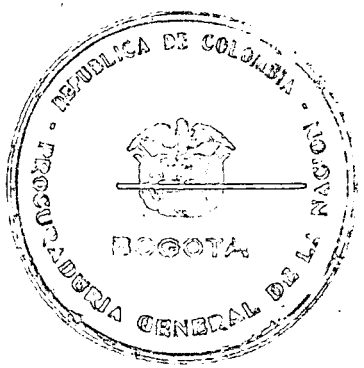
GACETA JUDICIAL

REPUBLICA DE COLOMBIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO LXXXIX





BOGOTA

"TALLERES GRAFICOS
MUNDO AL DIA"

1958

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

SALA PLENA

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

SALA DE CASACION CIVIL

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

Magistrados: Doctores ALFREDO COCK ARANGO
IGNACIO ESCALLON.
JOSE HERNANDEZ ARBELAEZ.
JULIO PARDO DAVILA
ARTURO C. POSADA.
ARTURO VALENCIA ZEA.

SALA DE CASACION PENAL

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

Magistrados: Doctores ANTONIO VICENTE ARENAS.
GABRIEL CARREÑO MALLARINO
RICARDO JORDAN JIMENEZ.
LUIS EDUARDO MEJIA J.
SIMON MONTERO TORRES
PEDRO PACHECO OSORIO.

SALA DE CASACION LABORAL

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

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

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

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

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

RELATOR: Dr. ALBERTO MALO BAÑOS.

Septiembre de 1958

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIX - BOGOTA, COLOMBIA. SEPTIEMBRE DE 1958 Número 2202

S A L A P L E N A

LA MOROSIDAD, LA FALTA DE PROBIDAD, DE ESTIMACION Y BUEN CONCEPTO DE UN FUNCIONARIO, NO HABIENDO ESTE DESEMPEÑADO EL CARGO PARA EL QUE SE LE NOMBRO, SON HECHOS QUE NO DAN LUGAR A PEDIR LA NULIDAD DEL NOMBRAMIENTO DE AQUEL

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Pedro Sepúlveda M. demandó la nulidad del nombramiento del doctor Antonio Moreno Mosquera para el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, hecho por el Consejo de Estado el 18 de julio de 1950 por el período de dos años a partir del 1º de septiembre del mismo año.

Invocó los artículos 16, 190, 201, 202, 209, 231 y concordantes de la Ley 167 de 1941, y funda la nulidad en que el artículo 16 exige entre otros requisitos para ser Magistrado de Tribunal Administrativo que el elegido goce de buena reputación, cuando en el nombramiento acusado "sucede —dice la demanda— que el doctor Moreno Mosquera actualmente desempeñó las delicadas funciones de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cali y su actuación ha dejado mucho que desear por moras en el despacho de algunos negocios a él repartidos, de suyo delicados, como oportunamente lo demostraré ante el Tribunal de Justicia a que me dirijo".

Cumplida últimamente la tramitación que al asunto corresponde, se encuentra en estado de resolver y se considera:

Ninguno de los elementos allegados al proceso permite descubrir punto de apoyo razonable para el cargo de morosidad que el demandante atribuye al doctor Moreno Mosquera en el ejercicio de sus funciones de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle, lo que acaso habría podido ser objeto de otros procedimientos. Tampoco aparece afectada la probidad, estimación y buen concepto en que el común de las gentes haya tenido al doctor Moreno Mosquera, quien está amparado por la presunción general de honestidad y buena fé, sin la cual sería imposible la convivencia humana.

En este orden de ideas dice la Procuraduría General de la Nación.

"La afirmación de que el doctor Moreno Mosquera a la fecha del nombramiento no 'gozara de buena reputación' no está demostrada, ni con los certificados ni con las pruebas traídas al debate. La circunstancia de que el doctor Moreno Mosquera no hubiera tramitado los negocios dentro de los términos legales, tampoco está probada".

Y termina con la petición de que no se declare la nulidad pedida.

Pero como al folio 15 se encuentra la certificación de fecha 28 de mayo de 1952, de donde resulta que el doctor Moreno Mosquera no ocupaba el cargo, porque "desde el mes de septiembre de 1950 fue elegido en su reemplázo por el Consejo de Estado el doctor José David Tenorio, quien desempeña el cargo respectivo en propiedad", no hay base para pronunciamiento en el fondo, desde luego que la designación acusada fue hecha para el período del 1º de septiembre de 1950 al 31 de agosto de 1952 y el doctor Moreno Mosquera no llegó a ocupar el cargo en ese lapso sino el doctor Tenorio.

o o o

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el concepto del Procurador General de la Nación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE que no hay lugar a pronunciamiento de fondo, por sustracción de materia, y dispone que el expediente se archive.

Publíquese, notifíquese, cópiese y cúmplase.

Roberto Goenaga, Presidente. — **Alfredo Cock Arango—Antonio Vicente Arenas** — **Luis Alberto Bravo** —**Gabriel Carreño Mallarino**— **Samuel De Sola Roncallo—Roberto De Zubiría—Ignacio Escallón** —**José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez** — **Héctor Martínez Guerra**— **Luis Eduardo Mejía J.—Simón Montero—Pedro Pacheco Osorio—Julio Pardo Dávila** —**Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García**— **Jorge Soto Soto**, Secretario.

SE DECLARA INEXEQUIBLE EL ARTICULO 12 DEL DECRETO EXTRAORDINARIO 0204 DE 1957 Y, POR SUSTRACCION DE MATERIA, NO HA LUGAR A HACER DECLARACION ALGUNA SOBRE LOS ARTICULOS 2º A 10º INCLUSIVE DEL DECRETO EXTRAORDINARIO 616 DE 1954

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

El ciudadano Rafael Montoya Mejía con apoyo en el artículo 214 de la Constitución ha pedido en escrito de siete de octubre de 1957 que la Corte declare inexequibles los artículos 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del decreto extraordinario 616 de 26 de febrero de 1954 (Diario Oficial 28.424 de 5 de marzo de 1954) y el artículo 12 del decreto extraordinario 0204 de seis de septiembre de 1957.

Ambos decretos fueron dictados por el Gobierno Nacional y su texto consta en autos.

El artículo 11 del decreto 0204 derogó expresamente los artículos 2º a 12º inclusive del decreto 616 de 1954.

Respecto del primero de los actos acusados hay, pues, sustracción de materia como lo observa la Procuraduría (folio 21). Por consiguiente no habrá lugar a declararlo exequible o inexequible. Es reiterada la doctrina de la Corte en este sentido.

En cuanto al artículo 12 del decreto 0204 de seis de septiembre de 1957, que está vigente, es necesario hacer algunas consideraciones.

Dicho artículo dice así:

"Artículo 12.— **Disposiciones transitorias.** — El Ministro del Trabajo continuará conociendo de los asuntos sobre fuero sindical que se hubieren iniciado antes de entrar en vigencia el presente decreto, hasta su decisión definitiva, siguiendo el procedimiento establecido en el decreto número 616 de 1954".

La norma transcrita atribuye al Ministerio del Trabajo competencia para conocer de los debates sobre fuero sindical; es decir, le dá facultades que son propias de los administradores de justicia.

Tan cierto es esto que el mismo decreto 0204 de 1957, no en su artículo transitorio sino en los de carácter permanente, devolvió —como lo dice el demandante (folio 18 vuelto)— "a la jurisdicción del trabajo el conocimiento de las solicitudes para despedir y para reintegrar" a los trabajadores.

Sin esfuerzo alguno se ve, pues, que dicho artículo 12 quebranta ostensiblemente la Superley en sus artículos 164 (inciso 1º), 55 (inciso 2º) y 58 (inciso 1º), y es, en consecuencia, inexequible.

En efecto: "La ley establecerá y organizará la jurisdicción del trabajo...." (Art. 164 ibídem).

"El Congreso, el Gobierno y los Jueces tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente en la realización de los fines del Estado (artículo 55, inciso 2º ibídem)". ¿Cómo debe entenderse esta norma en relación con los problemas sobre fuero sindical? La respuesta es obvia: los Jueces (del trabajo) son los que deciden, administrando justicia, sobre estos problemas; y el Gobierno colabora armónicamente con esta jurisdicción haciendo cumplir y respetar las respectivas providencias. Pero el Gobierno no puede convertirse en Juez del Trabajo, cuando la Carta y la Ley ya tienen establecida la jurisdicción laboral.

Corrobórase lo anterior con lo dispuesto en el artículo 58 ibídem, que dice: "La Corte Suprema, los Tribunales Superiores de Distrito y **demás Tribunales y Juzgados que establezca la ley, administran justicia".** Luego existiendo como en efecto existe por creación de la Carta y de la Ley la jurisdicción del trabajo, es a ésta y no al Gobierno a quien incumbe impartir **justicia** respecto de las solicitudes para despedir y para reintegrar a los trabajadores que se consideren amparados por el fuero sindical.

En atención a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en uso de la

atribución que le concede el artículo 214 de la Carta y de acuerdo con la Procuraduría RESUELVE que no ha lugar a hacer declaración alguna sobre los artículos 2º a 10º inclusive del decreto extraordinario 616 de 1954 por sustracción de materia, y que es inexequible el artículo 12 del Decreto extraordinario 0204 de 1957.

Notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Roberto Goenaga—Antonio Vicente Arenas — Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Alfredo Cock Arango—Samuel De Sola Roncallo —Roberto De Zubiría—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez — Héctor Martínez Guerra— Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Julio Pardo Dávila—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria— Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García— Jorge Soto Soto, Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. — SUSTRACCION DE MATERIA POR HABER CESADO EN EL EJERCICIO DE SUS CARGOS LOS FUNCIONARIOS ACUSADOS

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

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

El doctor José Ulloque Meneses en escrito fechado en Barranquilla el 7 de mayo de 1956 presentó en el Juzgado Octavo Civil Municipal de esa ciudad, queja contra los Magistrados del antiguo Tribunal del Trabajo del Atlántico, doctores Alvaro García Solano y Juan Luis Mendoza y contra el Conjuez doctor Eduardo Llinás, por hechos ocurridos en el año de 1956 y que el denunciante consideró que daban lugar a la aplicación del Decreto extraordinario 3.665 de 12 de diciembre de 1950, "por el cual se dictan normas encaminadas al mejoramiento de la administración de justicia".

Los Tribunales Departamentales del Trabajo desaparecieron para ser sustituídos por las respectivas Salas Laborales de los Tribunales Superiores; y el Tribunal Supremo de ese ramo fue reemplazado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados a quienes se refiere la queja, no forman parte del Tribunal Superior de Barranquilla, pues los que integran hoy la Sala Laboral en ese distrito son los doctores Carlos Goenaga González y Enrique Roa Calderón, quienes fueron nombrados por la Corte Plena en el año de 1957.

El supradicho decreto 3.665 de 1950 sometió a los Magistrados y a otros altos empleados públicos a sanciones disciplinarias (artículo 1º) que podían consistir (artículo 3º) según la gravedad de las respectivas omisiones o irregularidades, en: "a) Multa hasta de quinientos pesos, b) Suspensión del cargo o empleo hasta por treinta días, y c) Destitución".

Para aplicar tales medidas (artículo 4º) el superior debía obrar "de oficio o a instancia del.... Ministerio de Justicia, del respectivo Agente del Ministerio Público, o a petición de cualquier particular" que adujese prueba sumaria en respaldo de la queja, "o siquiera un principio de prueba por escrito".

Cumplido como está el trámite de rigor, se procede a resolver lo que sea legal, y al efecto se considera:

Es evidente que meses después de presentada la queja, los Magistrados a quienes acusó el quejoso, dejaron de serlo.

En consecuencia, hay en este negocio sustracción de materia, y así habrá que declararlo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Plena— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA que, por sustracción de materia, NO HA LUGAR a pronunciar decisión alguna en el presente negocio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Roberto Goenaga— Antonio Vicente Arenas — Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino— Alfredo Cock Arango—Samuel De Sola Roncallo —Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez — Ricardo Jordán Jiménez—Héctor Martínez Guerra—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Julio Pardo Dávila—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García—José Joaquín Rodríguez, Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SI EN EL PAIS SURGIEREN GRAVES PERTURBACIONES QUE AFECTEN LA PAZ PUBLICA JUSTIFICABLE ES ENTONCES EL ESTADO DE SITIO Y LA ADOPCION POR EL GOBIERNO DE MEDIDAS LEGISLATIVAS EXTRAORDINARIAS PROPIAS PARA CONTENER O CONJURAR LA PERTURBACION, Y LOS DECRETOS QUE ASI EXPIDA, DE ORDEN POLITICO, ECONOMICO O SOCIAL, DEBERAN TENER SIEMPRE UN NEXO CAUSAL ENTRE LAS LEYES QUE SE SUSPENDEN Y LA URGENTE NECESIDAD DE QUE TAL SUSPENSION OBEDEZCA AL FIN EXCLUSIVO DEL RESTABLECIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO, PUES SI NO LO TUVIEREN EXTRALIMITARIA EL GOBIERNO LAS FACULTADES QUE EL ARTICULO 121 LE CONFIERE Y ABUSARIA EN FORMA OSTENSIBLE DEL PODER. — NOCION DE ORDEN PUBLICO. — SE DECLARA INEXEQUIBLE EL INCISO 1º DEL ARTICULO 13 DEL DECRETO LEGISLATIVO NUMERO 124 DE 1954

Cuestión fundamental previa al estudio de la demanda de inconstitucionalidad de un Decreto, es saber si el Gobierno pudo dictar o nó la disposición acusada, en uso de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Cuando el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros y audiencia del Consejo de Estado declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella, es decir, cuando hace uso de la facultad prevista en aquella norma constitucional, no puede de ninguna manera apartarse de las condiciones esenciales que fijan esa facultad, consistentes en la existencia de una situación de violencia, interna o externa, la necesidad y obligación del restablecimiento de la paz por parte de la potestad pública, y la facultad de tomar las medidas necesarias para ese restablecimiento.

En desarrollo de tales condiciones la Corte ha sostenido, en sentencia de 28 de junio de 1956, que "el régimen de facultades extraordinarias reconocidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o de conmoción interior, no es una excepción al estado de derecho", y hoy sostiene, en ratificación de tal concepto, que el estado de sitio hace parte de un régimen de derecho, pues es una de sus partes integrantes. Esto es, que el Gobierno, en estado de sitio, queda sometido a un régimen de derecho vigente, en el cual existen normas jurídicas esenciales de orden público que no puede derogar ni suspender, y normas jurídicas no esenciales de ese orden —llamadas instrumentales— que sí puede suspender, siempre que la medida que adopte sirva para restablecer el orden jurídico perturbado o en trance de ser perturbado.

Así pues, para el ejercicio adecuado de las facultades del artículo 121 se necesita una alteración del orden público, ya por conmoción interna o externa, que los decretos expedidos por el Gobierno se refieran concretamente a ese estado de alteración de la paz pública y se encaminen al restablecimiento de ésta exclusivamente, y que no tengan por fin la indefinida continuidad del estado de sitio, ni tratem de crear nuevas causas de alteración o de intranquilidad.

"La noción de orden público no está referida hoy a una mecánica concepción del orden policíaco de la Nación, sino que abarca también un determinado orden económico, un determinado orden social y un determinado orden político y moral". Así lo ha expresado la Corte en sintética interpretación de la sentencia de 28 de junio de 1956, mencionada, con lo cual esta entidad no hace sino ponerse a tono con los avances del derecho, pues hoy, como lo anota el jurisconsulto de Vareilles Sommieres en sus críticas dirigidas a la teoría clásica del orden público, esta expresión tiene varios sentidos, a saber: "En el lenguaje corriente, literario, significa la paz pública, la seguridad que se opone al desorden, es decir, al tumulto violento. En el lenguaje filosófico, el orden público es, en un pueblo, la

disposición racional de las cosas, el orden entre los hombres, en sus bienes, en sus instituciones. Y en lenguaje práctico y jurídico, el orden público designa el bien público, el bien común". Si pues en el país surgieren graves perturbaciones que afecten la paz pública, así entendida, justificable es entonces el estado de sitio y la adopción por el Gobierno de medidas legislativas extraordinarias propias para contener o conjurar la perturbación, y los decretos que así expida, de orden político, económico o social, deberán tener siempre un NEXO CAUSAL entre las leyes que se suspenden y la urgente necesidad de que tal suspensión obedezca al fin exclusivo del restablecimiento del orden público, pues si no lo tuvieren extralimitaría el Gobierno las facultades que el artículo 121 le confiere y abusaría en forma ostensible del poder.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.— Bogotá, septiembre doce (12) de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

El doctor Alfonso Isaza Moreno, en uso del derecho consagrado en el artículo 214 de la Constitución Nacional, acusa ante la Corte de inconstitucional el artículo 13 del Decreto número 124 de enero 20 de 1954 "por el cual se señalan las funciones del Consejo Nacional de Práctica Profesional, se modifica el Decreto número 279 de 1953 y se dictan otras disposiciones".

La disposición acusada dispone:

"Queda absolutamente prohibida la enseñanza particular de la odontología, la farmacia y ramos auxiliares fuera de las Universidades e Institutos reconocidos por el Estado".

El texto constitucional que se considera violado, estatuye:

"Se garantiza la libertad de enseñanza. El Estado tendrá, sin embargo, la suprema inspección y vigilancia de los institutos docentes, públicos y privados, en orden a procurar el cumplimiento de los fines sociales de la cultura, y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

"La enseñanza primaria será gratuita en las escuelas del Estado, y obligatoria en el grado que señale la ley".

Y las razones por las cuales el demandante considera que la norma acusada viola el texto constitucional preinserto, las sintetiza así:

Que en toda garantía reconocida por la Constitución hay una facultad y una limitación, porque no hay derechos absolutos dentro del Estado; que la libertad de enseñanza incluye el derecho de enseñar, el derecho de aprender y el de escoger su maestro, derecho este último que implica la diversidad de los organismos y la igualdad de sus prerrogativas; que la limitación radica en "la suprema inspección y vigilancia de los institutos públicos y privados", pero que ninguna inspección llega hasta la prohibición, y que el fin de la garantía, su función teleológica es alcanzar la cultura y la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

Por último, el demandante cita en apoyo de las razones anteriores conceptos del tratadista George Burdeau, según los cuales, acepta éste la intervención del Estado en la enseñanza, no sólo por motivos de orden público, encaminados a evitar que los miembros de la comunidad puedan ser desviados con la difusión de doctrinas perturbadoras de su patrimonio institucional, sino porque en la formación de los técnicos y de los profesionales en general necesita verificar en interés de la colectividad, la competencia y aptitudes de aquéllos, a fin de que los títulos expedidos correspondan a las calidades exigidas por las leyes, decretos y demás reglamentos que desarrollan la garantía constitucional, relacionada con la libertad de enseñar. Además, según el mismo tratadista, como función primordial del Estado es la de promover la cultura, su intervención también se dirige a estimular el espíritu investigativo, a introducir e incrementar el desarrollo de técnicas nuevas, orientando los correspondientes estudios de acuerdo con el progreso tanto interior como exterior del país. Y tal intervención se legitima por el hecho de que no siendo la cultura un privilegio reservado sólo a unos, ya por riqueza o religión, entonces, la escuela verdaderamente abierta a todos no puede ser si no una escuela de Estado, que no está ligada a ninguna creencia filosófica o religiosa particular.

Dispuesto y dado el traslado legal de la anterior demanda al Procurador General de la Nación, éste, en extenso y documentado escrito solicita se niegue la inconstitucionalidad de la norma acusada y se pronuncia, en su lugar, la declaración de ser ella exequible.

Cuestión fundamental previa al estudio de la demanda es saber si el Gobierno pudo dictar o nó en el Decreto Legislativo número 124 citado la disposición acusada, en uso de las facultades

conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Cuando el Presidente de la República, con la firma de todos los ministros y audiencia del Consejo de Estado declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella, es decir, cuando hace uso de la facultad prevista en aquella norma constitucional, no puede de ninguna manera apartarse de las condiciones esenciales que fijan esa facultad, consistentes en la existencia de una situación de violencia, interna o externa, la necesidad y obligación del restablecimiento de la paz por parte de la potestad pública, y la facultad de tomar las medidas necesarias para ese restablecimiento.

En desarrollo de tales condiciones la Corte ha sostenido, en sentencia de 28 de junio de 1956, que "el régimen de facultades extraordinarias reconocidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o de conmoción interior, no es una excepción al estado de derecho", y hoy sostiene, en ratificación de tal concepto, que el estado de sitio hace parte de un régimen de derecho, pues es una de sus partes integrantes. Esto es, que el Gobierno, en estado de sitio, queda sometido a un régimen de derecho vigente, en el cual existen normas jurídicas esenciales de orden público que no puede derogar ni suspender, y normas jurídicas no esenciales de ese orden —llamadas instrumentales— que sí puede suspender, siempre que la medida que adopte sirva para restablecer el orden jurídico perturbado o en trance de ser perturbado.

Así pues, para el ejercicio adecuado de las facultades del artículo 121 se necesita una alteración del orden público, ya por conmoción interna o externa, que los decretos expedidos por el Gobierno se refieran concretamente a ese estado de alteración de la paz pública y se encaminen al restablecimiento de ésta exclusivamente, y que no tengan por fin la indefinida continuidad del estado de sitio, ni traten de crear nuevas causas de alteración o de intranquilidad.

