneamente y, por tal motivo produjo la condena al pago de las vacaciones.

Alega el opositor que el cargo cita los pagos de vacaciones que registra la inspección ocular correspondientes a los años de 1.950 a 1.956 (siete en total) y el contrato duró más de ocho años. "Luego -anota- falló por pagar una anualidad".

SE CONSIDERA:

Sobre el punto a que se refiere la acusación, dice el Tribunal: en la inspección ocular practicada en primera instancia (fs. 29 a 32) el Juzgado hace un relación de los sueldos, primas y vacaciones causadas a partir de la iniciación del contrato. Hasta el año de 1.956 el patrono le pagó al actor, en el mes de diciembre, sus vacaciones, a excepción de las correspondientes al año de 1.955, en que el pago lo efectuó en noviembre de 1.956. Y como no aparece del resto de los documentos allegados al juicio ni de la inspección ocular, que hubieran sido canceladas las que se causaron en marzo de 1.957, la condena del fallo de primer grado debe sostenerse. Agrega que los únicos testigos que han declarado en el proceso, señores Enrique Vargas y Fernando Mayoral, manifestaron en sus testimonios que al demandante se le pagaron las vacaciones causadas hasta el año de 1.956, sin referirse a las del año siguiente, lo cual corrobora que la deuda por el indicado concepto, por servicios durante el último año de labores, no fué cancelada.

La Sala observa: en el juicio aparece demostrado que el contrato de trabajo se inició el 22 de marzo de 1.949 y terminó el 12 de abril de 1.957, esto es, su duración abarcó un período de ocho años, un mes, cinco días, hecho no discutido en el juicio.

Ahora bien: la inspección ocular y la prueba testimonial demuestran, según el recurrente, que la sociedad le pagó en dinero al demandante, las vacaciones causadas por servicios en siete años (de 1.950 a 1.956). Quedó pendiente, por tanto, la deuda por dicho concepto, por el tiempo servido durante el último año de labores (de 22 de marzo de 1.956 al 22 de abril de 1.957). Si en eso también lo que las dos pruebas acreditan, de acuerdo con la apreciación que de ellas hizo el Tribunal, carece de fundamento el reparo de que las haya estimado erróneamente, y con menos consistencia el de que incurrió en error de hecho por su inestimación. Otra cosa sería si el contrato, en vez de haber tenido una duración de ocho años, hubiera sido únicamente de siete, extremo en que el error de hecho se mostraría evidente, pero no es ese el fundamento del cargo, ni de haberlo sido resultaría viable, ya que, como se anotó, fué de ocho años la vigencia del contrato. La alegación del opositor aparece, pues, plenamente justificada.

No se recibe la acusación.

Cargos segundo, tercero y cuarto. *Indemnización moratoria.*

Todos acusan violación del art. 65 del CST., así: el tercero, por interpretación errónea y el cuarto por aplicación indebida, de modo directo. Se formula el segundo por errores de hecho, esto es, por infracción indirecta y consiguiente aplicación indebida.

Con referencia al tercer cargo, alega la acusación, que, según fallos de la Corte, cuando el patrono ha consignado lo que estima deber al trabajador, no hay

lugar a salarios caídos si ese acto lo hé ejecutado de buena fe y el valor de lo depositado no resulta desproporcionado con el importe real de la deuda. Manifiesta que los dos presupuestos aparecen acreditados en el juicio, porque la sociedad consignó lo que estimaba debería al empleado, según documento obrante en autos, y su importe no solo guarda proporción con la cantidad debida, sino que fue muy superior a su monto real. Afirma que resultaría monstruoso que no obstante haber cumplido el patrono de buena fe lo prescrito en la norma legal, se lo condene a pagar más de $70.000, por una deuda de $400,oo; que si al hacer la consignación, incurrió en un error o en un olvido, no por ello debe soportar la sanción sobre pago de salarios caídos; que si al efectuar el depósito no incluyó el patrono el valor de la prima de servicios, tal circunstancia no constituye error en materia de derecho, como lo sostiene el fallador. De la anterior exposición deduce el cargo que la sentencia interpreto erróneamente la previsión legal cuya violación acusa.

Para sustentar el cuarto cargo, dice el acusador que cuando el patrono, a la terminación del contrato, consigna lo que cree deber por prestaciones y salarios, cumple sus obligaciones conforme a la ley; que así procedió la sociedad demandada, como lo acredita el comprobante del folio 58, a pesar de lo cual la sentencia la condena a la indemnización por mora con base en el art. 65; que, por tal motivo, violó, por aplicación indebida, el texto legal, pues llegó a consecuencias jurídicas contrarias a lo que él establece.

Con referencia al tercer cargo alega el opositor que la sentencia se limita a aplicar el art. 65 por haber encontrado que la consignación no incluyó el valor correspondiente a la prima de servicio, sin hacer ninguna interpretación peculiar de la norma, por lo cual la censura por haberla entendido erróneamente, no es procedente; que para aplicar el precepto, no habla la sentencia de desproporción entre el valor de la consignación y el monto de lo debido, como lo afirma el recurrente, sino del hecho de que el depósito no comprendió el valor de la prima; que si resulta excesiva la condena, la inequidad está en la norma legal y no en la sentencia, que no puede desconocerla mientras esté vigente; que si no sobreviene su modificación, la Corte tendrá que seguir aplicándola, pues no le está permitido invadir la órbita asignada al legislador. En cuanto al cuarto cargo, por aplicación indebida de la disposición legal, de modo directo, aunque es inconducente, dice el opositor, pues para su prosperidad habría que destruir el supuesto de hecho que halló probado el fallador, o sea, el de hallarse insoluta la prima de servicio.

El segundo cargo alega error de hecho por mala apreciación del memorial de consignación (f. 59) y por inestimación del documento que contiene la liquidación de prestaciones sociales de fecha 28 de septiembre de 1.959 (f. 17).

Consistió el error de hecho en que las dos pruebas desmuestran el pago de la totalidad de las prestaciones debidas al demandante y no únicamente el de la cesantía, como lo sostiene el Tribunal.

Dice el recurrente en sustentación del cargo:

"En el memorial de consignación se lee lo que sigue: "....por consiguiente el saldo hoy a cargo de Pan American Life Insurance Company y a favor de Luis Eduardo García por razón de prestaciones sociales asciende a la cantidad de $2.927,34 moneda corriente".

Luego - comenta el impugnante - lo que se propuso pagar el patrono mediante la consignación fue todo lo que estimaba deber por prestaciones sociales y no únicamente la cesantía.

El documento del folio 17, redactado por la empresa y aducido al juicio por el demandante, dice que, en virtud del pago de $2.927,34, el empleado declara cancelado su contrato con ella, pues "todas las prestaciones de cualquiera naturaleza a que tenía o pudiera tener derecho hasta el 13 de abril de 1.957, las tengo íntegramente recibidas a mi entera satisfacción. En resumen la Pan American Life Insurance Company, se halla a paz y salvo por todo concepto".

Con referencia a la prueba, anota el recurrente que, con la consignación de la cesantía, la empresa creyó solucionar la totalidad de las prestaciones debidas al expirar el contrato; que le dió a conocer al empleado la liquidación para su aceptación o rechazo, con la mala fortuna de que no hizo manifestación alguna al respecto y esperó a que transcurrieran más de dos años para iniciar el juicio.