"La noción de orden público no está referida hoy a una mecánica concepción del orden policíaco de la Nación, sino que abarca también un determinado orden económico, un determinado orden social y un determinado orden político y moral". Así lo ha expresado la Corte en sintética interpretación de la sentencia de 28 de junio de 1956, mencionada, con lo cual esta entidad no hace sino ponerse a tono con los avances del derecho, pues hoy, como lo anota el jurisconsulto de Vareilles Sommieres en sus críticas dirigidas a la teoría clásica del orden público, esta expresión tiene varios sentidos, a saber: "En el lenguaje corriente, literario, significa la paz pública, la seguridad que se opone al desorden, es decir, al tumulto violento. En el lenguaje filosófico, el orden público es, en un pueblo, la disposición racional de las cosas, el orden entre los hombres, en sus bienes, en sus instituciones. Y en el lenguaje práctico y jurídico, el orden público designa el bien público, el bien común". Si pues en el país surgieren graves perturbaciones que afecten la paz pública, así entendida, justificable es entonces el estado de sitio y la adopción por el Gobierno de medidas legislativas extraordinarias propias para contener o conjurar la perturbación, y los decretos que así expida, de orden político, económico o social, deberán tener siempre un NEXO CAUSAL entre las leyes que se suspenden y la urgente necesidad de que tal suspensión obedezca al fin exclusivo del restablecimiento del orden público, pues si no lo tuvieren, extralimitaría el Gobierno las facultades que el artículo 121 le confiere y abusaría en forma ostensible del poder .

Para la Corte, el inciso primero del artículo 13 del Decreto acusado nó prohibe en forma absoluta la enseñanza particular de la odontolgía, la farmacia y ramos auxiliares, sino cuando ella se dá fuera de las Universidades e Institutos reconocidos por el Estado. Esto es lo que en síntesis consagra dicho inciso, el que interpreta de manera fiel el artículo 41 de la Carta, pues si éste garantiza la libertad de enseñanza, no lo hace sin embargo en forma general y absoluta sino sometida a la inspección y vigilancia del Estado, a fin de que los institutos docentes, públicos y privados, procuren llenar cumplidamento los fines sociales de la cultura, así como la mejor formación intelectual, moral y física de los educandos.

Quiere expresar lo anterior que si el artículo 13 acusado hubiera sido dictado por el Congreso dentro de un régimen normal de derecho, es decir por el órgano constitucional encargado de expedir las leyes, no podría atacarse evidentemente de inconstitucional. Pero habiéndose expedido por el Gobierno en uso de facultades que no le esta-

ban conferidas por la Carta, esto es, so pretexto de reglamentar materias que ningún nexo causal ostentan con la urgente necesidad de restablecer el orden público, ese artículo es por tal aspecto inconstitucional y debe así declararlo la Corte.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la facultad que le dá el artículo 214 de la Carta, DECLARA INEXEQUIBLE el inciso primero del artículo 13 del Decreto Legislativo número 124 de enero 20 de 1954.

Publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y dése aviso a los Ministros de Gobierno y de Educación Nacional.

Roberto Goenaga, Presidente.—Antonio Vicente Arenas—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino-Alfredo Cock Arango-Samuel De Sola Roncallo—Roberto De Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Héctor Martínez Guerra—Luis Eduardo Mejía—Simón Montero—Pedro Pacheco Osorio—Julio Pardo Dávila—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García—Jorge Soto Soto, Secretario,

PARA APLICAR LA SANCION QUE PREVE EL ARTICULO 35 DEL DECRETO 750 DE 1940, CONSISTENTE EN LA DESTITUCION DEL CARGO, SE REQUIERE, COMO ES OBVIO, QUE EN EL MOMENTO DE PROFERIRSE EL FALLO EL FUNCIONARIO ACUSADO TENGA TAL CALIDAD Y SE ENCUENTRE EN EJERCICIO DE LA MISMA

Corte Suprema de Justica—Sala Plena.—Bogotá, veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

El doctor ALFONSO URIBE MALDONADO solicita a esta Corte que le sea aplicado al doctor Luis Fonseca Rojas el artículo 35 del Decreto-Ley 750 sobre quiebras, es decir, que se destituya al citado Magistrado de su puesto, en razón de haber violado tal texto legal.

Funda su queja en que el juicio de quiebra contra la Compañía Unida de Transportes reposa en el Tribunal Superior de Bogotá desde el 16 de abril de 1956 sin que haya merecido la prelación ordenada para su pronunciamiento. Agrega que al doctor Fonseca Rojas ya se le impusó una sanción por morosidad en el despacho de sus asuntos según consta de la Resolución número 3.468 de diciembre 16 de 1957, proveniente del Ministerio de Justicia.

Afirma, además, que contra el citado Fonseca Rojas cursan varias recusaciones en el Tribunal Superior de Bogotá por el sistemático incumplimiento de sus deberes de Magistrado.

Recibida la anterior queja se ordenó ponerla en conocimiento del Magistrado acusado, a fin de que dentro del término de diez días expusiera sus descargos.

Así las cosas el doctor Luis Fonseca Rojas presentó renuncia irrevocable de su cargo, la que en forma inmediata le fue aceptada por esta Corte en su sesión plena del 31 de julio del presente año; y en la sesión del 21 de agosto del mismo año fue nombrado en su reemplazo el doctor José Asunción Pachón, nombramiento que le fue confirmado en la sesión del 4 de septiembre,

LA CORTE CONSIDERA:

Para aplicar la sanción que prevé el artículo 35 del Decreto 750 de 1940, que es una sanción de destitución del cargo, se requiere, como es obvio, que en el momento de proferirse el fallo el funcionario acusado tenga tal calidad y se encuentre en ejercicio de la misma. Si bien es cierto que el doctor Fonseca Rojas tenía la calidad de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá cuando la queja fue presentada, mediante su renuncia y la aceptación de la misma, perdió la mencionada calidad, y por tanto, se produjo sustracción de materia sobre este negocio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley DECLARA que, por sustracción de materia, no ha lugar a pronunciar decisión alguna en la queja que contra el doctor Fonseca Rojas presentó el querellante Dr. Alfonso Uribe Maldonado.

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

Roberto Goenaga—Antonio Vicente Aremas — Luis A. Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Ricardo Jordán Jiménez—Héctor Martínez Guerra— Luis Eduardo Mejía— Simón Montero Torres—Julio Pardo Dávila—Pedro Pacheco Osorio—Luis F. Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Samuel De Sola Roncallo. —Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García—Roberto De Zubiría—Jorge Soto Soto, Secretario.

SE RATIFICA LA DOCTRINA SENTADA POR LA CORTE EN EL SENTIDO DE QUE SON INEXEQUIBLES LOS DECRETOS EXPEDIDOS CON FUNDAMENTO EN EL ARTICULO 121 DE LA CONSTITUCION, CUANDO LA MATERIA SOBRE QUE VERSAN NO TIENE RELACION CON EL ORDEN PUBLICO. — SE DECLARAN INEXIQUIBLES TODOS LOS ARTICULOS DEL DECRETO Nº 0700 DE 5 DE MARZO DE 1954, "POR EL CUAL SE ORGANIZA LA JURISDICCION ADUANERA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", CON EXCEPCION DE ALGUNOS ARTICULOS DEL MISMO, RESPECTO DE LOS CUALES HAY SUSTRACCION DE MATERIA POR HABER SIDO SUSTITUIDOS Y DEROGADOS POR LOS DECRETOS EXTRAORDINARIOS NUMEROS 73 Y 188 DE 1958

El Gobierno en ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el artículo 121 de la Carta, sólo puede dictar las medidas cuya finalidad sea el restablecimiento del orden público, es decir, aquellas en que aparezca ostensible relación entre la conmoción interior y la necesidad de regresar a la normalidad.

No puede pues, el Gobierno sustituír al Congreso, o sea al legislador, expidiendo códigos o leyes permanentes, porque hasta ese extremo no llegan ni podían llegar las atribuciones de carácter transitorio contenidas en el artículo 121. Estas no sirven de pretexto para asumir otras que no se le han confiado al que las asume.

La organización de la jurisdicción aduanera es de la incumbencia del Legislador y no del Ejecutivo (Cfr. Const., artículos 76, numerales 1, 2, 3, 13 y 15 ,artículo 80, numerales 1 y 2, y artículo 81, numeral 3, inciso 2º).

La invasión por éste de las atribuciones otorgadas a aquél en la Carta Fundamental, lejos de contribuír al pronto restablecimiento del orden, alarga y agrava la perturbación, desquiciando la estructura jurídica del país.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

El doctor Gregorio Vega Rangel en escritos de cuatro y diez y nueve de febrero, ha pedido a la Corte que declare inexequible todo el Decreto Legislativo número 0700 de cinco de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, "por el cual se organiza la jurisdicción aduanera y se dictan otras disposiciones".

Invoca los artículos 53 del Acto Legislativo de 1945 (inciso 2º); el 121 de la Constitución Nacinal; el 118 y algunas otras normas de orden superior.

Tanto de la demanda como de su ampliación se dio traslado a la Procuraduría, la cual emitió el dictamen de fondo que consta en los folios 21 a 28 del expediente.

En ese dictamen recuerda el Miñisterio Público que, según la Ley 96 de 1936 (inciso 2º del artículo 2º) "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

El acto acusado se expidió en uso de las facultades que al Presidente de la República le confiere el artículo 121 de la Constitución.

Contiene dicho acto diez capítulos sobre jurisdicción aduanera y otras cuestiones atinentes al mismo asunto, como puede verse en los folios 13 a 166.

La demanda se ciñe a la ley.

Para resolver se considera:

El Gobierno en ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el artículo 121 de la Carta, sólo puede dictar las medidas cuya finalidad sea el restablecimiento del orden público, es decir, aquellas en que aparezca ostensible re-

lación entre la conmoción interior y la necesidad de regresar a la normalidad.

No puede pues, el Gobierno sustituír al Congreso, o sea al legislador, expidiendo códigos o leyes permanentes, porque hasta ese extremo no llegan ni podían llegar las atribuciones de carácter transitorio contenidas en el artículo 121. Estas no sirven de pretexto para asumir otras que no se le han confiado al que las asume.

Por este aspecto el Acto acusado quebranta, sin lugar a duda, no sólo el mismo artículo 121 sino también el principio de la separación de funciones entre las diversas ramas del poder público, o sea el consagrado en el artículo 55 de la superley.

Todas las materias reguladas en el referido Decreto son de la incumbencia del legislador y no del Ejecutivo (Cfr. Const., artículos 76, numerales 1, 2, 3, 13 y 15, artículo 80, numerales 1 y 2, y artículo 81, numeral 3, inciso 2º).

La invasión por éste de las atribuciones otorgadas a aquél en la Carta Fundamental, lejos de contribuír al pronto restablecimiento del orden, alarga y agrava la perturbación, desquiciando la estructura jurídica del país.

La viciosa aplicación de la fuente misma del expresado Decreto, afecta de inconstitucionalidad todas y cada una de sus disposiciones.

De todas estas, sin embargo, tendrán que excluírse las que fueron sustituídas y derogadas por los Decretos Extraordinarios números 73 y 188 de 1958, respecto de las cuales hay sustracción de materia. Esas normas se especificarán en la parte resolutiva de esta providencia.

* * *

En atención a las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena— en uso de las atribuciones que le concede el artículo 214 de la Carta y oído el concepto del Ministerio Público, DECLARA INEXEQUIBLES todos los artículos del Decreto número 0700 de 5 de marzo de 1954 expedido por el Gobierno Nacional, con excepción de los 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 15, 16, 18, 19, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 35, 36, 37, 38, 40, 41, 42, 58, 59, el parágrafo del artículo 60 los artículos 62, 67, 69, 79 y 104 del expresado Decreto, respecto de los cuales hay sustracción de materia por haber sido sustituídos y derogados por los Decretos Extraordinarios números 73 y 188 de 1958.

Notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese

Roberto Goenaga—Antonio Vicente Aremas—Luis Alberto Bravo—Gabriel Carreño Mallarino—Alfredo Cock Arango—Samuel De Sola R.—Roberto De Zubiría—Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez—Simón Montero Torres—Ricardo Jordán Jiménez—Julio Pardo Dávila—Héctor Martínez Guerra, Salvo mi voto, Luis Eduardo Mejía J.—Pedro Pacheco Osorio—Luis Fernando Paredes—Arturo C. Posada—Jorge Sanabria—Arturo Valencia Zea—Jorge Vélez García.

Jorge Soto Soto, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DOCTOR LUIS. E. MEJIA JIMENEZ

NO cree el suscrito Magistrado que la expedición de Códigos por el Gobierno, durante el estado de emergencia a que se refiere el artículo 121 de la Constitución, sea, por sí sola, motivo de inexequibilidad, sobre el supuesto de que un Código, por el hecho de ser tál, tenga de suyo, o parezca tener, la calidad de **permanente.**

Sin duda que, no sólo dentro de un orden ontológico, sino también frente a la realidad histórica y sociológica, toda ley tiene, de suyo, un carácter temporal, transitorio; más o menos estable, más o menos variable, según las circunstancias ondulantes de los hechos sociales. De consiguiente, el revestimiento meramente formal de un Código, como ley especial más completa, organizada y metódica, no puede convertirse en piedra de toque de su validez o de su inexequibilidad, si se ha dictado con fundamento en las atribuciones del artículo 121 de la Constitución.

Nada se opone a que las circunstancias peculiares del estado de emergencia exijan, en un momento dado, la promulgación de un cuerpo de disposiciones que relamente, **in integrum,** determinada materia, bajo la **forma** de un Código, para aliviar la tensión de los hechos sociales sobre el orden público. Si aquellas circunstancias existen, es lógico que tal Código se ponga en vigencia, aunque ésta, teóricamente, sólo se haya de extender al período de turbación del orden público. La calidad externa de Código no le dá ni puede darle al ordenamiento gubernativo una duración superior a la de las demás disposiciones que se impongan, en orden al restablecimiento de la paz. Regirá con la misma transitoriedad que los otros ordenamientos, aunque éstos no sean codificados. Lo contrario es lo que el fallo supone, y no demuestra.

Lo esencial, en concepto del suscrito, es que la norma, codificada o no, sea **necesaria** para los efectos del orden público. Cumpliéndose este requisito básico, la validez plena de dicha norma aparece como consecuencia lógica, siempre que los demás supuestos del artículo 121 de la Carta hayan tenido cumplimiento..

Lo vicioso de la promulgación de un Código cualquiera, con fundamento en las atribuciones del referido texto constitucional, no radica, pues, en esa calidad extrínseca, ni en una pretendida y apriorística vigencia **permanente,** teóricamente imposible, sino en que se haya dictado sin requerirlo el orden público, tomándose éste como un pretexto para encubrir un abuso o desviación de poder. Entonces sí es inexequible el decreto presidencial correspondiente; mas no por esa manera particular de sola expresión o manifestación **formal** del ordenamiento, sino por un defecto intrínseco; ni por la permanencia probable o hipotética o real de aquél, sino por su falta de vinculación a lo que constituye la sustancia, medida y justificación de las atribuciones presidenciales: la necesidad de restablecerse la paz pública.

En el caso del decreto acusado, basta ojear las disposiciones preexistentes sobre cuestiones de aduanas, represión del contrabando, organización de la justicia correspondiente, etc. para llegar a la conclusión de que tal Decreto no lo exigía aquella necesidad pública, y de que ésta se invocó como un pretexto para justificar o racionalizar, **a priori,** una desviación o abuso de poder. Por ello, son inexequibles las disposiciones acusadas. Y por ello, el suscrito Magistrado comparte la conclusión del fallo, no obstante las observaciones que, por medio de este salvamento, hace a la parte motiva, con el respeto y cordialidad que le merecen sus distinguidos colegas,

Fecha ut-supra.

LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ

S A L A D U A L

CALUMNIA E INJURIA. — REQUISITOS PARA QUE ESTE ULTIMO DELITO SE CONFIGURE

Esta Sala Dual está de acuerdo con la Unitaria del Tribunal de primera instancia, cuando explica que tanto en lo subjetivo como en lo objetivo para que el delito de injuria se configure "se necesita que..... las palabras escritas o pronunciadas —cuando de ellas se trata— constituyan realmente, en su aspecto externo, un ataque al honor, a la reputación o a la dignidad de una persona, y que, en lo interno, se hayan escrito o pronunciado con animus injuriandi, o sea con el propósito de causar el daño, aunque éste, en realidad, no se presente".

Corte Suprema de Justicia—Sala Dual.—Bogotá, tres de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

Ha subido en consulta a esta Sala Dual de la Corte Suprema de Justicia, procedente de la Unitaria del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, la sentencia de sobreseimiento definitivo proferida el 9 de julio próximo pasado en la querella por calumnia e injuria promovida por el ciudadano extranjero René Seghini D., residente en Medellín, contra el ciudadano colombiano Jesús María Burgos C., vecino del mismo lugar, director de la revista "La Cátedra", y autor de dos escritos publicados en la sobredicha revista, que en sentir del querellante le quitan la honra a un ciudadano que merece respeto.

Fundamenta su denuncia el querellante en el artículo 12 del Título I, Capítulo I, del Decreto 0271 de 29 de octubre de 1957.

El acusado en la declaración indagatoria, reconoce la paternidad de los escritos.

Se cumplieron todas las formalidades legales y la Sala Unitaria profirió sentencia de sobreseimiento definitivo en favor del acusado.

No observándose nulidad en la actuación, esta Sala Paritaria de la Corte para resolver, hace las siguientes

CONSIDERACIONES:

La querella en cuestión se desarrolla entre un futbolista profesional argentino y el ciudadano colombiano Jesús María Burgos C., director y propietario de la revista "La Cátedra" de Medellín, "de crítica y humor deportivo", por haber publicado las frases siguientes y que Seghini califica como calumnia e injuria:

"René Seghini el prófugo de Italia terminó el año sin devolver los diez mil dólares al equipo Bolonia de Italia...."

"Que está para acabarse este año y el señor Seghini sin devolver los dólares al equipo Bolonia de Italia..."

El Juzgador a quo trae en su sentencia la definición de lo que es la calumnia para afirmar con acierto que el acusado no le "ha imputado a René Seghini la comisión de un hecho que la ley haya erigido en delito o que por su carácter deshonroso o inmoral someta a este ciudadano a la animadversión o al desprecio". Fundamenta esta apreciación en el hecho de que el denunciante, deportista de profesión, acepta en su denuncia que aún no le ha liquidado algunas cuestiones de índole laboral a un club deportivo, devolviéndole una determinada suma de dinero. El Juzgador estima, y así lo comparte esta Sala Paritaria, que ese hecho no constituye infracción ni causa deshonra, como tampoco la noticia que dio el acusado en su revista, estando pendiente la liquidación de un contrato laboral. No alcanza,

pues, a tener carácter delictivo ni fuerza desacreditadora.

En cuanto a la injuria, esta Sala Dual está de acuerdo también con la Unitaria del Tribunal de Medellín cuando explica que tanto en lo subjetivo como en lo objetivo para que el delito de injuria se configure "se necesita que.... las palabras escritas o pronunciadas —cuando de ellas se trata— constituyan realmente, en su aspecto externo, un ataque al honor, a la reputación o la dignidad de una persona, y que, en lo interno, se hayan escrito o pronunciado con **animus injuriandi**, o sea con el propósito de causar el daño, aunque éste, en realidad, no se presente".

El acusado, en las noticias ligeras de su revista, que no alcanzan a ser artículos o escritos de fondo, sino mera gacetilla, declara haber publicado lo que el mismo denunciante afirma, es decir, que sí existían contratos de carácter laboral entre él y el club deportivo "Bolonia" que no habían sido liquidados definitivamente a la fecha de la publicación, contratos que se referían a la transferencia de un jugador de aquel club al equipo "Medellín".

Lo que sucede en casos como el presente es que se han puesto en pugna, como si se tratara de un evento deportivo, la susceptibilidad exagerada de un jugador de categoría y el mal gusto de una revista que al dar una noticia lo hace sin espíritu de humor de ninguna naturaleza.

Lo expuesto hasta aquí es suficiente para confirmar la sentencia consultada y por tanto,

La Sala Paritaria de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA el fallo consultado de fecha 9 de julio próximo pasado, proferido por la Sala Unitaria del Tribunal Superior de Medellín en este negocio.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Roberto Goenaga—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

PARA DEMOSTRAR LA EXISTENCIA DEL VICIO OCULTO, AL COMPRADOR LE BASTA ACREDITAR, COMO DICEN LOS DOCTRINANTES, QUE DEBIDO AL VICIO LA COSA NO SERVIA PARA SU USO NATURAL O SOLO SERVIA IMPERFECTAMENTE, DE MANERA DE PRESUMIRSE QUE SI EL COMPRADOR HUBIESE CONOCIDO EL VICIO NO HABRIA EFECTUADO LA COMPRA O LA HABRIA HECHO POR UN PRECIO INFERIOR AL QUE DIO. — SI EL VENDEDOR DE UNA ESPECIE REVELA AL TIEMPO DE EFECTUARSE EL NEGOCIO LOS VICIOS QUE LO AFECTAN, NO HAY LUGAR A LA ACCION REDHIBITORIA. — EXTREMOS QUE DEBE PROBAR EL ACTOR UNA VEZ PROMOVIDA ESTA ACCION. — LOS CERTIFICADOS ORIGINARIOS DE UNA DIRECCION MUNICIPAL DE HIGIENE, TIENEN EL CARACTER DE DOCUMENTOS AUTENTICOS

1. — La configuración jurídica del vicio oculto se halla determinada en el artículo 1.515 del Código Civil, y para demostrar su existencia le basta al comprador acreditar, como dicen los doctrinantes, o que debido al vicio la cosa no servía para su uso natural o sólo servía imperfectamente, de manera de presumirse que si el comprador hubiese conocido el vicio no habría efectuado la compra o la habría hecho por un precio inferior al que dió.

2.—Los comentadores de nuestro Derecho Civil, refiriéndose al artículo 1.915, consideran que si el vendedor de una especie revela al tiempo de efectuarse el negocio los vicios que la afectan, no hay lugar a la acción redhibitoria. Pero que si en cambio, tales vicios son ocultados por el vendedor, la relación jurídico-contractual que surge en tales condiciones, es susceptible de rescisión, pues en el fondo hubo un quebrantamiento de la buena fé, la cual ética y jurídicamente debe ser la norma reguladora de la vida contractual. Presumiéndose aquélla en todo contrato, como dicen los doctrinantes.

3. — Promovida una acción redhibitoria, corresponde al actor probar los siguientes extremos: primero, haber existido los vicios al tiempo de la venta; segundo, ser tales que la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente; y tercero, no haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte.

4. — Los certificados originarios de una Dirección Municipal de Higiene, tienen el carácter de documentos auténticos, por provenir de funcionarios en ejercicio de cargos por autoridad pública y dotados por ende de facultades legales para certificar sobre hechos relacionados con el cumplimiento de sus funciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Alcides Perdomo Lasso, comerciante de profesión, compró el 10 de marzo de 1952 a Juan C. Lugo por la suma de $ 4.620.00 moneda corriente 42 bultos de pescado seco proveniente del Putumayo. En la misma fecha, compró a Silvestre Falla 43 bultos de pescado de las mismas condiciones que el anterior por la suma de $ 4.945.00 moneda corriente.

Fue intención de Perdomo al comprar la mercancía antes dicha venderla en el comercio y al efecto inmediatamente la hizo transportar a las plazas de Popayán y de Cali, en las cuales, no fue posible vender el pescado por hallarse en estado de descomposición. Ante este insuceso ordenó a sus agentes trasladarlo a Bogotá para

venderlo, pero en esta ciudad las autoridades sanitarias del Municipio, previo examen de laboratorio ordenaron su incineración en guarda de la salubridad pública.

Por los motivos expuestos anteriormente, Perdomo, quien no había pagado sino una parte del precio del pescado, presentó ante el Juez Civil del Circuito de Neiva sendas demandas, las cuales llevan fecha 24 de abril de 1952 contra los señores Lugo y Falla pidiendo se declarase rescindido el contrato de venta del referido pescado y que se le declarase exento de pagar el precio de dicho artículo por haber resultado inapto para el consumo. Igualmente solicitó que los mencionados demandados fueran condenados al pago de los perjuicios y al de las costas y costos del juicio.

Ambos demandados al descorrer el traslado de las respectivas demandas, negaron los hechos fundamentales de ellas y por medio de escritos separados presentaron demanda de reconvención contra Alcides Perdomo Lasso pidiendo fuera condenado judicialmente al pago total de los bultos de pescado que le habían vendido.

La acumulación de los juicios antes mencionados fue decretada por auto de fecha 9 de septiembre de 1952, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva sin ser el caso de entrar a estudiar las irregularidades procedimentales que en dicho incidente tuvieron lugar.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva por auto de fecha 28 de septiembre de 1955, desató la litis condenando a Perdomo al pago de los bultos de pescado que había comprado a los señores Lugo y Falla. No hizo el Juzgado condenación en costas.

El demandante por medio de su apoderado interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el cual, por sentencia de fecha 3 de mayo de 1956, revocó la providencia materia de apelación y declaró la rescisión de los contratos de venta a que se ha hecho referencia, y al propio tiempo, declaró que Perdomo no estaba obligado a pagar el precio del pescado comprado a los ya nombrados vendedores, a quienes absolvió del pago por concepto de perjuicios. Contra esta sentencia el apoderado de los demandados interpuso el recurso de casación que procede a resolverse por hallarse cumplidos los trámites de rigor.

LA DEMANDA

Cuatro cargos se formulan contra la sentencia y en su orden proceden a estudiarse.

Primer cargo.

Invocando el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial, se acusa la sentencia por "violación de la ley sustantiva por infracción o aplicación indebida del artículo 1.914 del Código Civil, proveniente de apreciación errónea de los testimonios y pruebas allegados por la parte demandante".

La Corte considera:

Concretamente se refiere el recurrente al desarrollar el cargo anterior a las declaraciones rendidas por los testigos, Miguel Galindo y Hernando Rivera, en las cuales se halla fundada, entre otras pruebas, la parte resolutiva de la sentencia recurrida.

Como ya se dijo, la causa o razón de esta demanda la fundó el actor en el hecho de que los 85 bultos de pescado seco comprados a los señores Lugo y Falla, no le fue al demandante posible negociarlos por el estado de descomposición en que tal artículo se hallaba. Es decir, alegó existir en el artículo vendido un vicio oculto cuya configuración jurídica se halla determinada en el artículo 1.515 del Código Civil, y que para demostrar su existencia le basta al comprador acreditar, como dicen los doctrinantes, o que debido al vicio la cosa no servía para su uso natural o sólo servía imperfectamente, de manera de presumirse que si el comprador hubiese conocido el vicio no habría efectuado la compra o la había hecho por un precio inferior al que dió.

El demandante para comprobar el hecho fundamental de su demanda adujo, entre otras pruebas, las declaraciones de Miguel Galindo y Hernando Rivera. El primero de los nombrados declara al folio 6 del cuaderno número 3 que fue comisionado por Perdomo Lasso para transportar 43 bultos de pescado comprados a Falla y que desde que recibió el cargamento percibió su mal olor. Igualmente afirma que transportó la mercancía dicha a Cali pasando por Popayán en cuya plaza no tuvo aceptación alguna por su mal olor, y que habiéndola dejado en depósito para su venta a Pedro E. Serna, éste no pudo venderla, por cuyo motivo el declarante la retiró del depósito y siguiendo instrucciones de Perdomo la remitió a Bogotá en cuya ciudad por orden de

las autoridades sanitarias fue decomisado e incinerado el pescado en referencia.

El segundo de los declarantes manifiesta haber sido comisionado por Perdomo Lasso para transportar a Cali el pescado comprado a Lugo y que una vez que hubo llegado a la citada ciudad al pretender descargar el artículo, la Cooperativa allí existente no lo recibió por el mal olor que despedía.

Existen, pues, dos declaraciones concordes en cuanto al hecho y circunstancias del mismo y que por haber sido rendidas justamente por las personas comisionadas directamente por Perdomo para efectuar el transporte y venta del pescado tienen una evidente fuerza probatoria.

Los mencionados testigos ni fueron interrogados por la contraparte, ni tachadas fueron sus declaraciones y cuanto afirmaron se halla plenamente corroborado con el certificado que obra en los autos, expedido por las autoridades sanitarias de Bogotá, y según el cual, el referido pescado fue incinerado en guarda de la salubridad pública.

Más aún, el señor Emilio Serna a quien se le consignó en sus depósitos la existencia de pescado, testifica que tuvo que entregarlo, pues, su venta fue imposible dado su estado de descomposición.

Como se advertirá, además de las declaraciones mencionadas, obran en los autos ciertas pruebas de carácter auxiliar, o complementario que vienen a darle una mayor fuerza probatoria a la prueba principal, como lo enseña el derecho probatorio. Y fue, teniendo en cuenta todos estos factores como el sentenciador llegó a formar su convicción para deducir la siguiente conclusión que se halla consignada en la parte motiva de su fallo y es del tenor siguiente:

"La mercancía vendida por los señores Falla y Lugo al señor Perdomo no servía para su uso natural, ni perfecta ni imperfectamente y se trata por lo mismo de un vicio de los que dan derecho al comprador para exigir la rescisión del contrato (artículo 1.914 y 1.917 del Código Civil)".

La anterior apreciación del sentenciador no puede modificarse en el presente recurso, no sólo porque contra ella no adujo razón alguna eficaz el recurrente, sino porque la Corte a través de constante jurisprudencia ha dicho: "La apreciación de pruebas hecha por el Tribunal sentenciador no puede variarse en el recurso sino en los casos de un error de derecho o de hecho, siempre que éste último aparezca de modo evidente en los autos".

Y no puede decirse que el Tribunal hubiese incidido en error de derecho al darle a la prueba testimonial la eficacia legal que le dió, pues según el artículo 679 del Código Judicial ,a cuya norma se atuvo el sentenciador, el dicho de dos testigos que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar constituye plena prueba.

Ni tampoco incidió en error de hecho, pues no dió por existente hecho alguno que no hubiera sido debidamente probado durante el curso del juicio, ni desconoció la realidad procesal del que fue debidamente acreditado. Así las cosas, no resulta infringido el artículo 679 del Código Judicial, ni tampoco violado el artículo 1.914 del Código Civil, cuya norma consagra a favor del vendedor la acción procesal adecuada o para pedir la rescisión del contrato o la rebaja proporcional del precio cuando la cosa vendida adolece, como en el caso presente, de vicios ocultos.

Por las razones expuestas, no procede el cargo.

Segundo cargo.

Este cargo es por violación del artículo 1.759 del Código Civil. Se refiere el recurrente al indebido valor probatorio dado por el sentenciador a la certificación expedida por el Director Municipal de Higiene de Bogotá y al efecto dice:

"Observo en primer lugar, respecto de tales certificaciones que sólo en el caso de que se les considere como documentos públicos o auténticos, pueden tener valor de plena prueba, y en segundo lugar, que la plena prueba sólo sería respecto de su fecha y de lo que consta al funcionario en ejercicio de sus funciones".

La Corte considera:

El documento a que alude el recurrente obra al folio 19 del cuaderno número 9. Se trata de un certificado originario de la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá. Esta entidad sanitaria procediendo sobre la base de los documentos oficiales allí insertados certifica que 80 bultos de pescado seco pertenecientes al señor Alcides Perdomo, después de haber sido sometida su muestra a un examen químico de laboratorio, se ordenó en vista de los resultados de dicho examen que el cargamento de pescado fuera totalmente incinerado. Así lo hizo el director de los hornos crematorios dándole cumplimiento a lo dispuesto por la Dirección de Higiene.

El certificado en cuestión, tiene según el artículo 632 del Código Judicial, el carácter de un inconfundible documento auténtico por hallarse

expedido por un funcionario en ejercicio de un cargo por autoridad pública y dotado por ende de facultad legal para certificar sobre hechos relacionados con el cumplimiento de sus funciones. Así lo entendió el sentenciador y en consecuencia, le dió la eficacia probatoria que para tal clase de documentos prescribe el precitado artículo 632.

Por lo demás, cabe observar, que la parte demandada no desvirtuó en forma alguna la realidad de los hechos sobre cuya existencia dió testimonio oficial la Dirección Municipal de Higiene de Bogotá, ni tampoco opuso tacha alguna a la autenticidad del mencionado documento, el cual, por todas las razones anteriormente expresadas estaba llamado, procesalmente hablando, a ejercer una influencia decisiva, como al efecto la ejerció en la decisión de esta litis. De donde se deduce que no resulta infringido el artículo 1.759 del Código Civil inoportunamente citado por el recurrente por no ser norma que incida en la sentencia.

Por las razones expuestas, se rechaza el cargo.

Tercer cargo.

Invocando el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial se impugna la sentencia por violación directa del numeral 3º del artículo 1.915 del Código Civil por haberse dejado de aplicar. Para sustentar su cargo, dice así el recurrente:

"Aun cuando los vicios existan al tiempo de la venta no hay acción redhibitoria si el comprador no hubiera podido ignorarlos sin negligencia grave, ó hubiera podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio". Sentada esta premisa el recurrente deduce la siguiente conclusión: como el comprador Perdomo por razón de sus conocimientos comerciales estaba en condiciones de conocer los vicios que afectaban al pescado, obró negligentemente al comprarlo, y no hallándose así reunidas una de las calidades exigidas por el numeral 3º del artículo 1.915 del Código Civil, para la existencia de los vicios redhibitorios, el Tribunal dejó de aplicar la mencionada norma, por cuya razón la sentencia debe ser infirmada.

La Corte observa:

Los comentadores de nuestro Derecho Civil, refiriéndose a la disposición citada por el recurrente, consideran que si el vendedor de una especie revela al tiempo de efectuarse el negocio los vicios qu la afectan, no hay lugar a la acción redhibitoria. Pero que si en cambio, tales vicios, como ocurrió en el caso de autos, son ocultados por el vendedor, la relación jurídico-contractual que surge en tales condiciones, es susceptible de rescisión, pues en el fondo hubo un quebrantamiento de la buena fé, la cual ética y jurídicamente debe ser la norma reguladora de la vida contractual. Presumiéndose aquélla en todo contrato, como dicen los doctrinantes.

Ahora bien, promovida una acción redhibitoria, corresponde al actor probar los siguientes extremos: Primero, haber existido los vicios al tiempo de la venta; segundo, ser tales, que la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente; y tercero, no haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte.

En cuanto al primero de tales extremos, se halla plenamente comprobado con el certificado oficial del inspector y administrador de la plaza de mercado del Barrio Doce de Octubre, en el cual consta que según el dictamen técnico del laboratorio municipal de Bogotá, el daño del pescado provenía, "por su mal beneficio y preparación". De lo allí afirmado se deduce lógicamente, que cuando Perdomo compró el pescado ya cursaba el referido artículo por un proceso de descomposición que tuvo como fecha inicial la época de su preparación que fue anterior a la venta.

También comprobó debidamente el actor, como se dijo al examinar los cargos anteriores, que el pescado vendido por los demandados no era apto para su consumo, pues a la postre las autoridades sanitarias ordenaron tanto su decomiso como su incineración. Este es un hecho incontrovertible. Y en cuanto al tercer elemento o calidad, que según el artículo 1.915 del Código Civil, configura jurídicamente el vicio redhibitorio, se halla también acreditada dicha circunstancia si se considera lo siguiente: los vendedores Lugo y Falla le garantizaron a Perdomo que el pescado se hallaba en perfecto buen estado y sobre esta base lo negoció habiendo sido la intención contractual del comprador el adquirirlo para sacarlo a la venta en el mercado. Todo autorizaba a Perdomo para confiar en la buena fe de los vendedores, y es de entender que si se le hubiesen revelado los daños que afectaban al pescado no hubiese ajustado la negociación, cuyas circunstancias en que fue llevada a cabo no acusa negligencia alguna por parte de Perdomo, como infundadamente lo ha afirmado el recurrente al sostener el cargo materia de examen, que por todas las

razones anteriormente expuestas se declara improcedente.

Cuato cargo.

Como este cargo es una repetición del anterior, por las razones allí expuestas, se rechaza.

FALLO:

Por las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha tres (3) de mayo de mil novecientos cincuenta y seis (1956) pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva en el juicio ordinario seguido por Alcides Perdomo Lasso contra Juan C. Lugo y otro.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

ACCION DE FILIACION NATURAL. — FORMAS QUE PUEDE ASUMIR EL RECONOCIMIENTO DE LA PATERNIDAD NATURAL. — DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EL ARTICULO 2º Y EL NUMERAL 3º DEL ARTICULO 4º DE LA LEY 45 DE 1936. — RELACIONES SEXUALES ESTABLES. — POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJOS NATURALES. — INCONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON LAS PRETENSIONES OPORTUNAMENTE ADUCIDAS POR LOS LITIGANTES. — AUSENCIA DE LEGITIMO CONTRADICTOR. — PETICION DE HERENCIA

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila).

Se afirma en la demanda presentada ante el Juez Quinto en lo Civil del Circuito de Cali, por Ernestina Acosta en su carácter de representante legal de sus menores hijos naturales Ruth y Héctor M. Acosta, que durante más de veinte años la citada Ernestina mantuvo relaciones sexuales estables con Pedro Pablo Rengifo y que de esas relaciones nacieron el 1º de febrero de 1942, Ruth Acosta, y el 28 de septiembre de 1944, Héctor Manuel del mismo apelido; que el presunto padre natural de los dos citados menores, Pedro Pablo Rengifo, hizo la denuncia correspondiente al nacimiento de aquellos y que ".....en señal de padre natural, firmó de su puño y letra en dicha calidad tanto las boletas de bautismo como las correspondientes actas de inscripción en el registro civil.....", que también Pedro Pablo Rengifo quien convivía con Ernestina Acosta, madre de los menores, atendía a las necesidades de la familia y de sus hijos a quienes presentaba, ante todos sus relacionados, como a sus hijos naturales, cosa que sucedió en forma continua hasta el día del fallecimiento de Rengifo, ocurrido el 6 de febrero de 1941; la muerte de Rengifo tuvo lugar en la casa de su propiedad, ubicada en Cali en la carrera 17 número 29-25 en donde vivía con su familia natural. Tal inmueble, determinado en la demanda, lo había adquirido Pedro Pablo Rengifo mediante la escritura número 3.280 de 13 de diciembre de 1946, de la Notaría Tercera, de Cali, que fue debidamente registrada.

Después de la muerte de Rengifo se presentaron a la casa en donde vivía la demandante con sus hijos ".....los individuos Reinel Dorado, Marcos Ramírez, Ricaurte Rengifo y N. Castillo, despojaron a la señora Acosta de pequeños haberes y de la escritura de la propiedad, destruyeron las mejoras en que aquélla guarecía su indigencia y desamparo, y arrojaron a la señora Acosta y sus hijos a la calle, apropiándose violentamente del inmueble".

Más tarde apareció Margarita Quijano, quien diciéndose viuda de Pedro Pablo Rengifo, otorgó la escritura número 1.871 de 9 de julio de 1951, Notaría Tercera de Cali, por la cual vendió el inmueble de la carrera 17 número 29-25 a Ricaurte Rengifo, quien se pretende poseedor inscrito en dicha forma y material y con el señor Reinel Dorado del bien descrito en el hecho 7º., pero poseedores como se deja relacionado, en forma violenta".

Fundándose en los hechos, que, en síntesis, se dejan enunciados, la demandante pide que se declare: a) Que los menores Ruth y Héctor Acosta son hijos naturales de Pedro Pablo Rengifo concebidos en la señorita Ernestina Acosta "en relaciones sexuales estables"; b) Que Margarita Quijano no tiene ningún derecho en la sucesión de Pedro Pablo Rengifo; c) Que Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado deben restituír a la sucesión ilíquida de Pedro Pablo Rengifo, el inmueble determinado en el hecho 7º de la demanda "representada tal sucesión por sus herederos universales Ruth y Héctor Acosta"; que los demandados deben pagar a la sucesión ilíquida de Rengifo los frutos naturales y civiles del inmueble; d) Que es nula la inscripción de la escritura número 1.781 de 9 de julio de 1951 de la Notaría Tercera de Cali registrada el 17 del mismo mes en el libro 1º, Tomo 67. La demanda señaló como demandados a Margarita Quijano, Ricaurte Rengifo, Reinel Dorado y al Personero Municipal de Cali.

El juicio se ha seguido sin la intervención del Agente del Ministerio Público, pues este funcio-

nario, al contestar la demanda, manifestó que "...contesta la demanda porque aunque no considera necesaria la intervención del Ministerio Público en este juicio, tampoco daña y antes puede convenir a los intereses sociales'.

El Juez del conocimiento, en sentencia de once de diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, falló el negocio en primera instancia aceptando todas las súplicas de la demanda.

El demandado Reinel Dorado interpuso el recurso de apelación contra la sentencia, y los autos subieron al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para conocer de la segunda instancia, y el tres de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco el Tribunal dictó fallo correspondiente, por el cual confirma la sentencia apelada. Por haber interpuesto en tiempo oportuno el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado conoce la Corte y procede a fallarlo, toda vez que se han surtido todos los trámites que ordena la ley.

o o o

LA DEMANDA DE CASACION

Con fundamento en el numeral primero del artículo 520 del Código Judicial acusa el recurrente, y formula los cargos así:

El Tribunal violó el artículo segundo de la Ley 45 de 1936 por infracción directa al admitir como prueba de hijo natural una causal distinta y no enumerada en el citado artículo, cual es el hecho de que Pedro Pablo Rengifo apareciera firmando, según se ha dicho, las boletas eclesiásticas requeridas para el bautismo de los niños Ruth María y Héctor Acosta, pues esa firma, aun admitiendo que fuese auténtica, lo que no está probado en los autos, no tiene ningún valor porque la ley requiere en estos casos la firma de quien reconoce puesta en el acta de nacimiento", y las aludidas boletas no son en manera alguna las actas de que habla el artículo violado y agrega que como el artículo 18 de la Ley 92 de 1938 "sólo dá el carácter de pruebas principales del estado civil a las copias auténticas expedidas por los funcionarios de que trata la citada ley, que son los Notarios Públicos a partir de la vigencia del referido estatuto, pues conforme a las partidas que obran en autos los menores Ruth y Héctor nacieron respectivamente el 1º de febrero de 1942 y el 10 de diciembre de 1944" quedó violado de hecho el artículo 18 citado ,por infracción directa.

Acusa también la sentencia por haber violado, por el mismo concepto, los numerales 3º, 4º y 5º, del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, pues, según el recurrente, el sentenciador dió a la boleta de bautismo el carácter de escrito proveniente del pretendido padre, "lo que es una flagrante falsedad" pues las boletas no provienen directamente de los presuntos padres o de quienes hagan las gestiones previas para el bautismo, sino que proceden del respectivo Cura Párroco o del encargado de confeccionar tales boletas.