Sin el error de hecho en que la sentencia incurrió concluye el cargo habría abonado a la sociedad de la indemnización moratoria.

Para refutar el cargo, expone el opositor:

Según el memorial de consignación, el valor de la cesantía era de $11.236,14, y el de las cesantías parciales, descontado por la empresa, de $8.308,80. "Basta restar la segunda partida de la primera para encontrar que la diferencia, o sea la suma de $2. 927,34, que fue la consignada por la empresa, corresponde a la cesantía únicamente, luego no sacó el fallador una conclusión equivocada sino lógica e irrefutable al deducir que lo único que aquélla depositó fue el valor de dicha prestación. En cuanto al documento que se dice inestimado por la sentencia, su texto reza: "Recibí de la Pan American Life Insurance Company la cantidad de $2.927,34 por concepto de saldo y liquidación total del auxilio de cesantía "". Mas claro, ni agua, dice el alegato de oposición.

El tema planteado por la acusación en los tres cargos, fue examinado por el Tribunal en estos términos:

Se absuelve la Empresa de pagar el valor proporcional de la prima de servicio del primer semestre de 1.957, sin razón justificativa, ni vale alegar, como lo hace su apoderado, que ello ocurrió por equivocación, porque el error en materia de derecho no es causal exculpativa en ningún caso. Además, la intención que tuvo la Sociedad al hacer la consignación de las prestaciones sociales, según aparece del respectivo documento (fo. 58 a 60) fue la de cancelar la cesantía unicamente, en cuanto al saldo pendiente, pues el valor de lo consignado, o sea la suma de $2.927,34, corresponde exactamente al de dicha prestación, previo descuento del correspondiente al monto de las cesantías parciales. En consecuencia, sobre el punto, debe confirmarse la decisión de primera instancia.

SE ESTUDIAN LOS CARGOS

1. No es atendible la censura por interpretación errónea del art. 65 del CST. Se funda en la prueba de un hecho -el de que el patrono consignó de buena fe lo que consideraba deber al empleado por prestaciones sociales- extremo que no puede ser examinado dentro del motivo de violación que alega el acusador. Si para investigar el error de juicio en la actividad intelectual del sentenciador es

necesario el estudio de las pruebas, aquél no se hallaría en el contenido de la norma, sino en la valoración de los medios probatorios, y cuando así ocurre su quebranto no se produce de modo directo, sino como consecuencia de error de derecho o de hecho manifiesto, esto es, por vía indirecta. Por lo demás, prescindiendo del defecto de orden técnico anotado, ninguna interpretación hace la sentencia del ordenamiento legal, pues, como lo observa el opositor, se limita a aplicarlo al caso debatido por haber encontrado probado en el proceso que el patrono, al expirar el contrato, no pagó ni consignó lo que le debía al empleado por prima de servicio correspondiente al tiempo laborado de enero a abril de 1.957, extremo en cuo procede imponer la sanción a que se refiere la previsión legal. De otro lado, no niega el recurrente que sea hecho acreditado el de que el patrono no canceló la prima, expresando que así sucedió por error u olvido, excusa inaceptable según el Tribunal. La Sala observa que si la omisión fuera admisible, también podría servir de fundamento para que el patrono se absteviera de pagar todas las obligaciones exigibles al concluir la relación laboral por salarios y prestaciones sociales, quedando sin efecto el art. 65. De equivocación puede hablarse cuando se paga o consigna una suma inferior a la debida o se la imputa a obligación distinta de la que el deudor pretende solucionar, pero no en ausencia de pago o consignación; tampoco puede bastarse el incumplimiento en el olvido, porque la eficacia de la ley no depende de esa contingencia, cuyas consecuencias debe soportar quien lo padece. Por tanto, no se recibe el tercer cargo.

2. Tampoco es viable el cuarto cargo. El reparo por indebida aplicación de la ley, de modo directo, se justifica, cuando al hecho probado y admitido por el fallador, aplica éste una norma que no lo regula, o la aplica sin deducir todas las consecuencias que de ella se desprendan. Pero ocurre que para el Tribunal, el hecho demostrado en el juicio es el de que la empresa no pagó, al producirse la desvinculación contractual, una deuda por prima de servicio, ni la incluyó en la consignación que hizo de obligaciones a su cargo. Fundamento de la sentencia es, pues, una cuestión de hecho, por lo cual lo pertinente habría sido la censura por vía indirecta, demostrando que no está probado el hecho que dió por establecido, y ello no es procedente dentro del motivo de casación a que el cargo se refiere.

3. No incurrió la sentencia en el error de hecho que le imputa el segundo cargo. En efecto el memorial de consignación (fs. 58 a 60), dice en lo pertinente: "Al hacer las operaciones aritméticas del caso resulta que al señor Luis Eduardo García corresponde un auxilio de cesantía total de $11.236,14, del cual se deduce la cantidad de $8.308,80, que recibió como liquidaciones parciales de su auxilio de cesantía. Por consiguiente, el saldo a cargo hoy de The Pan American Life Insurance Company y a favor del señor Luis Eduardo García por razón de prestaciones sociales asciende a la cantidad de $2.927,34, moneda corriente. Como el señor García se ha negado a recibir el auxilio de cesantía que le ha liquidado la empresa, para los efectos del art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo, acompaño el título de depósito...por la cantidad citada de $2.927,34".

No se presta el documento para interpretación distinta de la que le asigna la sentencia. Tomado en su integridad, demuestra que el depósito por consignación se concreta únicamente a la cesantía, que es lo que la sentencia halla acreditado con la prueba en examen.

4o. No hace mérito el Tribunal de la otra prueba que el cargo cita. Observa la Sala que, aun incorporada al proceso, carece de valor probatorio, porque es un documento sin firma del empleado, rechazado por su apoderado en la

primera audiencia de trámite. Por la razón expuesta no era del caso tomarlo en consideración, pero de haberlo estimado la sentencia, no habría podido ver en tal pieza la prueba de que el patrono había solucionado todas las deudas a su cargo al terminarse el contrato. Su contenido (f. 17) es igual al que aparece en el memorial de consignación. En efecto: en la liquidación que hace de las deudas del patrono expresa que, de acuerdo con ella, el empleado recibe de la compañía, por concepto de saldo total de auxilio de cesantía, la cantidad de $2.927.54.

Por último no sobran estas consideraciones:

La demanda inicial no solicita en el petitum la condena al pago de la cesantía sino su reajuste como consecuencia de deudas pendientes por comisiones de pólizas. Por ese motivo no fué aquella discutida en el juicio ni, por consiguiente, materia de decisión en la sentencia. Tampoco prosperó la súplica sobre reajuste del auxilio y, por lo mismo, no podía ser objeto de impugnación por el recurrente en su demanda de casación. De ahí que el error de hecho que alega el cargo por no haber visto la sentencia en la consignación del valor de la cesantía la prueba del pago de todas las obligaciones exigibles al terminar el contrato entre las partes, carezca de todo fundamento.

Por lo expuesto, no prospera el segundo cargo.