Afirma que el sentenciador violó el numeral 4º. porque no están demostradas las relaciones sexuales estables entre Pedro Pablo Rengifo y Ernestina Acosta, y, violó el numeral 5º. "no sólo por infracción directa sino por aplicación indebida e interpretacin errónea, ya que el Tribunal le dió plena prueba (sic) para acreditar la posesión notoria del estado de hijo natural a las declaraciones de Arcesio Burbano y de Tulio Núñez, lo cual está reñido con los artículos 7º de la Ley 45 de 1936, y 399 del Código Civil", porque se trata sólo de dos testigos hábiles, que para este caso no hacen plena prueba. Dice que también fue violado el artículo 398 del Código Civil, pero no expresa por qué concepto se violó tal artículo.

También acusa como violado, en forma indirecta el artículo 593 del Código Judicial por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, ya que en la demanda se pide "como petición principal" que se declare a los menores Acosta como hijos naturales de Pedro Pablo Rengifo y el Tribunal se refiere a que los demandantes ejercitan la acción para reclamar un mejor derecho sobre el inmueble enajenado por la demandada Margarita Quijano.

Finalmente acusa la sentencia por infracción directa de los artículos 402, numeral 2º, 403 y 590 del Código Civil, porque al declarar el estado de hijos naturales de Ruth y de Héctor Acosta, respecto de Pedro Pablo Rengifo "reconoció una filiación natural sin que se hubiera establecido cuál pudiera ser el legítimo contradictor" porque al señalar la demanda a Margarita Quijano como demandada en virtud de haber sido declarada como interesada en la sucesión de Rengifo, agrega la misma demanda, que Rengifo no contrajo matrimonio con mujer alguna, por lo cual el juicio caería por su base; y, porque no se demostró la plena propiedad del inmueble por parte de los representantes herederos de Pedro Pablo Rengifo.

Estos, son, en síntesis, los únicos cargos que formula el recurrente contra la sentencia del Tribunal de Cali, cargos que la Corte pasa a considerar.

El juzgador resolvió reconocer a los menores Ruth y Héctor Acosta como hijos naturales de Pedro Pablo Rengifo, teniendo en cuenta, principalmente, las boletas de bautizo de los mismos menores, que obran a los folios 8 y 9 del cuaderno principal, en las cuales aparece en el renglón que dice "firma del padre" el nombre de "Pedro Rengifo" y dice la sentencia de primer grado: "Estos escritos actuaron en el juicio sin que hubieran sido tachados ni redargüídos de falsedad. Con respecto a ellos, se surtió el reconocimiento tácito de la autenticidad de la firma del señor Pedro Rengifo. Figura en el ordinal 3º. del artículo 4º. de la citada Ley 45, entre los casos en que haya lugar de declarar judicialmente la paternidad natural, la existencia de carta 'U OTRO ESCRITO CUALQUIERA DEL PRETENDIDO PADRE QUE CONTENGA UNA CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD'" (mayúsculas y subrayado del Juzgado). El Legislador como puede advertirse en el texto de la disposición transcrita, no enumera taxativamente los escritos que contienen un reconocimiento voluntario del padre. Contrariamente cualquier escrito es prueba suficiente de la paternidad cuando en él se confiesa de modo inequívoco el vínculo paternal. Para el Juzgado, los escritos presentados por la parte actora, cuya autenticidad no fue impugnada, constituyen probanza bastante para estimar establecida la paternidad del señor Pedro Rengifo con respecto a los menores Héctor y Ruth María Acosta".

Este razonamiento del juzgador de primer grado, que fue aceptado por el Tribunal en la sentencia acusada, es correcto y tiene completo asidero en lo dispuesto por el numeral 3º. del artículo 4º. de la Ley 45 de 1936, que fue el que sirvió de fundamento legal al sentenciador para aceptar la petición de la demanda, que se basó, especialmente, en las boletas de bautismo que se presentaron con el libelo.

Carece de razón el recurrente cuando acusa como violado por la sentencia el artículo 2º. de la Ley 45 de 1936 porque esa disposición legal se refiere al caso del reconocimiento hecho por el padre natural, en el acta de nacimiento, firmándola quien reconoce; por escritura pública, por testamento, o por manifestación expresa hecha ante el Juez. A ninguno de estos casos se refiere la sentencia, pero sí al contemplado en el numeral 3º. del artículo 4º. de la citada Ley 45. La diferencia que existe entre las dos disposiciones de los textos legales citados es evidente, y acerca de ellos ha dicho la Corte: "El reconocimiento (de hijo natural) puede hacerse voluntaria y espontáneamente por el padre en escritura pública, o en testamento, en el acta de nacimiento o por manifestación expresa y directa hecha ante un Juez, esto es, en último caso, por confesión judicial. La paternidad y consiguiente filiación en cualquiera de estos casos de reconocimiento consta de pleno derecho, es prueba plena preconstituída del estado civil. En cambio, cuando la paternidad consta en carta u otro escrito privado del pretendido padre, se trata de una confesión extrajudicial que aunque en el fondo equivale al reconocimiento, por su naturaleza original tiene que ser calificada por el Juez en la sentencia con que finalice el juicio ordinario para deducir si dá o nó base de certidumbre para la declaración jurisdiccional de paternidad, ya en cuanto debe ser una confesión escrita emanada del pretenso padre y precisa e inequívoca, esto es, concebida en términos no susceptibles de inteligencia contradictoria.....Si fuera exigible, para la eficacia o conducencia de la confesión escrita de paternidad, como lo pretende el recurrente, la nota o diligencia de presentación personal por el padre ante el Juez, o se requiere que el escrito contentivo de la confesión, inequívoca de paternidad fuera legalmente registrado o reconocido por el confesante, dejaría de estarse en la situación del numeral 3º. del artículo 4º. citado, para estar frente a una confesión judicial desplazando de esta manera la cuestión de la paternidad natural de su declaración por el Juez, hacia el reconocimiento espontáneo y formal por el padre, que haría inútil la intervención judicial, cuando la ley ha descrito y reglamentado esas dos situaciones como inconfundibles desde el punto de vista de la prueba del estado civil". (G. J., número 2070, página 609).

Es cierto que el sentenciador reforzó su convicción teniendo en cuenta otra serie de circunstancias, tales como que Pedro Pablo Rengifo acudió al Notario para denunciar el nacimiento de Ruth y Héctor Acosta, si bien él no firmó esas actas; las declaraciones de testigos, más o menos valederas para establecer las relaciones sexuales estables entre Rengifo y la Acosta, madre de los menores, y la posesión notoria del estado de hijos naturales, pero tales circunstancias no fueron las determinantes para declarar la filiación natural de los demandantes; y auncuando el sentenciador hubiera incurrido en error al apreciar la validez

de las pruebas atinentes a las circunstancias accesorias, lo cierto es que el fundamento del reconocimiento de hijos naturales que hizo la sentencia se apoya, en la existencia de escrito que acusa inequívocamente que Pedro Rengifo firmó las boletas de bautismo, provenientes del despacho parroquial de San Nicolás de la Diócesis de Cali y que esas boletas y la firma de Pedro Rengifo no fueron objetadas en el juicio, lo cual las hace valederas, como prueba suficiente, como así lo estimó el juzgador de instancia.

La sentencia trae como fundamento de la declaración impetrada la existencia del escrito emanado del presunto padre y las relaciones sexuales estables. Respecto de este último aspecto de la cuestión, pudo haber incurrido el fallador en una equivocación que consiste en dar por demostradas esas relaciones con el dicho de dos testigos, declaraciones bien pobres para demostrar las tales relaciones sexuales estables; y sí por este aspecto tiene razón el recurrente al atacar la sentencia, no debe perderse de vista que el otro fundamento de la sentencia, o sea que existe el escrito a que se refiere el ordinal 3º. del artículo 4º. de la Ley 45 de 1936, es lo suficientemente sólido para aceptar lo resuelto en la sentencia.

En sentencia de casación, dijo la Corte:

"Cuando la sentencia acusada se basa en varios motivos jurídicos, independientes pero cada uno con fuerza suficiente para sustentar la decisión jurisdiccional, no es difícil descubrir que si la censura en casación es ineficaz para desvirtuar todos los soportes del fallo porque permanece en vigor alguno que le mantiene su firmeza en derecho, el recurso no es susceptible de prosperar aun en el supuesto de que fueran destruídos los motivos restantes de la sentencia acusada".

Quedan, en esta forma, desvirtuados los cargos formulados por el recurrente, en lo relativo a la violación de los artículos 2º de la Ley 45 de 1936, 18 de la Ley 92 de 1938, numerales 3º., 4º. y 5º., y del artículo 4º., de la Ley 45 citada.

En cuanto a la violación del artículo 593 del Código Judicial, en forma indirecta, como dice el recurrente, por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, se observa: No interesa que el Tribunal diga que la acción de filiación natural intentada no es propiamente una acción general para hacer reconocer un estado civil, sino para reclamar, tomando por base su calidad de hijos naturales, un mejor derecho de éstos al inmueble enajenado por Margarita Quijano, invistiéndose la última la calidad de cónyuge sobreviviente del difunto propietario, porque es lo cierto que la primera petición de la demanda tiende a obtener el reconocimiento judicial de los menores Acosta como hijos naturales de Pedro Pablo Rengifo, y esta primera petición y principal de la demanda, fue atendida por el fallador en las dos instancias del juicio, en forma favorable a los actores. Las palabras de la parte motiva de la sentencia del Tribunal, si pudieran prestarse a alguna confusión, quedan desvirtuadas por el contenido de la parte resolutiva del fallo, sin lugar a dudas.

Tampoco, por este aspecto, es viable la acusación de la sentencia.

La ausencia de legítimo contradictor que echa de menos el recurrente, para acusar como violados por la sentencia, en forma directa, los artículos 402, numeral 2, y 403 del Código Civil, tampoco es de recibo, en primer término porque el recurrente confunde el concepto de legítimo contradictor, pues pretende que Margarita Quijano demandada, como cónyuge supérstite de Pedro Pablo Rengifo, no tiene tal carácter, ya que en la demanda se afirma que Rengifo no contrajo matrimonio con mujer alguna; por lo tanto, dice el recurrente, no se ha establecido quien pudiera ser el legítimo contradictor.

Pero a este razonamiento se contesta: la acción se enderezó, entre otras personas, contra Margarita Quijano, porque aparece del expediente que ella se hizo reconocer judicialmente como cónyuge sobreviviente y como heredera de Pedro Pablo Rengifo cuya herencia aceptó con beneficio de inventario, y como tal se consideró dueña del bien sucesoral que procedió a vender a Ricaurte Rengifo.

Se evidencia, pues, el interés, real o aparente, de la Quijano en la sucesión de Rengifo, y por esa razón la demandada señaló a ella como una de las partes demandadas, precisamente para que si los menores obtenían la declaración judicial de hijos naturales que impetraban en la demanda, esa declaración les sirviera para oponerla a las pretensiones de Margarita Quijano. No se ve entonces cuál es la falta de legítimo contradictor, que alega el recurrente.

El cargo por violación del artículo 950 del Código Civil, por infracción directa, no prospera, porque la acusación, como lo dice claramente el recurrente, está subordinada a que no prosperara la demanda de filiación natural. Pero como la demanda prosperó en el aspecto principal, o sea que reconoció a los menores Acosta como hijos naturales de Pedro Pablo Rengifo, entonces es

claro que las declaraciones del sentenciador, en cuanto a la obligación de restituír el inmueble para la sucesión, son perfectamente lógicas, toda vez que se estableció el dominio anterior que Rengifo tuvo sobre el mentado inmueble y se acreditó también, que los demandados Ricaurte Rengifo y Reinel Dorado, son poseedores del bien raíz, a la época de la iniciación del juicio.

Las demás partes del fallo acusado no fueron atacadas en casación y por lo tanto son intocables en el recurso.

Lo dicho es suficiente para concluír que ninguno de los cargos prospera, y por tanto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pronunciada en el juicio ordinario de Ernestina Acosta contra Ricaurte Rengifo y otros y que tiene fecha tres de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco.

No aparecen costas.

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

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

ERRORES IN IUDICANDO E IN PROCEDENDO. —LOS TRIBUNALES TIENEN COMPETENCIA PARA INFIRMAR UN AUTO DE IMPROBACION DE UN TRABAJO DE PARTICION MEDIANTE SENTENCIA SIN USURPAR JURISDICCION. — CAUSAL SEXTA. — LA CAUSAL PRIMERA DE CASACION NO ES VIABLE CUANDO SE TRATA DE MERAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO PARTICIONAL. — DEBERES DE LOS PARTIDORES AL REHACER SUS TRABAJOS DE PARTICION

1.—La causal sexta de casación se refiere concretamente a que la sentencia haya incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial. Y este texto legal se refiere únicamente a las siguientes nulidades: la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

2.—El artículo 1.394 del Código Civil no organiza derechos de las partes, sino que simplemente se limita a dar ciertas instrucciones o consejos a los partidores que deben acatar en lo posible. La causal primera de casación se organiza únicamente para infracciones de leyes sustantivas y éstas no son otras sino las que señalan derecho o situaciones jurídicas de los particulares, indican sus límites, su contenido o extensión. Tal causal no es viable cuando se trata de meras reglas de procedimiento particional.

3.— Los partidores deben ceñirse en su trabajo de partición, cuando han sido objetados, a rehacerlos teniendo en cuenta las objeciones que han prosperado y no pueden separarse ya de tal criterio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I— ANTECEDENTE

Por medio de la escritura pública 329 del 2 de marzo de 1950 de la Notaría de Fusagasugá, se protocolizó el juicio de sucesión de la señora Carmen Reyes, junto con la partición verificada en él y la correspondiente providencia aprobatoria, juicio que cursó en el Juzgado Civil del Circuito de Fusagasugá.

La partición verificada en tal juicio se refirió a una casa y solar, situada en Fusagasugá, dentro de la misma manzana en que se encuentra la Iglesia y casa cural de aquella ciudad. A tal casa se dio un valor total de $ 5.000.00 y se adjudicó proinvisamente, así:

María del Carmen Aljure un derecho por .....$	475.00
Lilia Aljure un derecho por.....	475.00
Alfonso Aljure un derecho por.....	475.00
Miguel Aljure un derecho por.....	475.00
Cecilia Cour Aljure un derecho por.....	475.00
Ernestina Cadena	950.00
María Cadena	475.00
María Elena o María Luisa Cadena.....	475.00
María de los Angeles Cadena.....	475.00
Faltante para completar la unidad.....	250.00

II—JUICIO DIVISORIO

Las señoritas Lilia y Cecilia Aljure Reyes, María del Carmen Aljure Reyes de Wissinger y los señores Miguel y Alfonso Aljure Reyes ante el Juez del Circuito de Fusagasugá demandaron a las señoritas Ernestina, María, María Elena o María Luisa y María de los Angeles Cadena, para que decretase lo siguiente:

1º.—La división material en dos porciones para adjudicar a cada una de las partes lo que le corresponda, del inmueble partido proindivisamente y de que se acaba de hacer memoria.

2º.—La formación de hijuela de gastos para adjudicarla a quien compruebe haberlos hecho.

Se alegaron como hechos la adjudicación en común y proindiviso que contiene la citada escritura 329 del 2 de marzo de 1950. Además, la circunstancia de que las demandantes han venido ocupando parte del costado Norte del inmue-

ble en condiciones desventajosas, ya que en algunas porciones tan sólo disfrutan del aire o piso alto, a la vez que las demandadas vienen usufructuando el costado Sur y Oriental, con acceso a la mayor parte de los pisos bajos con las ventajas consiguientes.

Posteriormente se aclaró y corrigió la demanda anterior en el sentido de que el Juez decretara, fuera de lo ya pedido lo siguiente:

Que la adjudicación se haga a cada grupo de litigantes o a cada parte en este juicio, sobre el costado del inmueble que han venido teniendo en posesión respectivamente, una vez completadas estas porciones, o dividido el inmueble de acuerdo con las reglas sobre la materia.

Que para completar la unidad de $ 5.000.00 dados como precio del inmueble en los inventarios de la sucesión de la señora Carmen Reyes, los $ 250.00 que quedan sin adjudicar se dividan por diez, o sea el número de cuotas comuneras, a efecto de adjudicar a cada parte en el juicio, cinco de ellas, o sea la mitad.

Admitida la demanda, decretada la partición y el avalúo del inmueble, el cual dio los siguientes resultados:

Propiedad común vieja ocupada por los Aljures .....$	41.000.00
Propiedad común vieja ocupada por los Cadena	47.825.00
Suma el total de los bienes comunes viejos	88.825.00
Mejoras y valorización de los Aljures	9.000.00
Mejoras y valorización de los Cadena	21.650.00
Suma de toda la propiedad vieja con mejoras y valorizaciones.....$	119.475.00

III—PRIMERA CUENTA DE PARTICION

El partidor nombrado presentó el 15 de septiembre de 1954 la siguiente partición.

a) Hijuela de las señoritas Aljure.

A las señoritas Lilia y Cecilia Aljure Reyes, a la señora María del Carmen Aljure Reyes y a los señores Alfonso y Miguel Aljure Reyes, les correspondió un valor total de $ 42.912.50, y para pagárselo se les adjudicó en plena propiedad los siguientes bienes:

a) Un local en una sola planta ubicado dentro del área urbana de Fusagasugá, con frente sobre la plaza principal, marcado en sus puertas de entrada con los números 6-50 y 6-52, de la carrera 6ª y por los linderos allí enumerados. Este local fue avaluado por los peritos en la suma de $ 11.000.0 y por ese mismo valor se adjudicó.

b) Un local dentro de la misma área urbana de Fusagasugá de una sola planta marcado con los números 6-56 y 6-60 de la carrera 6ª, por los linderos indicados allí. Local avaluado en $ 15.000.00 y adjudicado por el mismo valor.

c) Una casa de construcción antigua ubicada dentro del área urbana de Fusagasugá y que se compone de un corredor en parte del cual los adjudicatarios establecieron mejoras y la parte alta sobre dicho corredor, sobre los locales que se dejan indicadas en los apartes a) y b) de esta hijuela. Avaluada en $ 13.000.00 se adjudicó por la misma cantidad.

d) Un lote de terreno y los patios de la casa que se adjudicó en el aparte c), avaluado en la suma de $ 3.912.50, y adjudicado por la suma indicada.

Suma el valor total de los bienes de esta hijuela $ 42.912.50.

b) Hijuela de las señoritas Ernestina, María, María de los Angeles y María Elena o María Luisa Cadena.

A estas personas les fue adjudicado un valor total de $ 45.912.50 y para pagarles semejante valor se les adjudicó en propiedad los siguientes bienes:

a) La parte de la edificación que las adjudicatarias ocupan, avaluadas en $ 13.000.0 y adjudicada por el mismo valor.

b) Un lote de terreno también ocupado por las adjudicatarias con sus mejoras o adjudicaciones nuevas, el cual fue avaluado en $ 8.600.00 y adjudicado por la misma cantidad.

c) Un lote de terreno ubicado en el área urbana de Fusagasugá, junto con las mejoras existentes dentro de él, avaluado en $ 15.225.00 y adjudicado por el mismo valor.

d) Un solar ubicado en el mismo municipio, avaluado en $ 9.087.50, y adjudicado por el mismo valor.

Suma el valor de los bienes de esta hijuela, $ 45.912.50.

IV—OBJECIONES AL ANTERIOR TRABAJO DE PARTICION

La familia Aljure Reyes formuló varias objeciones al trabajo de partición, que se sintetizan así:

1ª.— No es admisible el trabajo de partición por extemporáneo;

2ª.—La partición deja a las personas que constituyen cada parte, dentro de una nueva comunidad;

3ª.—No se establecieron las servidumbres que deben formarse;

4ª.—La capitalización de las llamadas obras de valorización y el subsiguiente pago de las mismas, vulnera la equidad cuando quiera que dichas obras quedan comprendidas dentro de la suma que se adjudique a quien las realizó, pues tales obras sólo benefician a la parte que acceda.

El Juez Civil del Circuito de Fusagasugá mediante providencia de 19 de octubre de 1954;

1º—Declaró no probadas las tres primeras objeciones.

2º.—Declaró probada la objeción cuarta, y ordenó que el trabajo de partición se rehiciera.

En cuanto a la mencionada objeción dijo el Juzgado en la providencia de que se habla, que el criterio seguido por el partidor en cuanto a las mejoras, las cuales en sana lógica no fueron capitalizadas por cuanto quedaron dentro de las porciones que a cada familia se asignó, señala la pauta a seguir con respecto a las obras llamadas de valorización; de consiguiente, éstas no deben ser capitalizadas, pues representan indiscutiblemente mejoras del inmueble, si vienen a quedar anexas al globo adjudicable a la parte que las realizó, y en caso contrario deberá reembolsarse su valor a quien las hizo.

Apelada la providencia del Juez por la familia Aljure Reyes, correspondió conocer del recurso al Tribunal Superior de Bogotá.

El Tribunal previo un auto para mejor proveer del 24 de enero de 1955, y después de que los peritos complementaron su dictamen en la forma en que se exigió por aquel auto, desató el recurso por providencia del 20 de mayo de 1955.

Declaró probadas las objeciones segunda y tercera, y ordenó que el partidor rehiciera su trabajo teniendo en cuenta las reformas hechas a la providencia objeto del recurso.

La objeción segunda, se refiere a que determinadas obras de alcantarillado y pavimentación valorizaron los dos tramos del bien común, y estos mismos tramos se han adjudicado precisamente a cada una de las partes comuneras que las hicieron; no deben capitalizarse para acrecer con sus respectivos valores la cuota de cada comunero, porque equivaldría a pagarlas dos veces. Tales gastos que fueron avaluados en $ 7.000.00, los consideró el partidor como pasivo común y en tal carácter los dedujo previamente de la masa partible, con lo cual obtuvo un acervo líquido que repartió por iguales partes entre los dos grupos de comuneros. Abonó también a cada uno, la cantidad que respectivamente había sufragado para la realización de las obras. Sobre este proceder del partidor dijo la sentencia del Tribunal:

"Este proceder del partidor no habría merecido reparo alguno, si como consecuencia de tales operaciones se hubiera adjudicado a cada grupo una porción del bien común equivalente a lo que antes poseía. Empero, como tal no era ni fue posible, se produjo como resultado que una de las puertas adjudicadas lo fue parcialmente al comunero que lo había poseído antes y que por ende, no había tenido que pagar en proporción el valor de las referidas obras, es decir, que por este aspecto se produce un enriquecimiento injusto".

Agrega el Tribunal que no deben considerarse como un paso común las obras de valorización verificadas por los comuneros: los señores Cadena, deberán reembolsar a los señores Aljure, la parte proporcional, respecto al frente sobre la calle 7ª, de las que éstos realizaron en dicho predio, en cuanto actualmente y por virtud de la partición correspondan a la porción de la misma que aquello que se les haya adjudicado sobre la parte del inmueble que poseían.

El Tribunal agrega en relación con la objeción segunda sobre mejoras, que "de acuerdo con los avalúos periciales, el señor partidor deberá efectuar el aludido reembolso mediante la adjudicación en terreno que corresponda a su valor".

Y en cuanto a la objeción tercera que también se declaró probada, dijo el Tribunal que el partidor se había abstenido de disponer el régimen de las servidumbres activas y pasivas a que esa distribución entre los partícipes pueda dar lugar. Añade que "según los diversos planos del predio común que obran en el expediente, aparece por ejemplo, que a través del predio número dos, adjudicados a los señores Cadena, pasa un acueducto destinado a la finca de los señores Aljure. De esta suerte, el partidor no cumplió lo dispuesto por el ordinal 5º del artículo 1.394 del Código Civil y la respectiva objeción formulada a su trabajo, debe prosperar también".

Se solicitó al Tribunal que repusiera su providencia, pero éste por auto del 7 de junio de 1955, no la repuso.

V—LA NUEVA CUENTA DE PARTICION

El partidor presentó el 22 de septiembre de 1955, una nueva cuenta de partición. El Juez del

Circuito de Fusagasugá por auto de 6 de noviembre de 1955, lo improbó. Pero, el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia del 8 de marzo de 1956, revocó la providencia del Juez y en su lugar aprobó el trabajo de partición y adjudicación.

Contra la citada sentencia del Tribunal Superior de Bogotá del 8 de marzo de 1956, la señorita Cecilia Aljure interpuso recurso de casación.

VI—DEMANDA DE CASACION

En dos captíulos se divide esta demanda. El primer capítulo se refiere a errores **in iudicando** y el segundo, a errores **in procedendo.**

a)—Errores in procedendo.

Por la causal 6ª de casación se hacen tres cargos. El primero se refiere a la incompetencia de jurisdicción del Tribunal Superior de Bogotá para proferir la sentencia recurrida del 8 de marzo de 1956. Se sustenta diciendo que el Tribunal Superior de Bogotá profirió su fallo pretermitiendo la primera instancia, con lo cual usurpó jurisdicción.

Por el segundo cargo, afirma el recurrente, que el Tribunal violó el artículo 26 de la Constitución Nacional, por no haberse aplicado en la segunda instancia, pues se profirió la sentencia sin observar la plenitud de las formas proipas que este juicio requería. Se funda en que por un error de la secretaría del Tribunal se certificó que el actual apoderado del recurrente no podía ser inscrito como abogado, siendo así que demostró estar inscrito desde mucho antes como consta en el certificado visible al folio 75 del cuaderno 4º.

Al respecto dice el recurrente, que el Tribunal estaba en el deber de saber que esto constituía una causal de nulidad en la instancia al tenor del artículo 448, numeral 2º del Código Judicial, por ilegitimidad de la personería adjetiva.

Finalmente, el tercer cargo, por errores **in procedendo,** se refiere a la violación indirecta de los artículos 45 y 40 de la Constitución Nacional y del artículo 471 del Código Judicial.

Sobre el particular dice el recurrente, que el Tribunal Superior de Bogotá en la motivación de la sentencia que hoy se recurre en casación, manifestó expresamente "que yo no podía ser oído en esa corporación por no ser abogado titulado e inscrito". Este cargo es repetición del anterior.

En relación con los errores **in procedendo** que el recurrente pone de presente, la Corte considera:

1º.—En el presente negocio el partidor sometió al Juez de Fusagasugá el nuevo trabajo de partición y fue improbado; apelada tal decisión, el Tribunal la revocó y en su lugar aprobó el trabajo.

Es cierto que la decisión judicial que imprueba un trabajo de partición tiene la calidad de auto interlocutorio; en cambio, la que aprueba semejantes trabajos tiene la calidad de sentencia. (C. J. Art. 964).

Los tribunales tienen competencia para infirmar un auto de improbación de un trabajo de partición mediante sentencia sin usurpar jurisdicción.

En este punto, pues, la sentencia del Tribunal no cometió ningún error **in procedendo.**

2º.—En cuanto al 2º cargo por la causal 6ª se considera:

Ciertamente el Tribunal en la parte motiva de su sentencia dijo que el nuevo apoderado de doña Cecilia Aljure no estaba inscrito como abogado titulado; pero también dijo a renglón seguido, que se entendía que el interés de la parte que representa estribaba indudablemente en que se revocara la providencia apelada; y estudió su recurso.

Posteriormente, la Secretaría de la Sala Civil del Tribunal Superior certificó que tal apoderado se encontraba inscrito desde el 19 de julio de 1955. Esto motivó la presentación de un memorial del apoderado mencionado que forma los folios 76, 77, 78 y 79 del cuaderno número 4º, en que solicitó que se decretara la nulidad del fallo recurrido del 8 de marzo. A tal solicitud respondió el Tribunal por auto del 16 de abril de 1956, adadvirtiendo que "el involuntario error en que incurrió la Secretaría al informar que el doctor Alfonso Cruz no estaba inscrito, en manera alguna influyó sobre el resultado final del recurso"; que "la señorita Cecilia Aljure Reyes, poderdante del doctor Cruz, ha sido oída a todo lo largo de este juicio ... Sin su intervención a través de sus apoderados judiciales el juicio no habría podido adelantarse y decidirse como lo ha sido".

Se desprende de lo dicho y en forma especial de lo afirmado por el apoderado del recurrente, que sí estuvo representada la mencionada señorita por el apoderado. El Tribunal se equivocó al decir que el doctor Cruz no era su apoderado, pero el mismo doctor Cruz le demostró al Tribunal que sí tenía las calidades legales para ser su apoderado y lo tuvo como tal. De manera que no

pueden prosperar por ese motivo los dos últimos cargos.

Y en cuanto a la advertencia que hace el apoderado del recurrente ante la Corte de que si el Tribunal hubiera leído su extenso y documentado alegato, no habría incurrido en los errores en que incurrió, es posible que tenga razón, lo cual se verá al estudiar los cargos **in iudicando.** En todo caso, la Corte, como es su obligación, estudia en este fallo, renglón a renglón, toda su demanda de casación.

3º.—Finalmente, en cuanto al último cargo que se formula por la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial consistente en la violación de los artículos 45 y 40 de la Constitución Nacional y del artículo 471 del Código Judicial, debe tenerse en cuenta que la mencionada causal sexta se refiere concretamente a que la sentencia haya incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial. Y este texto legal se refiere únicamente a las siguientes nulidades: la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio.

Se observa que el recurrente no alega ninguna de estas nulidades y por otra parte, no se observa que la sentencia del Tribunal haya incurrido en ellas.

Por lo dicho no prosperan ninguno de los errores **in procedendo** que forman los cargos 4º, 5º y 6º de la demanda de casación.

b)—**Primer error in iudicando.**

En la letra b) del segundo cargo, dice el recurrente que el Tribunal violó por errónea interpretación, el numeral 5º del artículo 1.394 del Código Civil, por cuanto el partidor al establecer una servidumbre de acueducto, dijo que quedaba establecida "si fuere necesaria". La misma afirmación hizo en relación con una servidumbre de desagüe.

A lo cual, dice el recurrente, que este modo de establecer servidumbres, es ambiguo, lo que va contra la letra del citado ordinal 5º del artículo 1.394 del C. C.

El artículo 1.394 del Código Civil no organiza derechos de las partes, sino que simplemente se limita a dar ciertas instrucciones o consejos a los partidores que deben acatar en lo posible. La causal primera de casación se organiza únicamente para infracciones de leyes sustantivas y éstas no son otras sino las que señalan derechos o situaciones jurídicas de los particulares, indican sus límites, su contenido o extensión. Tal causal no es viable cuando se trata de meras reglas de procedimiento particional.

Por el motivo anotado no prospera el cargo.

c)—**Los demás cargos por errores in iudicando.**

En cuanto al cargo primero, el cargo segundo y el marcado con la letra a) del cargo 3º, se estudian conjuntamente por constituír unidad.

Sobre el particular dice el apoderado del recurrente que la sentencia del Tribunal infringió en primer término, el artículo 2.338 en su numeral 1º y el artículo 1.392.

Violó el primer artículo, por no haberlo aplicado, pues no se hizo una discriminación de valores de un terreno, siendo así que unas varas cuadradas por dar sobre una calle urbana, tienen un mayor valor a varas cuadradas que forman el interior de una casa, como son los patios.

En la primera cuenta de partición el partidor tomó una zona de terreno que forma parte del inmueble que es objeto de división material y que fue definido por los peritos como "todo el terreno ocupado por la familia Aljure, como son patios y solar contra la calle séptima"; y fue avaluado por los mismos peritos por la suma de $ 13.000.00.

Agrega el recurrente que el partidor advirtió en su primer trabajo, que al verificar la mensura de esta porción resultó tener una cabida de 983 varas cuadradas, dando un valor de $ 13.22 cada vara. "Pero como esa porción del inmueble fue necesario dividirla para hacer compensaciones, el suscrito estimó que dentro de ese lote había terrenos de dos precios: uno valioso por la circunstancia de tener frente sobre la calle séptima y el otro de un valor muy inferior, por quedar en lo que propiamente debe llamarse patios de la porción, ocupada por la familia Aljure".

"A la parte primeramente citada le ha considerado un valor de $ 18.00 moneda corriente por vara cuadrada, y la segunda, un valor de $ 4.194 milésimos de peso, por vara cuadrada".

Esta sub-clasificación que hizo el partidor, y el respectivo avalúo, no se objetó, ni por el demandante ni por el demandado.

El partidor en su segundo trabajo varió de criterio, pues ya no calculó el valor de cada parte de terreno por su situación o utilidad, como lo había verificado en el primer proyecto. Dividió

todo el terreno o bloque que había sido avaluado por $ 13.000.00, por el número de varas, lo cual dió para cada una 13.2248.

El partidor en este segundo trabajo no hizo clasificación de las varas cuadradas según su mayor o menor utilidad, según su mayor o menor comerciabilidad.

Como consecuencia del cambio de criterio que realizó el partidor (cargo 3º), se variaron las sumas líquidas a cada familia.

A) **Sumas líquidas de una y otra familia, según la primera partición:**

A la familia Aljure .....$ 42.912.50
A la familia Cadena 45.912.50

B) **Según la segunda partición:**

Para la familia Aljure .....$ 45.818.60
Para la familia Cadena..... 43.006.40

* * *

VII—EXAMEN DE ESTE CARGO

Para la resolución de este cargo la Corte tiene en cuenta: dentro de esa gran propiedad existe un solar poseído por la familia Aljure, una de cuyas partes limita con la calle pública, en extensión de veintitrés metros con cincuenta centímetros (23.50 m); y otra gran parte es interior y sirve de patio y solar.

Esta porción de terreno fue definida por los peritos "como todo el terreno ocupado por la familia Aljure" y fue avaluado en bloque en la suma de $ 13.000.00.

El partidor al hacer la mensura de esa porción de tierra encontró que tenía 983 varas cuadradas y dice sobre el particular: como esta porción del inmueble es necesario dividirla, así se hace, pero es necesario distinguir dos clases de tierras: unas más valiosas por tener frente sobre la calle séptima, y otra menos valiosa por formar los patios de la porción ocupada por la familia Aljure. Las varas de la primera porción se estiman a $ 18.00 y las de la segunda porción a $ 14.194.

Se observa que la primera partición no fue objetada por esta clasificación que hizo el partidor. Es más: ella se ajustó a las exigencias de la regla 1ª del artículo 2.338 que dice: "El valor de cada suerte de terreno se calculará por su utilidad y no por su extensión".

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que ordenó rehacer el trabajo, lo fue para que el partidor estableciera las servidumbres necesarias y a que se hiciesen algunas compensaciones.

Pero en ninguna parte la sentencia ordenó al partidor cambiar el criterio que había tenido al clasificar y distribuír el terreno poseído por los Aljure y que fue avaluado en la suma de $ 13.000. Y no podía ordenarlo por cuanto no fue objetado por ninguna de las partes.

Al no ser objetada esta distribución de la suma de $ 13.000.00 para dar a unas varas un valor superior según su mayor utilidad y aprovechamiento, y a otras varas un valor inferior, según su menor aprovechamiento, tal clasificación se convirtió en ley para las partes y creó una situación jurídica procesal inmodificable.

Justamente el artículo 1.392 advierte que el valor de la tasación por peritos será la base sobre que procederá el partidor para la adjudicación de las especies; salvo que los consignatarios hayan unánime y legítimamente convenido en otra.

Los peritos avaluaron el terreno en la suma de $ 13.000.00; el partidor sin separarse de este avalúo total y al tener que partir tal terreno, lo dividió en dos porciones y a cada una le dio un valor en forma que entre ambas completasen el valor total de $ 13.000.00. Como tal división del valor total de $ 13.000.00 en la forma expresada no fue objetada por ninguna de las dos partes, implica que fue aceptada.

Ostensiblemente cuando el partidor en su segundo trabajo de partición se separó de tal criterio, violó el artículo 1.392, por falta de aplicación, en razón de apartarse del avalúo del solar de que se habló, avalúo que creó una situación inmodificable del proceso.

VIII—SENTENCIA DE INSTANCIA

Tuvo razón el Juzgado del Circuito cuando por auto del 16 de noviembre de 1955, al referirse al nuevo trabajo de partición se expresó en los siguientes términos:

"Examinado el nuevo proyecto de partición advierte el Juzgado que el señor partidor varió el criterio que primó en la elaboración del proyecto inicial, y asumiendo uno distinto, procedió a cumplir a su manera, lo ordenado por el H. Tribunal en forma que no consulta el querer de las partes, quienes en su oportunidad no se opusieron a la discriminación de valores en las dos fracciones del solar cuestionado...".

"De lo discutido se infiere que el señor partidor lejos de limitarse en este aspecto a lo ordenado por el Juzgado y por el H. Tribunal, fue más allá al asumir un criterio diferente al usado en el trabajo inicial, y con esto produjo en la distribu-

ción de los bienes situaciones no contempladas por las partes".

Por este motivo correctamente el Juzgado rechazó el nuevo trabajo de partición, pero como ya se dijo, el Tribunal por la sentencia recurrida lo aprobó. Al aprobarlo, se hizo partícipe de la violación del artículo 1.392 del Código Civil, que cometió el partidor en la segunda cuenta de partición.

IX—FALLO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y seis, y en su lugar,

RESUELVE:

Se ordena al partidor rehacer el trabajo de partición de acuerdo con el criterio que expresa la parte motiva de este fallo.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo Valencia Zea.—Hernando Morales, Conjuez.—**Jorge Soto Soto**, Secretario.

TECNICA DEL RECURSO DE CASACION. — PARA ENTENDER COMO DE SIMULACION UNA DEMANDA NO ES INDISPENSABLE EL EMPLEO DE ESA PALABRA A MANERA DE TERMINO SACRAMENTTAL, PERO ESA CIRCUNSTANCIA NO QUIERE DECIR QUE AL PEDIR LA DECLARACION DE NULIDAD DE UN CONTRATO HAYA DE ESTIMARSE SIEMPRE QUE LA ACCION DE NULIDAD SIGNIFIQUE O IMPLIQUE LA DE SIMULACION, PORQUE SE TRATA DE DOS ACCIONES DIFERENTES. — REQUISITOS PARA QUE SURJA A CARGO DE UNA PERSONA LA OBLIGACION DE PRESTAR ALIMENTOS.—MEDIOS NUEVOS. — SE REAFIRMA LA DOCTRINA SOSTENIDA EN MUCHAS OCASIONES EN EL SENTIDO DE QUE NO ES NECESARIO QUE EL PODER PARA VENDER BIENES RAICES DEBA APARECER EN ESCRITURA PUBLICA

1.— Dentro de la técnica del recurso de casación, si se trata de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas, la infracción de la ley lo será de modo indirecto. No se puede acusar por infracción directa de la ley a causa de errores de hecho.

2.—La Corte ha sostenido que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, pero que esa circunstancia no quiere decir que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación; porque se trata de dos acciones completamente diferentes y porque la simulación como "fenómeno jurídico nunca ha sido negado, aunque involucrándola a veces en el concepto de nulidad y otras en el de ficción de inexistencia, con la desventaja, en el primer caso, de que para no hacerla producir efectos contra terceros, la doctrina se veía obligada, mediante una interpretación sin solidez a quebrar el artículo 1.748 del Código Civil; y con la ventaja, en el segundo caso, de salvar la situación con el artículo 1.766 y responder al control de un hecho innegable, de tremenda extensión en la vida real: la corruptela de los usuales contratos fingidos, ficticios, en fraude de terceros particulares, como los acreedores, o en fraude de la ley fiscal" (Casación, 1º de abril de 1954, G. J., número 2.140, página 354).

3.—Para que surja a cargo de una persona la obligación de prestar alimentos a otra es indispensable la tramitación de un juicio por el procedimiento señalado en los artículos 831 y siguientes del Código Judicial. Así se desprende indudablemente de lo establecido en los artículos 411 y siguientes del Código Civil.

4.—Las cuestiones que no fueron planteadas ni en la demanda ni en las instancias del juicio son medios nuevos que no pueden alegarse en casación "con fundamento en el derecho de defensa de los litigantes, quienes, si fueran admisibles los medios no alegados en el juicio, podrían ser sorprendidos con armas no esgrimidas en él; y en la naturaleza de la casación, en la cual el fallo se enjuicia en relación con los materiales y los planteamientos que al juzgador le fueron presentados y no con otros que le fueron desconocidos" (Casación de 30 de mayo de 1956, G. J., número 2.167).

5. — El artículo 756 del Código Civil se refiere a la manera como debe efectuarse la tradición del dominio de los bienes raíces, y el 1.760 determina que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad.

La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esa forma, por el contrario el artículo 2.149 del Código Civil, preceptúa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada,

por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra'.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila).

El señor Benjamín Correa Vélez y la señora Teresa Correa Vélez de Montoya, por medio de apoderado, demandaron a Argemira Correa Vélez, "y para la sucesión de María Jesús Vélez v. de Correa", con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a)—Que es nulo, de nulidad absoluta el contrato de venta consignado en la escritura número dos mil ochocientos setenta y seis (2.876) de once (11) de julio de mil novecientos cincuenta y dos (1952), pasada en la Notaría Tercera de este Circuito, por el cual, la señorita Clementina Montoya Angel, como apoderada de la señora María Jesús Vélez viuda de Correa, vende a la señorita citada Argemira Correa Vélez la finca territorial con casa de habitación y demás mejoras y anexidades, de que habla la parte motiva de esta demanda.

"b)—Que consecuencialmente la referida finca pertenece a la sucesión de la finada señora María Jesús Vélez viuda de Correa.

"c)—Que la demandada está en la obligación de devolver a la precitada sucesión la expresada finca con las mejoras percibidas y que perciba, desde la fecha de la escritura dicha hasta que haga la entrega, por ser poseedora de mala fé.

"d)—Que la misma demandada debe pagar las costas del juicio".