Quinto cargo. *Lucro cesante*

Violación de los arts. 48 y 64 del CST, de modo indirecto a causa de error de hecho.

Radica el error en que la sentencia condenó a la sociedad al pago del lucro cesante por el tiempo que faltaba para el vencimiento del plazo presuntivo no obstante haber terminado el contrato en uso de la cláusula de reserva, como lo demuestra el documento de folio 49, mal apreciado por el Tribunal, y las declaraciones de Enrique Mariño y Fernando Mayoral, (fs. 66 a 69) que aquél no estimó.

Sostiene el acusador que según el documento del folio citado, o sea la carta del 27 de febrero de 1.957, suscrita por el agente de la compañía, ésta le hizo saber al actor que en uso de la cláusula de reserva el contrato debía terminar a los 45 días contados a partir de la fecha de la nota, o sea el 12 de abril siguiente; que el destinatario recibió el original de la comunicación y obró en el juicio sin que la hubiera tachado. En cuanto a los testimonios, dice que ellos dan cuenta de la imposibilidad en que se encuentra la empresa para liquidar sus comisiones a los colocadores de pólizas de seguros, como ocurrió en el caso del demandante respecto de las pólizas negociadas fuera de la ciudad de Bogotá.

De su lado el opositor expresa que en relación con la carta, la sentencia no dice que sea falsa, sino que no se demostró en el juicio que la presentada, simple copia al carbón, hubiera sido recibida por el demandante, y agrega: "Sobran, por tanto, los demás comentarios".

En el estudio que dedica la sentencia a la súplica sobre condena al pago de lucro cesante, dice lo siguiente:

La carta del folio 49 no ofrece valor probatorio alguno, porque es una simple copia, cuyo original no obra en el juicio, no habiéndose demostrado en éste su recibo por el demandante. Tampoco aparece acreditado en autos que

hubiera recibido el valor de los 45 días de preaviso, por lo cual no se puede presumir que el patrono hizo uso de la cláusula de reserva pactada en el contrato, como lo manifiesta su apoderado en la respuesta a la demanda. Según la doctrina, cuando no se utiliza correctamente la cláusula, como ocurre cuando no se da el preaviso o cuando debiendo darse no se pagan los salarios, opera el plazo presuntivo y, por tanto, la correspondiente indemnización por lucro cesante.

SE CONSIDERA:

Con respecto a la mala estimación de la carta de despido, que en autos obra en copia, la acusación no ataca el fundamento aducido por la sentencia para su desestimación, y como es básico de la misma, basta para mantenerla, según doctrinas dominantes en casación. El recurrente se limita a hacer la afirmación de que el demandante recibió el original de la comunicación, sin intentar demostración alguna que la respalde. En cuanto a los testimonios, lo que ellos acreditan es extraño a la cuestión que plantea el cargo, pues lo que éste se propone probar es que el patrono dió por terminado el contrato de trabajo en uso de la cláusula de reserva, no que hubiera demorado la consignación de las deudas laborales por la imposibilidad de liquidar comisiones sobre pólizas colocadas por el Agente fuera de la ciudad de Bogotá.

No prospera el cargo.

A mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son cargo de la parte recurrente.

Publíquese, Notifíquese, Cópiese, Insértese en la Gaceta Judicial y Devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

Luis Alberto Bravo.- José Joaquín Rodríguez.- Luis Fernando Paredes.- Alejandro Córdoba Medina, Conjuez.- Vicente Mejía Osorio, Secretario.

I N D I C E

S A L A P L E N A

Página

EXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 2484 DEL 27 DE OCTUBRE DE 1960, "POR EL CUAL SE DECLARA LA CADUCIDAD DE LOS MANIFIESTOS DE IMPORTACION QUE AMPARAN MERCANCIAS HOY DE PROHIBIDA IMPORTACION". ACUSACION DE DECRETOS. COMPETENCIA DE LA CORTE. CADUCIDAD. EXPROPIACION. CONFISCACION. DECOMISO.- A que se contraen las atribuciones de la Corte cuando se trata de decidir sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los Decretos dictados por el Gobierno. Para determinar la jurisdicción de la Corte, basta que el Decreto se entienda dictado en ejercicio de facultades extraordinarias. 2. Qué es la caducidad. Si la ley lo ha establecido, sus consecuencias son legítimas. La propiedad no es un derecho absoluto. El concepto de expropiación y sus diferencias fundamentales con la imposición y la confiscación en el derecho público. Naturaleza de la confiscación. El comiso o decomiso comparados con la confiscación. El Decreto demandado no quebranta los arts. 30, 34 y 16 de la Constitución Nacional. Con fecha 1º de agosto de 1964 la Corte declara exequible el Decreto 2484 de 27 de octubre de 1960 "por el cual se declara la caducidad de los manifiestos de importación que amparan mercancías de prohibida importación". Magistrado Ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria 3

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR CARLOS PELAEZ TRUJILLO Y ADHESION AL MISMO DE LOS MAGISTRADOS DOCTORES ADAN ARRIAGA ANDRADE Y JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ RESPECTO DEL FALLO ANTERIOR..... 12

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR RAMIRO ARAUJO GRAU. ADHESION AL MISMO, EN LO FUNDAMENTAL, DEL MAGISTRADO DOCTOR JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ, Y DEL MAGISTRADO DOCTOR ARTURO C. POSADA A LO EXPUESTO EN LOS PUNTOS 2º, 3º, 4º, y 5º. DEL FALLO INMEDIATAMENTE ANTERIOR 16

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL LA NACION CONTRIBUYE CON UNA PARTIDA A LA CONSTRUCCION DE LA CIUDAD UNIVERSITARIA DE LA CIUDAD DE CARTAGENA". PROGRAMAS Y REQUISITOS A QUE DEBEN SOMETERSE LAS LEYES SOBRE OBRAS PUBLICAS. Es indispensable para la expedición de leyes que persigan el apoyo nacional para la construcción de obras públicas, entre ellas a los establecimientos de enseñanza profesional, acompañar al proyecto respectivo toda la documentación enuncia-

Página

de en la Ley 71 de 1946. Con fecha 1º. de agosto de 1964 la Corte declara inexequible el proyecto de ley antes relacionado. Magistrado Ponente: doctor Gustavo Rendón Gaviria 20

SE DEPLORA EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR JORGE SANABRIA, EXMAGISTRADO DE LA CORPORACION. Proposición aprobada en sesión plenaria de fecha 13 de agosto de 1964 26

RESOLUCION APROBADA EN SALA PLENA DE FECHA 19 DE AGOSTO DE 1964, CON MOTIVO DEL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR ROBERTO DE ZUBIRIA, MAGISTRADO DE LA CORPORACION. 27

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR JOSE JOAQUIN RODRIGUEZ, EN REPRESENTACION DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, EL 20 DE AGOSTO DE 1964, EN EL ACTO DE ENTIERRO DEL DOCTOR ROBERTO DE ZUBIRIA, EN EL CEMENTERIO CENTRAL DE BOGOTA 28

MOCION DE DUELO POR EL FALLECIMIENTO DEL DOCTOR ABSALON FERNANDEZ DE SOTO, EXMAGISTRADO DE LA CORTE PROPOSICION APROBADA EN SALA PLENA DE FECHA 27 DE AGOSTO DE 1964 30

EXEQUIBILIDAD DEL PARAGRAFO 2º DEL ART. 1º., ASI COMO DEL ART. 15 DE LA LEY 23 DE 1962, "POR LA CUAL SE REGLAMENTA EL EJERCICIO DE LA PROFESION DE FARMACEUTICO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES". No violan las disposiciones acusadas ninguna de las normas constitucionales señaladas por el recurrente, o sean los arts. 30, 39, 79, 34, 11, y 26 de la Carta, sobre derechos adquiridos, libertad para elegir profesión u oficio, formación de las leyes, prohibición de la pena de confiscación y derechos de los extranjeros. Con fecha 2 de septiembre de 1964 la Corte declara que son exequibles tanto el parágrafo 2º. del art. 1º. como el art. 15 de la Ley 23 de 1962, materia de la presente demanda. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Coral Velasco 31

SANCIONES DISCIPLINARIAS. FACULTADES DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES. INDEPENDENCIA DE LOS JUECES Y MAGISTRADOS. 1. No es permitido confundir las faltas de urbanidad con las de conducta, merecedoras de sanción. 2. Extralimitación de los Concejos Municipales en el ejercicio de sus funciones. Autonomía de los Jueces. Con fecha 2 de septiembre de 1964 la Sala Plena de la Corte resuelve que no es el caso de imponer al Magistrado del Tribunal Superior de Pamplona, doctor Manuel Gómez Pinzón, pena alguna disciplinaria. Magistrado Ponente: doctor José Hernández Arbeláez 40

JURISDICCION DEL TRABAJO. DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD CONTRA EL ART. 7º DE LA LEY 24 DE 1947. IMPOSIBILIDAD DE DECIDIR EN EL FONDO POR SUSTRACCION DE MATERIA. La jurisdicción del trabajo no puede conocer de las reclamaciones o conflictos que se susciten entre la Administración Pública y sus empleados, por razón de sueldos, primas, bonificaciones, etc., a menos que entre ella y éstos exista un verdadero contrato de trabajo (art. 4º, Decreto 2127 de 1945). Con fecha 2 de septiembre de 1964 la Corte declara

Página

que no hay lugar a proveer en el fondo sobre la demanda instaurada por el el doctor Carlos H. Pareja referente a la inexequibilidad del art. 7o de la Ley 24 de 1947. Magistrado Ponente: doctor Luis Carlos Zambrano . . . 44

SALA DE CASACION CIVIL

ESTADO CIVIL. Admisión de pruebas supletorias. Entre los medios específicos de probar el estado civil no figura el de la confesión judicial. Condiciones de admisibilidad de la declaración de testigos como prueba supletoria del estado civil certificados de defunción expedidos por el registro civil de la secretaría de higiene de Bogotá como prueba supletoria cuando la falta de prueba de la calidad de heredero extraña la del presupuesto procesal de capacidad para ser parte. Causal 1a. de casación error de hecho y de derecho. Por sentencia de 7 de julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural y otras peticiones adelantado por Juan Sierra Quiñones contra la sucesión de Carlos Quiñones Neira. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava. 51

RECURSO DE REVISION EN MATERIA CIVIL. Presupuestos de procedibilidad. Motivos de revisión y prueba de los mismos. Causal primera de revisión. Por providencia de 8 de julio de 1964, no se da curso a la demanda de revisión, de José Antonio Llamas Camacho contra la sentencia proferida el 2 de julio de 1958 por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio especial que siguió Enrique L. Camacho frente al primero. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón 60

CASACION. Naturaleza de los cargos carácter del ord. 8 del art. 1394 del C. Civil. Por sentencia de 9 de julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio de sucesión de Rubén Bedoya. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez . 66

PRESUPUESTO PROCESAL DE DEMANDA EN FORMA. La falta de un presupuesto procesal inhibe al juzgador para dictar fallo de mérito. Por sentencia de 9 de julio de 1964 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre nulidad de unas escrituras y otras peticiones adelantado por Misael Porilla Laguzamón contra Adán López Gómez y otro. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. 69

PRUEBA TESTIMONIAL. Formalidades que deben observarse en la recepción. Límite de la autonomía del sentenciador en la estimación de la prueba testimonial. Por sentencia de 14 de julio de 1964, no se casa la

Página

proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario de filiación natural adelantado por Alejandrina García contra Eustorgio García y otro. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava 81

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES HECHO POR LA MADRE. No puede impugnarse sino por quien esté legitimado para ello. Diferencia del nombre de la madre que hace el reconocimiento de hijo con el de la que figura como tal en el acto de bautismo del mismo. Su identidad. Por sentencia de 17 de julio de 1964, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el ordinario de filiación natural adelantado por María de las Nieves Almanza contra Dionisio Gómez Bustillos. Magistrado Ponente: Dr Enrique Coral Velasco 90

CONTRATOS Requisitos ad substantiam y ad probationem. Principio de prueba por escrito. Verosimilitud y certeza. Por sentencia de 17 de julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario sobre resolución de un contrato de mandato adelantado por Rogelio Muñoz contra Tulio Gutiérrez y otros. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez 96

POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. El trato y la fama. Casación. En este recurso no puede romperse la sentencia porque el recurrente tenga un criterio distinto del del sentenciador. Por sentencia de 21 julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de filiación natural adelantado por Campo Elías Calderón contra la sucesión de Campo Elías Albana Gutiérrez. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. . . . 103

LEGITIMACION IPSO JURE. No hay incongruencia cuando el fallador decide en consonancia con la interpretación dada a las súplicas de la demanda. Legitimación ipso jure que el matrimonio posterior de los padres produce en favor de los hijos nacidos antes del mismo. Efectos de la sentencia de filiación natural. La declaración de renta y patrimonio como prueba de la filiación natural. Reconocimiento tácito de las copias de dicho documento contentivo de una confesión de paternidad y alcance de la tacha de las firmas de los testimonios adjuntos. Cuando se hace valedero ante el Ministerio de Hacienda. Por sentencia de 22 de julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre legitimación adelantado por Raúl Humberto Morales Alvarado y otros contra Obdulia Morales de León. Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada 114

COMPETENCIA. Factores subjetivos, territorial y de conexión. A quien corresponde la competencia, en caso de domicilios distintos, sea el demandado ya un municipio y un particular, ora dos particulares, o bien, dos o más municipios conjuntamente. Fuero pasivo de los municipios. Es un error proferir decisión inhibitoria con base en la falta del presupuesto procesal de la competencia. Por sentencia de 24 de julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario sobre indemnización de

Página

perjuicios ocasionados por la muerte de una persona por electrocución, adelantado por Graciela Orozco vda. de Ramírez y otros frente al Municipio de Santa Rosa de Cabal y a la Central Hidroeléctrica de Caldas Ltda. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 133

COMPRAVENTA. Cláusula declaratoria del pago del precio en la escritura de venta Efectos entre las partes. Restricción de los medios de prueba en contrario. Protección de terceros de buena fe. Por sentencia de 28 de julio de 1964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre resolución de una compraventa adelantado por María Mónica García contra Marcos Zamudio Paiba y otros. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez 143