Como fundamento de la demanda relacionó los siguientes hechos:

Los demandantes son hijos legítimos de Luis Correa y María Jesús de Correa, como lo son también María Jesús, María de las Mercedes, María Susana, Teodoro, Heliodoro, María Rosalía y María Argemira, de acuerdo con las partidas que se acompañaron; el padre y la madre de los demandantes fallecieron, como se demuestra también con las respectivas partidas; la señora Vélez vda. de Correa adquirió la finca denominada "La Corrala", situada en el Municipio de Caldas, por adjudicación que se le hizo en la sucesión de su esposo señor Luis Correa, protocolizada por escritura pública número 1.572 de 22 de abril de 1949 en la Notaría Tercera de Medellín, finca determinada por los linderos que constan en el hecho 3º. de la demanda; por medio de la escritura número 2.876 de 11 de julio de 1952 Notaría Tercera de Medellín, Clementina Montoya Angel, en nombre de María Jesús Vélez viuda de Correa, vendió a Argemira Correa Vélez la finca a que se hizo mención, por la suma de nueve mil pesos; aunque en la citada escritura se expresa que Clementina Montoya Angel recibió de contado el valor del inmueble, en realidad ese precio no se pagó; que es absolutamente nulo el contrato a que se refiere la escritura número 2.876 de 11 de julio de 1952 por la circunstancia de no haberse pagado el precio; que la demandada es poseedora de mala fé y está obligada a devolver el predio y los frutos hasta cuando haga la entrega y que el contrato de venta "es nulo, de nulidad absoluta, pues hubo en él objeto ilícito, artículo 1.741".

El apoderado de la demandada, al contestar la demanda manifestó expresamente que "para que una sentencia pueda acoger las peticiones que se hacen en la demanda, es necesario que los hechos una vez plenamente probados ,arrojen como consecuencia dichas peticiones, es decir, que éstas sean un efecto de la confrontación de los hechos de la demanda, una vez plenamente probados, al ser puestos bajo las normas legales que les conciernen, no arrojan como consecuencia las peticiones que se hacen en la demanda sino otras distintas que no se han solicitado, entonces aquellas peticiones pedidas hay que rechazarlas por completo. Esto quiere decir que el litigio nació muerto desde la demanda y que es inútil todo esfuerzo por parte del actor en el sentido de probar los hechos que aduce, ya que de ellos nunca se sacarán, como efecto o consecuencias las peticiones que se formulan y que la sentencia debe rechazar forzosamente" y luégo agrega: "Si una de las obligaciones del vendedor, por ejemplo, la entrega material al comprador del inmueble vendido, o si una de las obligaciones del comprador, por ejemplo, el pago en todo o en parte del precio, dejó de cumplirse, ello en nada afecta la validez de la compra-venta, y por lo mismo, por ningún concepto el no pago del precio hace que el contrato sea nulo en ninguna forma. Si se comprueba la falta de ese pago, lo único que tiene que hacer el vendedor o sus herederos, es pedir que se pague el precio o que se declare resuelto ese contrato, pero desde luego para cualquiera de estas dos cosas hay que partir de la base de que la compra-venta es válida en

todas sus partes, ya que de un contrato absolutamente nulo no nacen ni pueden nacer esa clase de obligaciones".

El Juez del conocimiento, Segundo Civil del Circuito de Medelín, decidió la controversia en fallo de fecha 15 de mayo de 1956 en el cual absolvió a la demandada de los cargos formulados en la demanda. De la mencionada sentencia apeló la parte demandante y el Tribunal Superior de Medellín en fallo que lleva fecha 27 de agosto de 1956 la confirmó en todas sus partes. Interpuso recurso de casación la parte demandante, y agotada la tramitación legal correspondiente, la Corte entra a resolverlo.

* * *

PRIMER CARGO:

El recurrente ataca la sentencia por infracción directa de los artículos 1.501, 1.502, 1.510, 1.517, 1.740 y 1.741 del Código Civil y 609 del Código Judicial, proveniente de errores de hecho y de derecho que aparecen de modo manifiesto en las consideraciones del fallo. El contrato de compraventa, afirma, debe reunir dos clases de requisitos para su validez: internos o de fondo y externos o de forma. Los de fondo, comunes a todo negocio jurídico, son la capacidad, el consentimiento, objeto y causa lícitos, y en el contrato de compraventa la obligación de entregar la cosa vendida y pagar el precio "la falta de uno cualquiera de estos requisitos de fondo induce a nulidad absoluta del acto jurídico en los términos del artículo 1.741 del Código Civil, desde luego que para el efecto de la nulidad absoluta la ley no distingue entre requisitos de fondo y requisitos de forma del acto atacado".

Agrega que en la etapa probatoria se acreditó que el precio no había sido pagado de contado sino por medio de servicios y atenciones prestados a la vendedora con posterioridad a la compraventa, atendiendo a su subsistencia y vestido, suministrándole auxilios médicos cuando ello fue necesario y atendiéndola solícitamente hasta su muerte. Sobre el particular dice el Tribunal:

"Por el contrario aparece en los autos la demostración de que la compradora demandada en el juicio, le pagó a la vendedora el precio del inmueble, nó al contado en el mismo momento de otorgarse la correspondiente escritura, sino sucesivamente, a medida que sus necesidades lo iban exigiendo, y que fue así como atendió a su subsistencia proporcionándole alimentos y vestidos; acudió en su auxilio con médico y drogas durante sus enfermedades; y sobre todo, durante su última novedad que se prolongó por espacio de treinta meses hasta su fallecimiento estuvo atendiéndola en forma solícita. También después de la muerte de la vendedora atendió a los gastos que demandaron su sepelio".

"Estos hechos aparecen acreditados con algunos recibos de erogaciones hechas, debidamente reconocidos por sus signatarios otorgantes, y con las atestaciones de varios declarantes que por relaciones de amistad o por vivir cerca del lugar en donde habitan las partes, se dieron cuenta de los cuidados y atenciones prodigadas por la demandada a la señora María Jesús Vélez viuda de Correa".

Las anteriores consideraciones del Tribunal constituyen, según el recurrente, errores de derecho y de hecho que lo llevaron a quebrantar las disposiciones sustantivas citadas anteriormente. Tales errores pueden resumirse así: De derecho por haber apreciado indebidamente la prueba testimonial para acreditar hechos relativos "a una obligación mayor de quinientos pesos" con lo cual se violó el artículo 91 de la Ley 153 de 1.887; de derecho en cuanto se confundió la obligación de prestar alimentos que la ley impone a los hijos legítimos con la que tiene el comprador de pagar el precio de la cosa vendida; de hecho, que aparece de modo manifiesto, por no haber apreciado la prueba del estado civil que acredita a la demandada como hija legítima de la vendedora señora Vélez viuda de Correa, y de hecho por no haber apreciado la adición o agregación que la demandada hizo en sus posiciones de haber pagado el precio en virtud de diversas erogaciones posteriores al contrato.

Reconoce el demandante que intentar la acción de nulidad absoluta en lugar de la de simulación absoluta, que tienen fundamentos comunes, "puede entrañar en algunos casos un planteamiento antitécnico de la acción"; pero que una vez demostrado que el acto acusado carece de consentimiento, de objeto o de causa, debe ser declarado nulo, si la acción intentada fue la de nulidad, o simulado si ésta fue la acción elegida por el actor".

1.—Ante todo es preciso anotar que el cargo, dentro de la técnica del recurso de casación, está mal formulado porque si se trata de errores de hecho cometidos por el Tribunal en la apreciación de las pruebas, entonces la infracción de la ley lo será de modo indirecto. No se puede acusar por infracción directa de la ley a causa de errores

de hecho; pero pasando por alto esta defectuosa formulación del cargo, se considera:

Es incuestionable que la acción promovida por los demandantes fue de nulidad absoluta porque así se desprende de las suplicas del libelo; de los hechos en que se apoya y de los fundamentos de derecho, artículos 1.750, 1.751, 1.740, 1.849 y 1.934 del Código Civil. Por otra parte, "la demanda, que es la pieza esencial de todo proceso judicial, es un acto libre de quien pretende la protección jurisdiccional del Estado y como los jueces carecen en el ejercicio de su jurisdicción civil de toda iniciativa para la escogencia de las acciones o vías legales, abiertas a la elección de los interesados, es preciso darles a las demandas el sentido y alcance que inconfundiblemente se desprende de sus términos". (Casación. 24 de febrero de 1.945. G. J., número 2.071, página 620). Además, también ha sostenido la Corte que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, pero que esa circunstancia no quiere decir que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación; porque se trata de dos acciones completamente diferentes y porque la simulación como "fenómeno jurídico nunca ha sido negado, aunque involucrándola a veces en el concepto de nulidad y otras en el de ficción de inexistencia, con la desventaja, en el primer caso, de que para no hacerla producir efectos contra terceros, la doctrina se veía obligada, mediante una interpretación sin solidez a quebrar el artículo 1.748 del Código Civil; y con la ventaja, en el segundo caso, de salvar la situación con el artículo 1.766 y responder al control de un hecho innegable, de tremenda extensión en la vida real: la corruptela de los usuales contratos fingidos, ficticios, en fraude de terceros particulares, como los acreedores; o en fraude de la ley fiscal". (Casación 1º de abril de 1954. G. J., número 2.140, página 354).

El precio de la compraventa se determinó en la respectiva escritura y aunque allí dijo la señorita Clementina Montoya Angel, apoderada de la vendedora, que lo había recibido de contado, posteriormente se comprobó que el pago de dicho precio se había hecho por entregas parciales de dinero por parte de la compradora, de acuerdo con las declaraciones de numerosos testigos y con los recibos presentados por la demandante y reconocidos por las personas que los suscriben. Sobre el particular dice el Tribunal:

"No ha sido demostrado que el precio convenido por las partes intervinientes en el contrato que recoge la escritura número 2.876 citada, es ilusorio o vil. Por el contrario, aparece en los autos la demostración de que la compradora, demandada en este juicio, le pagó a la vendedora el precio del inmueble, no al contado en el mismo momento de otorgarse la correspondiente escritura, sino sucesivamente a medida que sus necesidades lo iban exigiendo y que fue así como atendió a su subsistencia proporcionándole alimentos y vestidos; acudió en su auxilio con médico y drogas durante sus enfermedades; y sobre todo, durante su última novedad que se prolongó por espacio de treinta meses hasta su fallecimiento, estuvo atendiéndola en forma solícita. También después de la muerte de la vendedora atendió a los gastos que demandaron su sepelio. Estos hechos aparecen acreditados con algunos recibos de erogaciones hechas, debidamente reconocidos por sus signatarios otorgantes, y con las atestaciones de varios declarantes que por relaciones de amistad o por vivir cerca del lugar en donde habitan las partes, se dieron cuenta de los cuidados y atenciones prodigadas por la demandada la señora María Jesús Vélez viuda de C.".

Lo expuesto es suficiente para concluír que no hubo error de derecho por indebida apreciación de la prueba testimonial, ni violación del artículo 91 de la Ley 153 de 1887, con mayor razón si se considera que el Tribunal es soberano en la apreciación de las pruebas y que solamente puede prosperar el recurso de casación "cuando aparezca un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento". Por estas razones no prospera el cargo propuesto.

También se acusa el fallo por error de derecho en cuanto no se tuvo en cuenta la obligación de prestar alimentos a cargo de la demandada, como hija legítima, y a favor de la vendedora, y por error manifiesto de hecho al no haberse considerado la condición de hija legítima que tiene la demandada respecto de la vendedora existiendo en autos la partida de nacimiento de aquella.

Este juicio no versa sobre la obligación que podía tener la demandada de prestar alimentos a su señora madre, la vendedora, ni el Tribunal tenía por qué entrar a considerar la partida de nacimiento de la compradora en la cual aparece como hija legítima de Luis Correa y María Jesús Vélez de Correa, y que de por sí no acredita el

carácter de hija legítima. Además, para que surja a cargo de una persona la obligación de prestar alimentos a otra es indispensable la tramitación de un juicio por el procedimiento señalado en los artículos 831 y siguientes del Código Judicial. Así se desprende indudablemente de lo establecido en los artículos 411 y siguientes del Código Civil.

Pero hay algo más: estas cuestiones no fueron planteadas ni en la demanda ni en las instancias del juicio y se trata de medios nuevos que no pueden alegarse en casación "con fundamento en el derecho de defensa de los litigantes, quienes, si fueran admisibles los medios no alegados en el juicio, podrían ser sorprendidos con armas no esgrimidas en él; y en la naturaleza de la casación, en la cual el fallo se enjuicia en relación con los materiales y los planteamientos que al juzgador le fueron presentados y no con otros que le fueron desconocidos" (Casación. Mayo 30 de 1956. G. J., número 2.167). Se rechaza el cargo.

No existe manifiesto error de hecho en la apreciación de las disposiciones absueltas por la demandada porque ésta expresa que no pagó de contado en virtud de la orden que recibió de la apoderada de la vendedora, pero que luégo efectuó dicho pago directamente a ésta atendiendo a su subsistencia, a sus enfermedades y aun a los gastos de entierro. Estas afirmaciones están corroboradas por Clementina Montoya Angel, quien actuó como apoderada de la señora Vélez viuda de Correa y por las demás pruebas que ya se estudiaron. Tampoco prospera el cargo.

o o o

SEGUNDO CARGO:

Este cargo se apoya en errores de hecho y de derecho y consiguiente violación de los artículos 1.849, 1.857 y 1.864 del Código Civil, por no haber estimado el Tribunal la partida de nacimiento de la demandada; por haber apreciado indebidamente la prueba testimonial que se trajo para demostrar el pago del precio y por no haber tenido en cuenta la obligación que la ley impone de prestar alimentos congruos a los ascendientes legítimos. Como este cargo es una repetición de los ya formulados, que fueron estudiados ampliamente y no tuvieron acogida, no es necesario que la Sala entre en nuevas consideraciones sobre la materia.

o o o

TERCER CARGO:

Se funda en "errores de derecho y de hecho consistentes en la falta de apreciación de la prueba que sirvió a Clementina Montoya Angel para vender, en nombre de María Jesús Vélez v. de Correa", errores que llevaron a la violación de los artículos 756 y 1.760 del C. C.

Se considera:

3.—El artículo 756 se refiere a la manera como debe efectuarse la tradición del dominio de los bienes raíces, y el 1.760 determina que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad.

La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esa forma, por el contrario el artículo 2.149 del Código Civil, preceptúa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra". Por otra parte, se trata aquí también de un medio nuevo que no es admisible en casación. En consecuencia, se rechaza el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y seis dictada por el Tribunal Superior de Medellín.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—José Joaquín Rodríguez, Conjuez.

Jorge Soto Soto, Secretario.

FILIACION NATURÁL Y PETICION DE HERENCIA. — ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — EL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS NO PUEDE PROBARSE POR MEDIO DE CONFESION. — LA PRUEBA, YA SEA DE LAS RELACIONES SEXUALES, YA DE LA POSESION NOTORIA, ES PRUEBA LIBRE. — EN ESTA CLASE DE ACCIONES, LOS DOCUMENTOS QUE EMANAN DE LOS DEMANDADOS Y LOS TESTIMONIOS DE LOS MISMOS, TIENEN UN VALOR MUY ESPECIAL PARA ESTABLECER LOS HECHOS CONSTITUTIVOS DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

El estado civil de las personas no puede probarse por medio de confesión; pero de ahí a negar toda valoración jurídica al testimonio de los demandados encaminados nó a establecer directamente el estado civil, sino los hechos constitutivos de tal estado civil, hay un trecho considerable.

Más aún: en relación con el estado civil de los hijos naturales, la ley admite otra forma de establecimiento, cual es el de la investigación judicial de la paternidad en los casos en que ésta no se haya establecido por los medios indicados en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936.

La investigación judicial de la paternidad puede pedirse con base en algunos de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, entre los cuales se encuentran los contemplados por los ordinales 4º y 5º, o sea las relaciones sexuales estables entre los padres naturales y la posesión notoria del estado de hijo natural. La prueba, ya sea de las relaciones sexuales, ya sea de la posesión notoria, es prueba libre; por tanto, son admisibles toda clase de pruebas para establecer alguno de esos hechos.

Los documentos que emanan de los demandados y los testimonios de los mismos, tienen un valor muy especial para establecer los hechos constitutivos del estado de hijo natural.

Ya el artículo 397 del Código Civil al referirse a la posesión notoria del estado de hijo legítimo y el 6º de la Ley 45 al de la posesión de hijo natural, advierte que uno de los hechos que la constituyen consiste en que los padres hayan tratado al hijo como tal, y lo hayan presentado con ese carácter a sus deudos y amigos.

Los deudos son precisamente los más próximos parientes del causante. Ha estimado la ley que tiene una gran significación jurídica y un especial valor, el que el hijo natural haya entrado a formar parte de la familia del padre.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

Los señores ERNESTO y ENRIQUE SALZEDO RIBALDO, demandaron a los señores Antonio Salzedo Cotes, Alejandro Salzedo Cotes, Josefina, Nohora, Olga, Cecilia, Rosario y Pedro Salzedo González e Inés Romana viuda de Salzedo (hoy de Segovia), a fin de que el Juez 3º Civil del Circuito de Barranqilla hiciese las siguientes declaraciones:

Que los demandantes Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo son hijos naturales del señor Napoleón Salzedo Cotes.

Que son herederos de mejor derecho que los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes, Nohora, Olga, Cecilia, Rosario, Josefina y Pedro Salzedo González (los seis últimos como representantes de su padre el señor Pedro Salzedo Cotes, quien como los dos primeramente nombrados, fue hermano del causante), en la sucesión del señor Napoleón Salzedo Cotes.

Que se condene a la señora Inés Romana Glen viuda de Salzedo (hoy de Segovia), a restituír a los demandantes todos los bienes herenciales que, como cesionaria de los derechos de los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes y Cecilia, Rosario, Josefina y Pedro Salzedo González, le fueron adjudicados en los actos de partición cumplidos en los juicios de sucesión y liquidación de

la sociedad conyugal del señor Napoleón Salzedo Cotes.

Que igualmente se condene a la mencionada señora a pagar a los demandantes frutos naturales y civiles de los bienes cuya restitución se pide.

Que se condene a Nohora y Olga Salzedo González a restituír a los demandantes las cosas hereditarias que les fueron adjudicadas en la mencionada sucesión, como los frutos de las mismas.

Que se condene a los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes, Josefina, Cecilia, Rosario y Pedro Salzedo González a completar a los demandantes lo que por la acción contra la señora Inés Romana viuda de Salzedo (hoy de Segovia), no pueda ser obtenido.

Las peticiones anteriores fueron respaldadas con la siguiente relación de hechos.

En los primeros meses de 1927 se conocieron y trabaron relaciones amorosas don Napoleón Salzedo Cotes, ya fallecido, y Candelaria Hortensia Ribaldo, ya fallecida también. Tales relaciones se convirtieron en estables y notorias a partir del 7 de agosto de 1927.

De las estables y notorias relaciones sexuales entre el señor Napoleón Salzedo Cotes y Hortensia Ribaldo son frutos los señores Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo, quienes nacieron el 18 de junio de 1928 y el 21 de septiembre de 1931, respectivamente.

El señor Napoleón Salzedo Cotes, atendió a los demandantes desde que nacieron hasta su muerte, ocurrida en 1943, como a sus hijos, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento.

El tratamiento del señor Napoleón Salzedo Cotes para sus hijos Ernesto y Enrique fue tan notorio, que sus hermanos los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes, han tratado a los demandantes como sus sobrinos.

El señor Napoleón Salzedo Cotes fue casado con la señora Inés Romana Glen viuda de Salzedo, pero no tuvieron hijos en su matrimonio. Napoleón Salzedo C. murió en la ciudad de Honda, el 6 de septiembre de 1943; su juicio de sucesión se declaró abierto el 22 de octubre de 1943.

En tal juicio se reconoció a la señora Inés Romana Glen v. de Salzedo (hoy de Segovia) el carácter de cónyuge sobreviviente con derecho a gananciales, y a los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes, Nohora, Olga, Josefina, Cecilia, Rosario y Pedro Salzedo González, el carácter de herederos, los dos primeros como hermanos legítimos del causante y los otros como representantes del señor Pedro Salzedo Cotes, quien había sido hermano legítimo del causante.

La señora Inés Romana Glen viuda de Salzedo (hoy de Segovia), adquirió los derechos herenciales que aparecían tener los señores Alejandro y Antonio Salzedo Cotes, Josefina, Cecilia, Rosario y Pedro Salzedo González y los derechos que el señor Roberto Salzedo Cifuentes llegó a tener en la sucesión del señor Napoleón Salzedo Cotes, a virtud de la cesión que de sus derechos herenciales le hizo el señor Antonio Salzedo Cotes.

En el mentado juicio de sucesión se adjudicó a la señora Inés Romana Glen vda. de Salzedo (hoy de Segovia) la mitad de los bienes; la mitad de lo sobrante como porción conyugal y la totalidad de lo restante, menos la participación de Nohora y Olga Salzedo González, como cesionaria de los derechos herenciales de los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes, Josefina, Rosario y Pedro Salzedo González.

El acto de partición de bienes fue aprobado por sentencia del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, el 14 de diciembre de 1943 y debidamente protocolizado.

Posteriormente se decretó la facción de inventarios y avalúos adicionales, pues en el juicio habían quedado sin inventariar bienes de la sociedad conyugal.

* * *

El Juez de primera instancia, mediante fallo del 17 de agosto de 1954, falló las anteriores peticiones, negándolas, en razón de haber encontrado probada la excepción perentoria de personería sustantiva de la parte demandada.

El Tribunal Superior de Barranquilla, por sentencia de octubre 20 de 1955, reformó la sentencia del juzgador de primer grado y absolvió a los demandados de los cargos de la demanda.

II—DEMANDA DE CASACION

Los demandantes, representados por apoderado, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla.

Hé aquí los cargos que se hacen a la mencionada sentencia:

a)—Incurrió el Tribunal en error de hecho en la estimación del mérito probatorio de los testigos Benedetti, Hernández Pérez, los dos Cubillos Escorcia, Del Portillo, Simonds, Del Real, Viaña y Ojeda Enríquez, por cuanto consideró que ninguno de ellos expresa las circunstancias de lugar,

tiempo y modo en que cada uno de los hechos indicados debió de producirse. Por otra parte, el Tribunal adulteró la versión de algunos testigos y mutiló la de otros.