FILIACION NATURAL. No es susceptible de prueba directa. Hijos naturales de mujer casada separada de hecho de su marido que ha impugnado con éxito la legitimidad de la filiación. Interpretación de demanda. Relaciones sexuales estables. La notoriedad es concepto relativo. Por sentencia de 3 de agosto de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario de filiación natural adelantado por Matilde Trujillo de Gutiérrez, en representación de sus menores hijos Yezid y Eugenia, contra Bichara Yamhure. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez 149

REIVINDICACION. Sus condiciones. Por sentencia de 6 de agosto de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pereira en el ordinario reivindicatorio adelantado por Alzoranio Ruiz Echeverri contra José López Cardona. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 161

CONJUECES. El conjuez sorteado en un negocio dado es un reemplazo personal del magistrado impedido, con relación al cual fue sorteado, y lo sustituye mientras éste conserve el cargo de tal. Incompetencia de la Sala constituida con un conjuez que había dejado de serlo. Por sentencia de 8 de agosto de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Buga en el ordinario sobre revisión de sentencia de excepciones recaída en juicio ejecutivo, adelantado por Francisco Rivera A. y otro frente a Arturo Rivera Bueno y otro. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 170

HEREDEROS. Prueba de la calidad de tales en juicio distinto del de sucesión. Deficiencias técnicas del libelo de casación. Por sentencia de 11 de agosto de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario de rescisión por lesión enorme adelantado por Orosia Sierra G. en nombre de la sucesión de Juan Bautista Sierra, frente a Enrique Sierra G. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 175

ACCIONES PAULIANA, DE NULIDAD ABSOLUTA Y SIMULACION. Cada una de estas acciones es autónoma y exige medios probatorios ade-

Página

cuados a su naturaleza jurídica. El tercero puede demandar la simulación efectuada por su deudor. Autonomía del fallador de mérito en la apreciación de indicios. Casación. Ataque por supuesta omisión de análisis de hecho y pruebas. Por sentencia de 13 de agosto de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre nulidad de unos contratos de compraventa adelantado por Antonio José Arias Orozco contra Luis María Salazar Blandón y otro. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 182

CONTRATO DE TRANSPORTE. Consonancia. No incurre en la causal de incongruencia el fallador que profiere una condena en abstracto. Obligaciones y derechos del cargador y del porteador en el contrato de transporte. Obligaciones del porteador con el consignatario confesión. A los jueces compete deducir si es o no divisible. Término o plazo para el transporte de la mercancía cuando no se ha estipulado en el respectivo contrato. Prescripción de la responsabilidad del porteador por pérdida de la mercancía. Por sentencia de 13 de agosto de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre incumplimiento de un contrato de transporte y pérdida de unas mercancías adelantado por "Sociedad de Tejidos Colta Ltda." contra "Estaciones de Servicio Bolívar S.A.", antes "Transportes Bolívar S.A.". Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. ... 195

FILIACION NATURAL. El concubinato y las relaciones estables y notorias a que se refiere el estatuto de filiación. Lapso a que debe aludir la prueba de las relaciones sexuales o de la posesión notoria del estado de hijo natural. Paternidad natural. La prueba directa de ésta tiene un valor apenas indiciario. Por sentencia de 2 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Anastacio Velásquez contra Julio Alberto González de la Peña y otros. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 215

BALDIOS. Su adquisición por la ocupación. El régimen legal de baldíos frente a las normas comunes de la accesión. La violencia generalizada como vicio del consentimiento. Ni en la instancia, y menos en casación, puede el actor cambiar el vínculo jurídico-procesal. Por sentencia de 2 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre nulidad de una compraventa adelantado por Ana Dolores Barreto v. de Camacho contra Ismael Piñeros Guerrero. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 231

MINAS DE CARBON. Régimen legal. Por sentencia de 2 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Tunja en el ordinario sobre propiedad de unos yacimientos carboníferos adelantado por Textiles Samacá S.A. contra Miguel F. Cárdenas. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 241

DACION EN PAGO. Elementos integrantes de la acción resolutoria de contratos bilaterales excepción de contrato no cumplido. La inexistencia de acción o de derecho no puede configurar excepción. Por sentencia de 2 de sep-

Página

tiembre de 1.964, se casa la proferida por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre resolución de un contrato de compraventa de un automóvil adelantado por Jack F. M. Wilkie contra la Sociedad Importadora de Vehículos Automotores Siva Ltda. Magistrado Ponente: Doctor Arturo C. Posada. 255

DAÑOS Y PERJUICIOS OCASIONADOS POR UN AUTOMOTOR A A UNA CASA URBANA. Casación. La Corte no puede suplir las deficiencias técnicas de la demanda. Por sentencia de 3 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el ordinario sobre pago de perjuicios adelantado por José del Cristo Bogotá contra la Empresa de Buses Sidauto Ltda. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 267

INDEMNIZACION POR TRABAJOS PUBLICOS. Interpretación y alcance del artículo 268 del C. C. A. Deducción del monto de la valorización. Por sentencia de 3 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el ordinario adelantado por Rafael Arango Ochoa y otro contra el Municipio de Envigado. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. 270

PARTICION. Deberes del partidor cuando prospera el incidente de objeciones. Condiciones del cargo por violación de la ley. Casación. Límite de la autonomía del Tribunal en la apreciación probatoria. Por sentencia de 3 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio de sucesión de Aquiliro Pérez Bustos. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. 278

INSPECCION OCULAR. En qué consiste. Cuándo deben intervenir en ella los peritos y cuándo los testigos actuarios. Funciones de éstos y de aquéllos. La inspección ocular como prueba idónea para comprobar en el proceso la existencia de otro juicio. Los Arts. 593 del C. Judicial y 1757 del C. Civil no son normas de carácter sustancial. Por sentencia de 5 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el ordinario sobre nulidad de un juicio especial de venta de bien hipotecado adelantado por Antonio Velásquez contra José Cure B. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava. 286

PERTENENCIA. Procedimientos que admite la acción inspección ocular. Los peritos deben a solicitud del juez dictaminar sobre la identidad del inmueble, aunque no lo haya pedido el interesado. Por sentencia de 7 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el juicio ordinario sobre declaración de pertenencia promovido por Marcos Herrera contra María Herrera de Puentes. Magistrado Ponente: Doctor Enrique López de la Pava. 297

TESTAMENTO PUBLICO OTORGADO ANTE CINCO TESTIGOS. Sus exigencias legales. No puede hablarse de inconsonancia entre la sentencia y la parte motiva de la demanda. Alegación de inconsonancia por falta de pronunciamiento expreso sobre las excepciones aducidas. Por sen-

Página

tencia de 7 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre nulidad de un testamento adelantado por Guillermo Bastidas y otra contra Néstor Noguera. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid. 308

PRESUPUESTOS PROCESALES. La falta de uno cualquiera de ellos inhibe al fallador de decidir sobre el fondo del litigio. Sociedad. Su representación no puede demostrarse por medio de confesión. Por sentencia de 8 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Manizales en el ordinario sobre prescripción adquisitiva de dominio promovido por Benjamín Estrada E. contra Eudoro Salazar Toro. Magistrado Ponente: Doctor Julián Uribe Cadavid 318

INVENTARIO. Prueba de su existencia en juicio distinto del en que se practicó. Por sentencia de 19 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Pasto en el ordinario sobre exclusión de un inmueble promovido por el Cabildo de Indígenas de Córdoba contra Abraham Cuerán y otra. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 327

CONTRAPRUEBA. Sobre la clausula escritural de estar satisfecho el precio de venta. Confesión divisible e indivisible. Firma a ruego. La del poderdante no entraña de suyo ilegitimidad de la personería. Frutos en la resolución de compraventa. Por sentencia de 24 de septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Neiva en el ordinario sobre resolución por falta de pago del precio de la venta, promovido por Waldina Vargas v. de Vargas contra OlivarinCadena Bonilla. Magistrado Ponente: Doctor José Hernández Arbeláez. 331

FILIACION NATURAL. Los herederos del presunto hijo natural no pueden ejercer, en su lugar la acción de filiación, porque la muerte de este la extingue. Representación sucesoral. Por sentencia de 28 de Septiembre de 1.964, no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario sobre filiación natural promovido por Pablo Ramón Contuegra contra el Municipio de Barranquilla y otro. Magistrado Ponente: Doctor Enrique Coral Velasco. 342

SALVAMENTO DE VOTO del Magistrado doctor Enrique López de la Pava en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este índice 350

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION POR FALTA DE DEMANDA EN FORMA. Aplicación del artículo 65 del decreto ley 528 del 1.964. El mero quebranto del derecho probatorio nunca sirve como base exclusiva para fundar el recurso extraordinario. Causal primera de casación. Por providencia de 30 de septiembre de 1.964, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali en el ordinario sobre rescisión por lesión enorme, adelantado por Jerónimo Muñoz contra María Elisa Espinal. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 338

Página

DESERCION DEL RECURSO DE CASACION POR FALTA DE DEMANDA EN FORMA. Aplicación del artículo 65 del decreto ley 528 de 1.964. Condiciones para que se configure la causal primera en casación. Por providencia de 30 de septiembre de 1.964, se declara desierto el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil en el ordinario sobre nulidad de una escritura contentiva de la partición material de un terreno, adelantado por Zenon María Téllez y otros contra Abelardo Valderrama y otros. Magistrado Ponente: Doctor Gustavo Fajardo Pinzón. 361

SALA DE CASACION LABORAL

SUSTITUCION PATRONAL. OBLIGACIONES A CARGO DE LA SUCESION AL FALLECER EL PATRONO. — TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.— 1.-Resulta inadecuado, según la técnica de casación, fundar la modalidad de la violación directa de la ley en errores de hecho o de derecho.- 2.- Técnica de casación referida al error de derecho en la estimación de las pruebas.- Unas mismas pruebas no pueden generar simultáneamente errores de hecho y de derecho.- Con fecha 8 de julio de 1964 la Corte no casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Justino Méndez y Zoila Molina Rincón de Méndez contra Francisco Forero Ramírez como patrono sustituto de Raimundo Forero Ramírez. Magistrado Ponente Doctor Luis Alberto Bravo. 365

HONORARIOS PROFESIONALES DEL ABOGADO.— FACULTADES DEL JUEZ FRENTE A LA PRUEBA PERICIAL.— OBLIGACIONES Y DERECHOS EN EL MANDATO JUDICIAL.— 1.- Facultades del Juzgador frente al dictámen pericial.- 2.- El dictámen pericial y el error de hecho y su estimación.- Es principio muy conocido el de que la Corte, en sede de casación juzga la sentencia del Tribunal, no la de su inmediato inferior.- Facultades del juez de apelación frente al fallo de primer grado.- 3.- Atribuciones del Juzgador en relación con la aceptación o el rechazo del dictámen pericial.- Aunque el dictámen pericial se produzca conforme al rito procesal que le es propio, no obliga necesariamente al fallador.- Importancia de que el litigante inconforme utilice los medios legales para obtener la aclaración del dictamen pericial o para objetarlo si es el caso. Es en las instancias, no en casación, la oportunidad de censurar por error grave el dictámen pericial.- 4.- Obligaciones del mandante.- 5.- La renuncia del poder y la responsabilidad del mandatario. Derechos y responsabilidades cuando se ha ejecutado parcialmente el mandato.- Con fecha 10 de julio de 1964 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario que por el pago de honorarios profesionales promovió el doctor Salomón Vélez Montoya contra Cristóbal Sherman.- Magistrado ponente: doctor José Joaquín Rodríguez. 372

RECLAMACION DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES.— PRINCIPIOS REFERENTES A LA PRUEBA.— DEFICIENCIA PROBATORIA EN EL CASO DE AUTOS.— También en materia laboral rige la regla de que al actor incumbe la carga de la prueba.- Las anotaciones privadas no hacen fe a favor de quien las extiende o firma.- Con fecha 16 de julio de 1964 la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Víctor Manuel López contra la Sociedad denominada "Casa Horaro Ltda.".- Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez 404

ACCIDENTE DE TRABAJO Y MUERTE DEL TRABAJADOR.-NO SE DEMOSTRO LA CULPA DEL PATRONO.-PRUEBA PERICIAL.-PRUEBA TESTIMONIAL.-CONFESION.-1.- Conforme a las doctrinas que informan el derecho de casación, no basta para quebrar el fallo acusado desquiciar una de sus soportes si los demás no han sido destruidos.-2.- Cuando se trate de cuestiones de complejidad técnica, la prueba pertinente es la pericial. 3.- La misión del testigo es la de narrar los hechos que ha percibido personalmente. La función del perito es la de conceptuar sobre esos hechos.- Con fecha 24 de julio de 1964 la Corte no casa la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral adelantado por María Elena Vidaria v. de Osorio y su menor hija Fabiola Osorio Vidaria contra "Cementos Portland Diamante S.A.". Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez 409

RECLAMACION DE SALARIOS INSOLUTOS Y PRESTACIONES SOCIALES.- SALARIO EN DINERO Y SALARIO EN ESPECIE.- TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.- 1. La violación directa de la ley y la violación indirecta. La acusación atinente a cuestiones puramente jurídicas debe presentarse por la vía directa.- 2. Protección legal del salario. El salario en dinero y el salario en especie. La regla general que la legislación laboral establece, es que el salario debe pagarse en dinero efectivo. El salario en especie solo puede darse al trabajador en concepto de remuneración complementaria. La retribución en especie (alimentación, habitación y vestuario) no puede llegar a conformar o constituir la totalidad del salario. Con fecha 16 de julio de 1964 no se casa la sentencia recurrida, pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio laboral adelantado por Mercedes Martínez de Hernández contra Abraham Apolicio Romero y María de los Angeles Martínez de Romero. Magistrado Ponente: doctor Luis Fernando Paredes A. 417