Los referidos errores de hecho generaron errores de derecho que implican violación de los artículos 593, 594, 596, 601 y 697 del Código Judicial; de los artículos 346, 347, 392 del Código Civil.

b) El Tribunal incurrió en error manifiesto de hecho por haber omitido la apreciación del hecho del allanamiento a la demanda por parte de los litis consortes Salzedo González integrantes de la estirpe de don Pedro Salzedo Cotes, demandados. El Tribunal consideró que solamente el litis consorte Pedro Salzedo González se había allanado.

Como consecuencia de ello se incurrió en error de derecho con violación de los artículos 604, 605, 606, 663, 665 del Código Judicial.

c) — Incurrió en error de derecho el Tribunal por haber desestimado el mérito legal de prueba que tiene la carta suscrita por don Antonio Salzedo Cotes, ésta en forma de certificado y la declaración del litis consorte demandado señor Antonio Salzedo, con violación de los artículos citados inmediatamente antes.

d)—El Tribunal incurrió en error de derecho en la calificación de la prueba emanada del litis consorte demandado Antonio Salzedo Cotes, la cual calificó de declaración siendo así que sobre el mismo punto existen dos actuaciones de él en el proceso. La primera, una declaración jurada ante la Curia, acompañada a la demanda y la segunda, la carta a que ya se aludió que fue reconocida por su autor y que implica una confesión de consanguinidad con violación de los artículos 603, 605, 606, 663 del Código Judicial.

e) El Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho por no haber tenido en cuenta la prueba consistente en las posiciones absueltas por el litis consorte demandado Alejandro Salzedo Cotes, error que indujo el de derecho, consistentes en desconocerle su mérito legal en relación a los artículos 606 y 663 del C. J.; también se infringieron los artículos 398, 399, 5º, 6º y 4º ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936.

La sinceridad de la confesión del demandado señor Alejandro Salzedo Cotes es perfecta.

El único demandado que no se allanó a la demanda fue la viuda de don Napoleón Salzedo Cotes.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En razón de que la demanda de casación imputa a la sentencia del Tribunal de Barranquilla una escalonada serie de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, se debe, en primer término, examinar las pruebas allegadas a este juicio, y en seguida, comprobar si en verdad la sentencia incurrió en errores de hecho y de derecho que den lugar a la casación de la misma.

a)—El examen de las pruebas.

Obran en el expediente las siguientes pruebas:

1º. Una carta suscrita por uno de los demandados en este juicio, hermano del causante, el señor Antonio Salzedo Cotes, que forma el folio 14 del cuaderno de pruebas. Dice así tal carta:

"Barranquilla, 29 de septiembre de 1951.— El señor doctor Enrique de la Rosa.—Ciudad. Estimado Enrique: Te recomiendo muy especialmente al portador de la presente Ernesto Salzedo, quien es hijo de mi hermano Napoleón y se encuentra sin trabajo.—Como el muchacho es persona honrada, competente y de buenas costumbres, te quedaría agradecido si le dieras un chance para trabajar a tus órdenes en el Banco.—Con mis agradecimientos anticipados por la atención que te sirvas prestar a la presente, quedo de tí atento amigo y S. S.— Antonio Salzedo Cotes".

2º. El mismo demandado señor Antonio Salzedo Cotes, declara ante el Provisorato del Tribunal Eclesiástico de Barranquilla, el día 30 de junio de 1952, que conoce a Ernesto Salzedo; que lo ha conocido siempre como su sobrino, "hijo natural de mi hermano Napoleón". "Mi sobrino nació en Barranquilla y lo conocí pequeño.....". "Conocí a su madre que era Candelaria Hortensia Ribaldo, ya fallecida" (folio 15 vuelto del cuaderno 1º).

Posteriormente ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, el día 13 de julio de 1953, el señor Antonio Salzedo Cotes reconoció como auténtica la carta de que se habló, diciendo: "El contenido de esta carta es cierto en todas sus partes, y la firma que se me pone de presente, es la mía y es la misma que acostumbro usar en todos mis actos públicos y privados".

3º. El señor F. Glen Huyke certificó el día 4 de octubre de 1951, que el padre de Enrique Salzedo es Napoleón Salzedo y no Manuel Salzedo.

Este certificado forma el folio 19 del cuaderno de pruebas.

4º. Otro de los demandados en este juicio, el señor Alejandro Salzedo Cotes, hermano legítimo del causante, en diligencia de absolución de posiciones, rendidas ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, el 22 de junio de 1953, dijo que él siempre ha tratado y tenido, desde sus respectivos nacimientos "a los señores Enrique y Ernesto Salzedo Ribaldo como sus sobrinos, en su condición de hijos naturales del señor Napoleón Salzedo Cotes". Agregó que el señor Napoleón Salzedo Cotes, trató y presentó siempre desde la fecha de sus respectivos nacimientos a los señores Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo, como a sus hijos naturales, proveyendo a la educación de ellos, presentándoselos al absolvente como tales hijos .Afirma también que entre Napoleón Salzedo Cotes y Hortensia Ribaldo, existieron relaciones sexuales, estables y notorias, a partir del mes de agosto de 1927, hasta mediados del año de 1930.

Agregó que de las relaciones sexuales entre Napoleón Salzedo Cotes y Hortensia Ribaldo, llevadas en forma notoria, nacieron los señores Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo; que los mencionados Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo fueron tratados por el absolvente siempre como sus sobrinos, por ser hijos naturales de su hermano el señor Napoleón Salzedo Cotes.

El absolvente fue contrainterrogado por el apoderado de la señora Romana Glen de Segovia, para que dijese por qué si los hermanos Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo fueron tenidos como hijos naturales de don Napoleón Salzedo Ribaldo, por qué ocupó el lugar que a dichos hermanos Salzedo Ribaldo les correspondía en la sucesión de don Napoleón Salzedo y cedió a título oneroso a doña Romana Glen de Segovia, los derechos herenciales que según la ley debían corresponder a los mencionados hermanos Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo, a lo cual respondió: "Creí yo que se iba a establecer un pleito contra doña Romana que podría perjudicar grandemente la propiedad que era una Urbanización que vendía lotes al público. Y consejeros legales nos informaron que los jóvenes Salzedo Ribaldo no podían heredar por haber nacido antes de una ley, que según creo fue promulgada en el año de 1936".

Nuevamente repreguntado este absolvente para que dijera por qué no cedió sus derechos herenciales en la sucesión de don Napoleón a los presuntos hijos de apellido Salzedo Ribaldo, respondió: "Yo hice los actos que entonces ocurrieron, como me los indicó el mismo hermano de doña Romana y, declaro que lo que recibí en ese entonces, el dinero de doña Romana, lo repartí a los hermanos Salzedo Ribaldo".

5º. El señor Antonio Salzedo Cotes, otro de los hermanos de don Napoleón Salzedo Cotes y demandado en este juicio, expresa que conoce a Ernesto Salzedo Ribaldo y que lo ha reconocido siempre como su sobrino, hijo natural de su hermano Napoleón; que conoció a la madre que era Candelaria Hortensia Ribaldo ya fallecida. Y que se ratifica en la declaración rendida ante la Parroquia de Nuestra Señora del Rosario el día 3 de julio de 1952, y que forma el folio 15 del cuaderno principal.

6º. El señor Luis Hernández, declara (folio 5 y 6 del cuaderno principal) que fue trabajador de confianza de don Napoleón Salzedo Cotes y que presenció cuando Napoleón Salzedo Cotes visitaba a Hortensia Ribaldo en 1927 en la casa donde vivía en la calle Sucre, entre 20 de Julio y Cuartel, barrio Boston; que estableció relaciones sexuales con la mencionada Hortensia Ribaldo y que le tocó llevarle dinero efectivo que don Napoleón le mandaba a ella; que de las relaciones sexuales mencionadas nacieron dos niños llamados Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo; que le consta que don Napoleón Salzedo trataba a sus hijos Ernesto y Enrique como sus hijos. En fin, que don Napoleón atendió a la subsistencia de los niños.

Tal declaración fue posteriormente ratificada ante el Juez 3º Civil del Circuito (folio 31 vuelto y 32).

7º. El señor ADOLFO J. SIMONDS, dice que conoció a Candelaria Ribaldo y a don Napoleón Salzedo Cotes alrededor del año de 1925, año en que entró a trabajar al servicio de la empresa "Napoleón Salzedo, Ramón y Compañía"; que por aquel entonces el mencionado Salzedo Cotes requería en amores a Hortensia Ribaldo; y que entre los mencionados existieron relaciones sexuales, las cuales fueron notoriamente públicas y que datan del año de 1927; que de las mismas nacieron los señores Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo; y agrega, que siempre se lamentaba que dentro del matrimonio con la señora Romana no hubiera logrado el nacimiento de un hijo.

Que le consta que don Napoleón siempre reputó como a sus hijos a Ernesto y Enrique Salzedo, dándoles el tratamiento propio de padre velador por su salud y subsistencia; que en varias ocasiones le tocó llegar hasta la residencia

de Hortensia Ribaldo para hacer entrega de sumas de dinero destinadas al sostenimiento de los niños, por cómisión que le encomendaba el padre de los niños, don Napoleón Salzedo Cotes; que recuerda también que fue padrino don Carlos Benedetti, amigo íntimo de don Napoleón y viejo empleado de la empresa. Que todos los familiares de los jóvenes Salzedo Ribaldo los reputaron como hijos de don Napoleón Salzedo Cotes, hasta el extremo que en muchas ocasiones que no se encontraba su padre en la oficina, don Alejandro o don Antonio Salzedo Cotes les regalaban dinero, pues ellos los reputaban como sus sobrinos, y además, entre ellos nunca existieron prejuicios de orden social. De suerte que las ramas sociales de los naturales las tratan como las ramas legítimas, pues ellos practican una moral distinta de la falsa y engañosa moral social.

Y agrega que "más tarde, Ernesto Salzedo Ribaldo, fue empleado de sus tíos, en la empresa transportadora de ganado, por varios años".

El señor Simonds, posteriormente, ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, se ratificó en la anterior declaración, agregando que la reputación de hijos naturales "que don Napoleón Salzedo Cotes hizo de Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo, consiste en haber velado por su subsistencia, mantenimiento y presentándolos como hijos de él, desde el nacimiento de los mismos hasta el momento en que él murió. Así mismo declaró que los familiares paternos de los jóvenes Salzedo Ribaldo, los han reputado como de su familia y ellos como sus tíos don Antonio y don Alejandro Salzedo Cotes".

8º. El señor MANUEL DEL REAL (folio 50 y 51 del cuaderno de pruebas), dice que le consta que entre Napoleón Salzedo y la señora Hortensia Ribaldo existieron relaciones sexuales en el año de 1930. Advierte que no puede precisar cómo les pagaba la educación don Napoleón, "pero sí me consta que ellos iban allá por mensualidades y a pedirle lo que necesitaban para la subsistencia, para el colegio y otros gastos". Agrega que veía que don Napoleón Salzedo Cotes los atendió hasta el año en que murió; que esto le consta porque es empleado de los Salzedo Cotes en Barranquilla.

9º. El señor ANGEL MARIA CUBILLOS ESCORCIA (folios 52, 53 y 54), declara que le consta que don Napoleón trataba a la señora Ribaldo como a su mujer, y por haberle entregado dinero que con él dejaba don Napoleón; que por esto le consta que existieron relaciones sexuales estables y notorias entre ellos; agrega que aquellas relaciones se iniciaron desde los años de 1927 o 1928 y se prolongaron hasta el año de 1930 o 1931, es decir, durante unos tres años; que le consta que Ernesto nació en el año de 1928 y Enrique en el año de 1930.

Al ser repreguntado este testigo por el apoderado de la contraparte, para que dijese por qué le constan las relaciones sexuales estables entre don Napoleón Salzedo y Hortensia Ribaldo, dijo el testigo: "Como lo dije al principio, me constan estas relaciones porque cuando la señora Hortensia Ribaldo, con el niño recién nacido, se presentaba por la oficina, don Napoleón Salzedo la trataba como a su mujer". A una nueva repregunta aclara que la señora Hortensia Ribaldo al llegar a la oficina recibía siempre manifestaciones cariñosas de don Napoleón para ella y para el niño; que la visita a la oficina se realizaba dos o tres veces al mes.

10º. El señor CARLOS BENEDETTI, advierte que le consta que "en el año de 1927 se conocieron Hortensia Ribaldo y Napoleón Salzedo Cotes, y que en ese mismo año se fueron a vivir a una casa de la calle Sucre entre 20 de Julio y Cuartel, acera occidental. Más tarde, no recuerdo la fecha en que la mudó para el Pasaje Ley; allí nació Ernesto y después la pasó a vivir a otro barrio en la parte sur de la ciudad; pero no recuerdo el nombre del barrio". Agrega que "don Napoleón trató siempre a los demandantes como sus hijos naturales, hasta cuando murió; que proveyó siempre a la subsistencia de ellos, colegio, etc., y los presentaba a sus parientes y amigos como hijos de él y eran reputados por los amigos y familiares como hijos de él".

Este testigo fue sometido a un riguroso contrainterrogatorio por el apoderado de la contraparte; y muchas de las repreguntas nada tenían que ver con el contenido de la declaración, hasta el extremo que el propio Juez desechó algunas. Pero en lo esencial sostiene sus puntos de vista y dá razón de ellos; naturalmente que no puede precisar la dirección exacta de las distintas residencias que en Barranquilla tuvieron los padres de ellos; ni tampoco puede precisar el día exacto y el lugar preciso donde por primera vez se conocieron Napoleón Salzedo y Hortensia Ribaldo, en el año de 1927.

11º. El Sr. OSWALDO CUBILLOS ESCORCIA, declara que le consta que en el año de 1940 los demandantes iban donde su padre Napoleón Salzedo a pedirle dinero, a veces para ropa o para zapatos; que le consta que desde 1940 hasta cuando murió don Napoleón, él sufragaba los

gastos de los menores; que ellos iban semanalmente a la oficina a pedirle dinero; que el padre, don Napoleón, reprendía constantemente a sus hijos; que los trató y presentó ante sus parientes como sus hijos.

12º. El señor ABEL DEL PORTILLO GUTIERREZ, declara que conoció a Napoleón Salzedo Cotes en el año de 1918 y a Hortensia Ribaldo en 1924, cuando aún era una niña; que a principios de 1927 vivían los padres de Hortensia Ribaldo en el barrio que en ese entonces llamaban Ciudad Perdida, o sea en la Calle Sucre entre Veinte de Julio y Cuartel hoy barrio Boston; y que le consta que Napoleón Salzedo Cotes con mucha frecuencia la visitaba y que posteriormente a fines de 1927 Salzedo Cotes se comprometió con Hortensia Ribaldo y la llevó a vivir a la calle de Bolivia entre Cuartel y Veinte de Julio; que después Napoleón Salzedo Cotes la mudó al barrio Ley, que está situado en el Callejón de la Aduana entre Felicidad y San José y viviendo ahí tuvieron el primer hijo que se llama Ernesto y que esto fue a fines del año de 1928; que Napoleón Salzedo compró una casa en el barrio San Francisco, en la calle Cali, y ahí tuvieron el segundo hijo llamado Enrique, lo que sucedió en el año de 1930; que de 1930 en adelante nada más le consta de las relaciones sexuales entre los padres de los demandantes.

A una repregunta dice este declarante, que no recuerda las fechas exactas del nacimiento de los demandantes, pero que ellos ocurrieron uno en el año de 1928 y el otro en el de 1930; que muchas veces que Napoleón Salzedo fue a buscarlo a su casa, se presentaba en su automóvil con los dos niños; que cuando murió su padre, sus tíos Antonio y Alejandro Salzedo Cotes los ayudaban hasta la fecha, en que los sostienen; que hoy día, los demandantes son empleados en la empresa de Vapores de que son dueños los Salzedo; que le consta que el señor Napoleón Salzedo dio siempre a sus hijos el trato de tales y que en todas partes los tuvieron como tales.

13º. La señora JULIA OJEDA ENRIQUEZ (folio 126, cuaderno de pruebas), declara que conoció al señor Napoleón Salzedo y a la señora Candelaria Hortensia Ribaldo; que en su casa se conocieron en el año de 1928, o sea en la casa que tenía en la calle Sucre entre Veinte de Julio y Cuartel; que entre ellos existieron relaciones sexuales estables y notorias y que esas relaciones existieron y que se establecieron las mencionadas relaciones no obstante que ella le aconsejó a Hortensia que "no se metiera en ese asunto porque él era un hombre casado y de sociedad, pero esto era ya tarde"; que viviendo Hortensia y sus padres en la calle Bolivia entre Veinte de Julio y Cuartel, allí salió encinta esa señora de don Napoleón que las relaciones sexuales de que habla se iniciaron en 1927 y duraron hasta el año de 1930. Que le consta que don Napoleón les mandaba a sus hijos la pensión semanal y atendía a las necesidades de vestido, mantenimiento etc, y esto sucedió desde que nacieron hasta cuando él murió, hacia el año de 1940.

A una de las repreguntas del apoderado de la parte contraria dijo que don Napoleón le mandaba como pensión mensual para sostenimiento de los hijos, a veces $ 15.00, otras veces $ 18.00 y cuando había enfermo le mandaba $ 40.00 o $ 45.00; que tales pensiones generalmente se las enviaba con un chofer de su confianza que se llamaba Luis Hernández.

b) Apreciación de las anteriores pruebas por la sentencia del Tribunal.

La sentencia del Tribunal contiene una serie de afirmaciones, algunas de las cuales se colocan en un elevado plano teórico; otras de orden meramente analítico se refiere a las distintas pruebas que obran en el expediente.

I. En cuanto a las pruebas consistentes en las declaraciones de dos hermanos legítimos del causante, señor Antonio Salzedo Cotes y Alejandro Salzedo Cotes, el Tribunal se limita a decir:

"En cuanto a la declaración del señor Antonio Salzedo Cotes, si se mira como confesión carece de eficacia probatoria por cuanto, como ya se dijo, él es demandado, y el estado civil de las personas no se prueba por medio de la confesión....; y si se aprecia como declaración de un tercero, también carece de todo valor probatorio, ya que don Antonio apenas declara que ha conocido a Ernesto Salzedo Ribaldo como su sobrino, hijo natural de su hermano Napoleón".

Al referirse a la carta suscrita por el señor Antonio Salzedo Cotes y al certificado suscrito por el señor José Félix Glen, dice el Tribunal que dichos "documentos carecen de fuerza probatoria, pues el estado civil de las personas no se prueba por esos medios. Además, la única confesión que demuestra plenamente la calidad de hijo natural es la confesión emanada del padre, bien en un escrito suyo, o en declaraciones que ante el Juez hubiera podido rendir en el caso de que el respectivo juicio de filiación natural se hubiera incoado contra él".

Grave error cometió la sentencia del Tribunal al no dar valor a estos documentos, ni a las declaraciones que rindieron los demandantes ante el Juez.

Es verdad lo que advierte el Tribunal de que el estado civil de las personas no puede probarse por confesión; pero de ahí a negar toda valoración jurídica al testimonio de los demandados, existe un trecho considerable. El testimonio de estos demandados no se encaminó a establecer directamente el estado civil, sino los hechos constitutivos de tal estado civil.

Pero más aún: en relación con el estado civil de los hijos naturales, la ley admite otra forma de establecimiento, cual es el de la investigación judicial de la paternidad en los casos en que ésta no se haya establecido por los medios indicados en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936.

La investigación judicial de la paternidad puede pedirse con base en algunos de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, entre los cuales se encuentran los contemplados por los ordinales 4º y 5º, o sea las relaciones sexuales estables entre los padres naturales y la posesión notoria del estado de hijo natural. La prueba, ya sea de las relaciones sexuales, ya sea de la posesión notoria, es prueba libre; por tanto, son admisibles toda clase de pruebas para establecer alguno de esos hechos.

Los documentos que emanan de uno de los demandados y los testimonios conjuntos de ambos, tienen un valor muy especial para establecer los hechos constituivos del estado de hijo natural.

Ya el artículo 397 del Código Civil al referirse a la posesión notoria del estado de hijo legítimo y el 6º de la Ley 45 al de la posesión de hijo natural, advierte que uno de los hechos que la constituyen consiste en que los padres hayan tratado al hijo como tal, y lo hayan presentado con ese carácter a sus deudos y amigos.

Los deudos son precisamente los más próximos parientes del causante. Ha estimado la ley que tiene una gran significación jurídica y un especial valor, el que el hijo natural haya entrado a formar parte de la familia del padre. Y tal ha sucedido en el caso de autos en que los demandantes Ernesto y Enrique Salzedo fueron siempre tenidos como sus sobrinos por los hermanos del causante.

El señor Antonio Salzedo Cotes declaró ante el Provisorato del Tribunal Eclesiástico de Barranquilla, que al señor Ernesto Salzedo lo ha conocido siempre como su sobrino; que su sobrino nació en Barranquilla y lo conoció desde pequeño; que también conoció a su madre que era Candelaria Hortensia Ribaldo.