RECLAMACION DE SALARIOS, PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES.- ACUSACION SOBRE VIOLACION DE LAS NORMAS PROPIAS DEL JUICIO.- CONTRATO DE TRABAJO.- PRUEBAS.- SANCION MORATORIA.- TECNICA DE CASACION.- 1.- El error de hecho o de derecho como verdades de la infracción indirecta de la ley.-2.- La vía indirecta es la indicada para acusar el quebranto del art. 26 de la Carta.- 3.- Para que pueda darse el quebranto del art. 26 de la Constitución, en cuanto exige que el juzgamiento se haga con observancia de las formas propias de cada juicio, se requiere qué en éste se agoten los medios que la ley brinda para la corrección de los errores en que pueda

Página:

incurrir el Juez en su actividad improcedente.- 4.- No esta obligado el fallador, en la estimación del testimonio, a aceptarlo o rechazarlo en su integridad 5.- Requisito legal en casación es el de que se demuestre el error de hecho que se alega haberse cometido a traves del exámen probatorio. 6. La existencia del contrato de trabajo no depende de las anotaciones que el patrono haga en sus libros, sino del hecho real sobre prestación personal del servicio por el empleado. 7.- Violación directa y violación indirecta, referida especialmente al art. 143 del C.S.T.- 8. Importancia de que se señalen por el acusador en forma completa las normas violadas. 9. La exención de la sanción moratoria en atención a la buena fe patronal cuando se reúnen determinadas condiciones. Defectos técnicos de la demanda de casación. Con fecha 27 de julio de 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Quibdó en el juicio ordinario laboral promovido por Raúl Echeverri Jiménez contra la Empresa "Radio Quibdó". Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez, ... 426

PENSION DE JUBILACION PARA LOS EMPLEADOS OFICIALES. A QUE ENTIDAD LE CORRESPONDE PAGAR ESTA PRESTACION. EXAMEN DE LAS NORMAS LEGALES SOBRE ESTA MATERIA. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION 1.La indebida aplicación de la ley en comparación con el concepto de violación directa. 2. Violación directa de la ley y errónea interpretación de la misma. Si el error de interpretación no tiene incidencia en la resolución de derecho, el cargo no es viable. Base para liquidar la pensión vitalicia de jubilación. 3. La condena al pago de la cesantía excedente es consecuencial a la que pretende el reconocimiento del derecho a la pensión jubilatoria. 4. A los empleados oficiales vinculados a la Administración Pública mediante contrato laboral, no les es aplicable el Código Sustantivo del Trabajo. 5. Cuál es la entidad oficial obligada a pagar la pensión de jubilación a los empleados públicos. 6. Sentido de las normas legales que rigen lo relativo a la entidad que debe hacer el pago de la pensión. Con fecha 27 julio de 1964 no se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena dictada en el juicio ordinario laboral promovido por Juan Manuel Arellanes contra las Empresas Públicas de Cartagena. Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez. 436

TRABAJO A DOMICILIO Y TRABAJO INDEPENDIENTE. TECNICA DE CASACION.1.El art. 89 del C. S. T. no permite entender que la ayuda requerida por el trabajador a domicilio, pueda serlo suministrada por personas extrañas al grupo familiar de que él forma parte. Limites de la potestad reglamentaria del Gobierno. El texto del art. 6º del Decreto 210 de 1953, examinado en su contenido y alcance, no admite la pretendida interpretación de que esta disposición permite al trabajador a domicilio recibir ayuda de personas extrañas a su familia. Inaplicabilidad de las leyes extranjeras, sobre todo cuando son contrarias a las normas positivas nacionales. 2. Necesidad de demostrar, en casación, los cargos que se enuncian. Con fecha 31 de julio de 1.964 no se casa la sentencia proferida en el juicio ordinario laboral por el Tribunal Superior de Pamplona adelantado por Juana Fuentes Villamizar contra Enrique León. Magistrado Ponente: Doctor Luis Fernando Paredes A. 447

Página

INDEMNIZACION MORATORIA A CARGO DE LA ADMINISTRACION EN CONTRATOS DE TRABAJO. NATURALEZA Y FUNCIONES DE LAS CAJAS DE PREVISION SOCIAL. RECLAMACION GUBERNATIVA. TECNICA DE CASACION 1.- Condiciones para que el patrono pueda ser eximido de la sanción moratoria. 2. Funciones de las Cajas de Previsión Social en cuanto a deudas originadas en relaciones laborales de índole contractual con la administración. Frente al empleado oficial, ligado por vínculo contractual de trabajo, no hay dos deudores, la administración por una parte y la respectiva Caja de Previsión Social por la otra, sino aquella únicamente. Si dentro de la oportunidad legal la Caja no hace el pago de los créditos ni consigna su importe, el incumplimiento no libera al deudor de responsabilidad. La diputación para el pago, encargo atribuido a las Cajas de Previsión, es una especie de mandato legal.- 3.- En tratándose de cuestiones no simplemente de orden fáctico sino de naturaleza jurídica, la censura en casación no cabe hacerla por error de hecho derivado de equivocada apreciación de la prueba. La exigencia de agotar la vía gubernativa como requisito previo a la acción judicial contra la administración. Las Cajas de Previsión, dado el limitado encargo que se las atribuye, quedan excluídas del concepto de organismo gubernativo. 4.- Indemnización moratoria a cargo de entidades administrativas en relaciones laborales de índole contractual. Con fecha 30 de julio de 1.964 la Corte casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Manuel Antonio Rojas contra la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá; Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez. 435

RECLAMACION DE VARIAS PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. EXAMEN DE PRUEBAS. EN ESPECIAL DE LA PRETENDIDA CONFESION DE LA DEMANDA. ERROR DE HECHO EN LA SENTENCIA ACUSADA Y CONSIGUIENTE APLICACION INDEBIDA DE LA LEY. Infundada estimación de confesión presunta. Conducta procesal reprochable de una de las partes e influencia de esta conducta en la valoración de las pruebas. Con fecha 31 de julio de 1.964 la Corte casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio laboral adelantado por Juan Cristian T. contra la Compañía Frutera de Sevilla (M). Magistrado Ponente: Doctor Luis Alberto Bravo. 464

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1. La cita de pruebas en términos generales, no cumple el requisito de la especificación que exige la ley. Además, es necesario expresar si el error de hecho proviene de mala apreciación de las pruebas mencionadas o de su inestimación. La proposición jurídica resulta incompleta si no acusa violación de la norma legal con incidencia en la resolución de derecho -2.- Violación directa y violación indirecta. La violación de normas que no pertenecen al derecho sustantivo laboral, no puede acusarse con independencia de los materiales de la ley del trabajo.- No es procedente un cargo que no repercuta en la parte resolutiva de la sentencia -3.- Es preciso que se singularice la disposición legal sustantiva que se estima infringida. El ataque por infracción de todo un Código, una Ley o un Decreto, no se ajusta a la técnica del recurso extraordinario.- Con fecha 6 de agosto de 1964 no se casa la sentencia del Tribunal Su-

Página

perior de Bogotá proferida en el juicio ordinario laboral seguido por Menesio Eslava contra "Intereses Aéreos Colombianos S.A".- Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez 469

RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONTRATISTA Y EL BENEFICIARIO DE LA OBRA.- CONFESION Y SOLIDARIDAD.- PRUEBA TESTIMONIAL.-1.- Responsabilidad solidaria, en favor de los trabajadores, entre el beneficiario de la obra y el contratista.- Errónea interpretación del art. 34 del C.S.T.- Requisitos probatorios necesarios para la prosperidad de esta acción solidaria.-2.- Se precisa el alcance y significación del art. 34 del C.S.T.- Para la prosperidad de la acción solidaria que consagra esta disposición, deben probarse los dos contratos (el de obra y el de trabajo) y además, la ejecución de ambos.- 3.- Mérito de la confesión. El hecho de que el deudor se declare insolvente para el pago de las sumas que confiesa deber, no hay razón para negarle a su confesión el mérito de plena prueba. La obligación es cosa distinta de la capacidad actual del pago del deudor. La insolvencia, por regla general, no es un estado permanente sino transitorio.- 4.- Qué efecto tiene la confesión de uno de los deudores solidarios respecto del otro. La solidaridad de que trata el art. 34 del C.S.T. no tiene origen contractual sino legal. La solidaridad de que se trata y la posibilidad de solución.- 5.- Mérito probatorio de dos testimonios concordantes en el proceso laboral.- Valor del testimonio de los compañeros de labores.-6.- Para la validez del testimonio es preciso que el declarante dé la razón de su dicho.-7 - Qué incidencia tiene la confesión de los litis consortes en la situación procesal y probatoria del otro.- Por sentencia del 11 de Agosto de 1964 no se casa la proferida por el Tribunal Superior de Bucaramanga en el juicio ordinario laboral seguido por Cristóbal Oviedo contra Jesús María Domínguez y la Empresa Colombiana de Petróleos. Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez 476

TERMINACION ILEGAL DEL CONTRATO DE TRABAJO POR EL PATRONO.- INOBSERVANCIA DE LOS REGLAMENTOS INTERNOS PARA DESPEDIR AL TRABAJADOR.- INDEMNIZACION DEL PLAZO PRESUNTIVO.- TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.-1.- En el recurso de casación se enfrentan la sentencia recurrida y la ley, no ésta y las tesis que en su defensa presente la parte opositora en las instancias. -2.- Caso en que el patrono no hace uso de la cláusula de reserva y da por terminado injusta y unilateralmente el contrato.- Con fecha 28 de agosto de 1964 la Corte revoca la sentencia del Tribunal de Bogotá proferida en el juicio ordinario laboral adelantado por Hernán Vásquez contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero. Magistrado Ponente doctor José Joaquín Rodríguez 492

TRABAJO ROTATORIO POR EQUIPOS Y TRABAJO SUPLEMENTARIO.- SENTIDO Y ALCANCE DEL ART. 170 DEL C.S.T.- Condiciones requeridas para la aplicación del art. 170 del C.S.T.- El turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labor que la exceda, da lugar al recargo legal correspondiente. De la ausencia de elementos de juicio que acrediten la estimación sobre salario uniforme para compen-

Página

sar los recargos legales que por trabajo diurno y nocturno a que se refiere el art. 170 C.S.T., no puede llegarse a otra conclusión sino a la inexistencia de la compensación.- Con fecha 19 de agosto de 1964 la Corte no casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el juicio ordinario laboral promovido por Juvenal Molano Vergara contra Acerías Paz del Río S.A.- Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez. . 502

CONTRATO DE TRABAJO CON ENTIDADES OFICIALES.- REGIMEN LEGAL APLICABLE A ESTA CLASE DE RELACIONES.- TECNICA DEL RECURSO DE CASACION.-1.- La inestimación de pruebas y su equivocada apreciación no son fenómenos idénticos sino distintos e inconfundibles.-2.- La acusación resulta deficiente o incompleta si no ataca todos los fundamentos de la decisión recurrida.- No basta señalar las pruebas mal apreciadas o inestimadas por el fallador, sino que es preciso demostrar el error de juicio en que haya incurrido en su actividad lógica.- 3.- Naturaleza contractual de las relaciones de trabajo entre el Instituto de Crédito Territorial y sus empleados. Las relaciones de trabajo con entidades oficiales, en cuanto a las actividades de excepción de que habla el art. 4º del Decreto 2127 de 1945 se rigen por el sistema legal anterior a la expedición del Código del Trabajo.- Demanda de casación y equivocado señalamiento de normas sustantivas violadas.- Por sentencia de 5 de septiembre de 1.964 no se casa la dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral promovido por Eduardo Guzmán Bravo contra el Instituto de Crédito Territorial.- Magistrado Ponente: Doctor José Joaquín Rodríguez. 509

RECURSO DE HOMOLOGACION.- TRABAJADORES VINCULADOS A LA ADMINISTRACION PUBLICA POR CONTRATO DE TRABAJO. DERECHO DE ESTA CLASE DE TRABAJADORES Y DEL SINDICATO A QUE ESTAN AFILIADOS. Cuestiones que no son materia propia del recurso de homologación. Las Empresas Públicas de Armenia y la naturaleza de sus actividades en conformidad con el acuerdo que las organizó. Qué derechos tiene el Sindicato al que se hallan afiliados los empleados oficiales vinculados a la administración pública por contrato de trabajo. En tal caso, todos los trabajadores y, por consiguiente, las organizaciones sindicales gozan, por regla general, de los mismos derechos, ya que la distinción entre obreros y empleados fue expresamente abolida por el legislador. Con fecha 15 de septiembre de 1964 la Corte resuelve que es exequible el laudo arbitral proferido por el Tribunal especial de arbitramento que decidió el conflicto surgido entre el Sindicato único de las Empresas Públicas de Armenia y esta entidad. Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez 518

RECLAMACIONES SOBRE PAGO DE HONORARIOS PROFESIONALES.- RECURSO DE CASACION CONTRA SENTENCIA INHIBITORIA.- REQUISITOS FORMALES DE LA DEMANDA DE CASACION. 1.- Forma de atacar en casación la resolución inhibitoria con invocación de incompetencia.- La jurisprudencia considera de orden público y consiguientemente de contenido sustancial los ordenamientos legales sobre competencia.- El ataque por violación de normas sobre competencia, debe relacionarse con la de preceptos materiales, creadores de derecho y de obliga-

Página

ciones, con influencia en la resolución de derecho.- 2.- Deficiencias formales de la demanda de casación.- Con fecha 16 de septiembre de, 1964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario que sobre pago de honorarios profesionales promovió José María de Mier contra Héctor Tovar Espinosa y Lucía Neira de Tovar. Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez. . . . 522

VACACIONES.- INDEMNIZACION MORATORIA.- LUCRO CESANTE. TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. 1. La violación directa y la violación indirecta, en relación con la censura por interpretación errónea de la ley. 2.- Sanción moratoria por falta de pago o consignación y la disculpa por parte del patrono de equivocación o de olvido.-3.- En qué caso se justifica la censura de aplicación indebida de la ley, de modo directo.- Con fecha 30 de septiembre de 1.964 no se casa la sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario laboral seguido por Luis Eduardo García Morales contra la Sociedad Pan American Life Insurance Company. Magistrado Ponente: doctor José Joaquín Rodríguez . . 526

Esta Obra se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos del Fondo
Rotatorio Judicial. Penitenciaría
Central de Colombia. Bogotá,
en Septiembre de 1.967