Y el otro demandado, el señor Alejandro Salzedo Cotes, dijo que él siempre ha tratado y tenido, desde sus respectivos nacimientos "a los señores Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo como sus sobrinos, en su condición de hijos naturales del señor Napoleón Salzedo Cotes". Agregó que el señor Napoleón Salzedo Cotes trató y presentó siempre desde la fecha de sus respectivos nacimientos a los hermanos Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo como a sus hijos naturales, proveyendo a la educación de ellos, presentándoselos al absolvente como tales hijos.

La manifestación de los dos hermanos del causante señor Napoleón Salcedo Cotes, adquiere aún un mayor significado jurídico, si se tiene en cuenta que fueron declarados herederos en el juicio de sucesión de don Napoleón Salzedo, por no existir herederos con mejor derecho en ese momento. De manera que aquella declaración les perjudica notablemente. Es un hecho incontrovertible que los señores Antonio y Alejandro Salzedo Cotes son partes en el juicio de investigación de paternidad natural, pues fueron demandados.

Y que tal testimonio recae sobre uno de los hechos constitutivos del estado civil de hijo natural, cual es el relativo a la posesión notoria del tal estado.

Además de la prueba de los demandados, numerosos testigos expusieron una serie de hechos por los que se comprueba que los demandantes fueron tratados como hijos del causante desde su nacimiento, 1928 y 1930 respectivamente, hasta el año de 1943 en que murió su padre.

IV—SENTENCIA DE INSTANCIA

Del examen de las declaraciones de los demandados en este juicio como de los demás declarantes, llevan a la convicción plena del juzgador que los señores Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo tienen la calidad de hijos naturales del señor Napoleón Salzedo Cotes.

Haciendo un solo cuerpo de las pruebas que existen en el expediente y corrigiendo el error de derecho en que incurrió la sentencia del Tribunal, resulta:

a)—Se encuentran probadas las relaciones sexuales existentes entre Napoleón Salzedo Cotes y Hortensia Ribaldo, las que comenzaron a mediados de 1927 y terminaron a fines de 1930. Dentro de ellas nacieron los demandantes, según las

exigencias del ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

b)—Con estas mismas pruebas se acredita suficientemente que el señor Napoleón Salzedo dio el trato a los demandantes de hijos naturales, proveyendo a su educación y sostenimiento y que tal posesión notoria la tuvieron los mencionados hijos, el primero desde 1928 y el segundo desde 1930, hasta la muerte del causante, ocurrida en Honda en el año de 1943.

V—FALLO

Por los motivos expuestos, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el ordinario de Ernesto y Enrique Salzedo Ribaldo contra Antonio, Alejandro Salzedo Cotes y otros, y en su lugar,

DECLARA:

1º.—Los demandantes señores Ernesto Salzedo Ribaldo y Enrique Salzedo Ribaldo, son hijos naturales del causante señor Napoleón Salzedo Cotes.

2º.—Tienen mejor derecho a heredar en la sucesión del señor Napoleón Salzedo Cotes que los hermanos legítimos de aquel causante, como de los sobrinos que representan a uno de sus hermanos.

En consecuencia, se ordena rehacer la partición que fue objeto de aprobación por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Barranquilla el 14 de diciembre de 1943, a fin de que se adjudiquen a los demandantes los derechos herenciales que les corresponden en la mencionada sucesión del causante, en concurrencia con los que han de corresponder a la cónyuge sobreviviente señora Inés Romana Glen viuda de Salzedo (hoy de Segovia).

Notifíquese, publíquese y cópiese.

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

SE ACLARA EL FALLO PRECEDENTE

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

Se aclara el párrafo segundo de la parte resolutiva de la sentencia dictada por esta Corte con fecha septiembre 8 de 1958, en el sentido de que se debe rehacer no sólo la partición originaria sino las particiones adicionales a que hubiere dado lugar el juicio de sucesión del causante señor Napoleón Salzedo Cotes conforme al mandato del artículo 1.406 del C. C. y 949 del C. J.

Notifíquese.

Alfedo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea—Jorge Soto Soto, Secretario.

CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD Y RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS. — PRUEBAS

1.—La primera condición que se requiere para que sea operante "la confesión inequívoca de Paternidad" es que sea personal; esto es que el documento en que aparece tal confesión emane directamente del padre que confiesa.

De aquí resulta que las cartas de un Colegio extranjero dirigidas a la supuesta hija natural, no son adecuadas para probar tal confesión.

En cuanto a la tarjeta de felicitación impresa, que se exhibe como prueba de la misma confesión, hay que convenir en que adolece del mismo defecto, porque tarjetas de esa clase las imprimen por unos cuantos centavos, sin discriminación de la persona que lo ordene en cualquier Tipografía del país.

En relación con esto conviene advertir que lo personal implica que el documento haya sido escrito o autorizado o por lo menos firmado con firma autógrafa por el presunto padre, lo que no aparece en el presente caso.

2.—La prueba testimonial para probar la confesión extrajudicial hecha verbalmente no es de recibo para acreditar las relaciones sexuales, estables y notorias.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

I—BREVE RESEÑA DEL LITIGIO:

Ante el Juzgado Segundo del Circuito de San Gil, la señorita Rosalba Martínez García demandó en juicio de filiación natural y petición de herencia, a los señores José de Jesús, Antonio, Luis Antonio, Roque Ceferino y Evangelista Martínez R., hermanos de Rogerio Martínez R., Ana Dolores, Elena, Juan de Dios, José Vicente, Elvia, Rosa, o Irene López Martínez, sobrina del mismo Rogerio, y Cecilia, Blanca Rosa, Teresa de Jesús, Socorro, Irene y Mariela Ballesteros Martínez igualmente sobrinas de aquél, para obtener las siguientes declaraciones:

1. Que la demandante es "hija natural del señor Rogerio Martínez R.".

2. Que, en consecuencia, tiene derecho a intervenir en el juicio de sucesión de éste y "hacer valer allí sus derechos como tal hija" y a reclamar el cumplimiento de los derechos y obligaciones que los padres tienen para con los hijos, fuera de otros que la ley sobreentiende, y consecuenciales que se omiten por no extender demasiado este fallo.

Rogerio Martínez R. murió asesinado el 7 de enero de 1952, en un lugar llamado "El Naranjal".

Los hechos en que funda la demanda la señorita Rosalba, se resumen así:

1. El señor Martínez R. vivió célibe, mantuvo relaciones estables de carácter sexual y en forma notoria con la señorita Rosalba García Prada y tuvieron comunidad de habitación por todo el tiempo de esas relaciones.

2. En ese período y como consecuencia de las relaciones sexuales indicadas y en el lapso de ciento veinte días, según la presunción legal, nació Rosalba Martínez García, hecho que ocurrió el 3 de septiembre de 1931 .

3. Rogerio atendió a ésta y a su madre y desde el nacimiento de Rosalba la consideró como hija suya y "comenzó a ver por ella como padre".

4. Existen tarjetas y otros papeles escritos del mencionado Rogerio Martínez R. que contienen la confesión inequívoca de éste, de ser el padre de Rosalba.

5. El difunto proveyó a la subsistencia de Rosalba Martínez García, de la misma manera que a su educación y establecimiento. Los deudos y amigos de aquél y el vecindario de su domicilio en general reputaron a ésta como hija de Rogerio.

La demandante refiere además que el difunto confesó a varias personas de alta propiedad y comprobada honorabilidad que ella era hija suya, le dio este nombre, la presentó ante varias per-

sonas con este carácter; la llamaba hija en público y en privado; manifestó en diversas ocasiones su intención de reconocerla como hija en forma legal; la autorizó para usar su apellido, costeó estudios a la misma en un colegio de la ciudad del Socorro, la aconsejaba y amonestaba y en toda oportunidad le dio el tratamiento de hija, manifestando un acendrado y entrañable afecto como verdadero padre de ella.

Las circunstancias que dieron lugar a los hechos los relata la demandante en el libelo así:

a) El 14 de julio de 1927, la señora o señorita Rosalia García Prada se trasladó a Barichara a administrarle un almacén al señor Martínez R. y se instaló en un apartamiento comunicado con la habitación de éste.

b) En el mes de junio de 1931, hallándose la citada Rosalía encinta fue trasladada por el señor Martínez a San Gil donde nació Rosalba.

c) A principios de 1932 regresó la García a Barichara dejando a su hija en San Gil, pero ésta fue atendida como hija por Martínez R. "Por intermedio de su madre y de otras personas".

d) A fines de 1932 volvió la señora Rosalía a San Gil, donde permaneció hasta 1934, año en que regresó a Barichara con su hija, llamada por el señor Martínez R., donde se instaló en una casa cuyo arrendamiento pagaba el señor Rogerio y "atendía al sostenimiento de la madre y de la hija"; y, desde entonces, todo el mundo consideró como hija de aquél a la niña Rosalba por el tratamiento que le daba.

e) Martínez R. vendió en 1935 su almacén de Barichara y se trasladó a la hacienda de "La Peña", en vecindario de Galán, y Rosalía con su hija Rosalba se trasladaron a San Gil, pero el señor Rogerio siguió atendiendo al sostenimiento de la niña.

f) A principios de 1936 aquél hizo ir a la señora Rosalía y a su hija a la hacienda "La Peña", proporcionándoles los medios necesarios, y allí permanecieron en 1936 y 1937, donde nació otro hijo, que murió de 14 meses de edad, y en ese lugar continuó atendiendo a la subsistencia, educación y establecimiento de su hija.

g) En 1939 se trasladó la señora Rosalía a Zapatoca y luégo a Charalá y en 1944 se trasladó al Socorro, donde compró la Pensión Central, con dineros que en parte le dio el señor Martínez R., sin omitir nunca éste el proveer a la subsistencia, educación y establecimiento de su hija.

h) Por último, desde 1944 y en el Hotel Central, vivió el señor Martínez con la señora Rosalía como en su propio hogar, hasta que pereció en el año de 1952.

En suma, el señor Martínez R., "reconoció como su hija natural a la señorita Rosalba Martínez García durante toda su vida, esto es, desde el día en que ella vino al mundo hasta el momento de su muerte".

El señor Juez de primera instancia negó las declaraciones pedidas en la demanda y el Tribunal confirmó, en sentencia contra la cual interpuso recurso de casación la demandante, recurso que ha sido tramitado en debida forma hasta llevar el negocio al grado de recibir fallo, a lo cual se procede.

II—DEMANDA DE CASACION:

La demanda de casación fue introducida en tiempo oportuno, lleva por fecha 18 de abril de este año y como preámbulo dice el recurrente lo siguiente:

"Por medio del presente escrito acuso la sentencia de 10 de septiembre de 1957, del Tribunal Superior de San Gil, dictada en el juicio ordinario de Rosalía García Prada y Rosalba García Martínez contra la sucesión o los herederos reconocidos del señor Rogerio Martínez R.

"Y la acuso con base en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por ser dicha sentencia violatoria indirectamente de la ley sustantiva, por no haber aplicado los textos invocados como base para la declaración de la paternidad natural de Rogerio Martínez R. respecto de su hija Rosalba Martínez García y para la del derecho de la hija a recoger la herencia del padre natural, o sean los artículos 1 y 4, ordinales 3 y 4 y 5 de la Ley 45 de 1936, 1.921 del Código Civil, 19 y 20 de la Ley 45 de 1936 y 85 de la Ley 153 de 1887. "Omisión indebida" como la ha calificado la Corte, ocasionada por apreciación errónea de unas pruebas y falta de apreciación de otras, como en su lugar lo expondré, con lo cual incurrió el Tribunal en errores de derecho sobre materia probatoria y en error de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos.

"Dicho de otro modo, el Tribunal, al omitir el estudio de las pruebas que indicaré al especificar los cargos, y al no darles a otras, que también indicaré, el valor que la ley les asigna, violó directamente las disposicones que señalaré, en materia probatoria, llegando así a la violación indirecta de las normas sustantivas indicadas como base de las declaraciones y condenas pedidas. (Véase sentencia de 24 de septiembre de 1954.

GACETA JUDICIAL, tomo LXXVIII, número 2.146, página 657).

"Siguiendo el mismo orden del fallo que acuso, cumpliré, pues, con el deber de señalar esos errores de apreciación, las disposiciones que han debido tenerse en cuenta al apreciar las pruebas, y la incidencia de esos errores evidentes, manifiestos, contrarios a la realidad probada "sobre la parte dispositiva de la sentencia impugnada".

El incurrente subdivide la acusación en dos cargos particulares que la Corte entra a examinar separadamente.

La parte opositora presentó "fuera del tiempo legal", según informe del señor Secretario, un extensísimo alegato impugnatorio de la demanda de casación.

III—PRIMER CARGO:

El recurrente formula este primer cargo en la siguiente forma:

"EL TRIBUNAL NO TUVO POR ACREDITADA LA CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD ESTANDO PLENAMENTNE PROBADA.

"Esta circunstancia se invocó en los hechos de la demanda al decir que "existen tarjetas y otros papeles escritos de Rogerio Martínez R. que contienen la confesión inequívoca de éste de ser el padre de Rosalba Martínez García" (hecho décimocuarto).

"Y la Ley 45 de 1936 en su artículo 4º, ordinal 3 dice: que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural "**si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre que contenga una confesión inequívoca de paternidad**".

"Para demostrar la mentada circunstancia se trajo a los autos una fotoscopia de la solicitud de matrícula a la National School de los Angeles, California U.S.A. suscrita por la señorita Rosalba Martínez García, (folios 140 del C. C.".

"Porque hay una carta de la dirección de dicho Instituto dirigida al señor Rogerio Martínez R. dándole cuenta de la admisión **"de su hija Rosalba,** quien me place comunicarle, ha quedado inscrito (sic) en este Plantel "y en que le dicen que cuenta con "la insustituíble cooperación de usted en cuanto a estímulo y esa ayuda que sólo los **padres o allegados** pueden prestar a los maestros" (f. 4 del C. "B".).

"Y porque hay otra carta posterior, dirigida a la señorita Rosalba, en que le dice el Jefe del Departamento educativo que "me he enterado con pena de la irreparable pérdida sufrida por usted, **con la muerte de su padre** por lo que le extiendo mi más sincera condolencia en nombre de esta institución y en el mío propio" (Folios 5 del C. "B".).

"Si el señor Martínez no se hubiera dirigido al Instituto mencionado, por escrito, en nombre de su hija, no tendría explicación racional que como a padre le contesten la nota o boletín de inscripción, que tuvo que firmarlo o autorizarlo con esa calidad. Esta no es una hipótesis, sino una consecuencia que se deduce de la primera carta. Y no se hubiera dirigido a la señorita Rosalba para darle el pésame por la muerte de "su padre", si éste no se hubiera dirigido al Instituto en esa calidad declarada.

"Pero, además, y sobre todo, se allegó al expediente una tarjeta impresa que la letra dice: "ROGERIO MARTINEZ R. A SU HIJA ROSALBA MARTINEZ G., como un recuerdo en el día de su grado. Socorro, noviembre 20 de 1948" (folios 90 del cuaderno "C").

"Ese escrito, hecho en imprenta, es cierto, emanó de don Rogerio Martínez R. y contiene una confesión inequívoca de paternidad, con respecto a Rosalba Martínez García.

"En efecto, la señora Zoila León viuda de Pinilla (folios 53 vuelto del cuaderno "C".), conocida y amiga de don Rogerio, de su hija Rosalba, y de la señora Rosalía dice que el día del grado de ésta, en la ciudad del Socorro, don Rogerio "la obsequió con un regalo que consistía en un estilógrafo y una camándula de oro, acompañado de una tarjeta impresa en que le decía que era para "su hija Rosalba Martínez G. como recuerdo en el día de su grado", aunque no recuerda el año ni el colegio en que se graduara.

"La señorita Marina Cuadros León (folios 109 del C. "C."), dice que fue invitada" a la fiesta que se celebró con motivo del grado de Rosalba, que don Rogerio le regaló una camándula de oro, marcada con el nombre de ella, marca que se veía en la cruz y un estilógrafo; había varios regalos y entre esos el de don Rogerio con la leyenda que se me indica, es decir: "Rogerio Martínez R. a su hija Rosalba Martínez G., como un recuerdo el día de su grado. Socorro, noviembre 20 de 1948". O sea la misma tarjeta que se me pone de presente (el suscrito Secretario deja constancia de que se puso de presente a la declarante la tarjeta a que se refiere); que esos regalos estaban "sobre la mesa con otros regalos" y que "así sucedió delante de mis familiares Conchita

Duarte y más gente que no recuerdo" y "que la tarjeta a que se refiere la pregunta la vi yo sobre la mesa con los regalos", aunque no la vió entregar.

"La señora Mariela Cuadros de Garzón (folios 105 del C. "B' y folio 51 del C. "D") se dió cuenta también del regalo del estilógrafo y del rosario de oro, con la tarjeta para su hija Rosalba Martínez. El necio y largo contrainterrogatorio —continúa el recurrente— no la hace caer en contradicción, pues dice que "presenció el regalo, y la tarjeta decía: "Para mi hija como recuerdo del día de su grado", lo cual explica agregando que cuando llegó al baile ya habían hecho los regalos, o sea, que los vió y vió la tarjeta y cita a otras personas que también obsequiaron a la señorita Rosalba.

El demandante en casación continúa su exposición así:

"Prueba elemental y precaria" es para el Tribuna ésta. ¿Por qué? ¿Cómo se explica que un día trascendental para toda muchacha, aquel en que recibe un grado en una profesión u oficio, haga un hombre una reunión para celebrar el hecho y delante de todo el mundo deje ver regalos para "su hija", si no es verdad el hecho?

"¿Por qué el tipógrafo no reconoció la tarjeta? También porque murió o lo asesinaron, según informes verbales.

"Pero un documento privado se tiene por reconocido cuando habiendo obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, no se ha objetado o redargüído de falso para que la parte que lo presenta pruebe su legitimidad (artículo 645 del Código Judicial). Si se dice que aquí se redarguyó de falso, la parte que lo presentó probó su legitimidad, pues que tres declarantes dicen cuándo presentó el señor Martínez la tarjeta, y en qué circunstancia. Si los testigos mintieron ha debido ordenarse la investigación por falso testimonio. Pero eso no es posible porque no existe ese falso testimonio. El Tribunal quebrantó el precepto al no dar por legítimo el documento de que se viene hablando.

"No debe olvidarse que la ley permite que otros testigos abonen la buena fé y, la veracidad de un testigo fallecido y así se tiene la declaración por ratificada (artículo 694 del C. J.).

Agrega el recurrente que el Tribunal cita para luégo prescindir de ella una doctrina de la Corte: "Que no se requiere presentación personal, ni registro o reconocimiento de la confesión escrita de paternidad para la eficacia y conducencia de ella" (Casación de 5 de julio de 1945. GACETA JUDICIAL. LXXVIII, número 2.144, página 29) y que el juicio estimativo de esta prueba (carta y otro escrito emanado del presunto padre) se reduce a establecer que emana del padre confesante sin que sea necesario que el escrito sea de puño y letra de aquél ni que contenga su firma". Cita luego otro fallo de esta Corporación (Gaceta Judicial. LXXXII, 2.165-66, página 208)) sobre valor de la declaración de hijos en la de Renta y termina así: "El Tribunal quebrantó directamente el artículo 645 del Código Judicial y los artículos 603, 605 y concordantes sobre confesión judicial, e indirectamente el artículo 4., ordinal 3. de la Ley 45 de 1936, más los consecuenciales antes indicados".

SE CONSIDERA:

El apoderado del opositor rebate en un extenso alegato los argumentos de la acusación que sería muy dispendioso reproducir y que en el fondo coinciden con las siguientes apreciaciones de la Corte.

La primera condición que se requiere para que sea operante "la Confesión inequívoca de la Paternidad" es que sea personal; esto es que el documento en que aparece tal confesión emane directamente del padre que confiesa.

De aquí resulta que las cartas de un Colegio extranjero dirigidas a la supuesta hija natural del señor Rogerio Martínez R. no son adecuadas para probar tal confesión.

En cuanto a la tarjeta de felicitación impresa, que se exhibe como prueba de la misma confesión, hay que convenir en que adolece del mismo defecto, porque tarjetas de esa clase las imprimen por unos cuantos centavos, sin discriminación de la persona que lo ordene en cualquier Tipografía del país. El hecho de que tres testigos digan que les consta que el señor Martínez acompañó con esa tarjeta un regalo para Rosalba el día de su grado académico, no le confiere valor personal al documento. Por otra parte, es extraño que la demandante no haya hecho declarar al tipógrafo en cuyo establecimiento se hizo la tarjeta y al empleado u obrero que hizo el trabajo, sino a otras personas.

En relación con esto conviene advertir que lo personal implica que el documento haya sido escrito o autorizado o por lo menos firmado con firma autógrafa por el presunto padre, lo que no aparece en el presente caso.

No erró por tanto el Tribunal sentenciador al no aceptar esos documentos como prueba inequí-

voca de paternidad en relación con las personas de que se trata en este litigio, es decir de que don Rogerio Martínez confesó por medio de ellos, en forma inequívoca, ser el padre natural de Rosalba Martínez García habida en unión sexual con la señorita Rosalía García Prada.

Por lo tanto se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO:

Dice el recurrente: "**El Tribunal no dió por demostradas las relaciones sexuales estables y notorias** entre Rogerio Martínez R. y Rosalía García Prada, coexistentes con el tiempo de la concepción y el nacimiento estando plenamente acreditadas.

"El Tribunal quebrantó así indirectamente el ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 y directamente los artículos 688 y 693 y siguientes sobre todo los artículos 696 y 697 del mismo Código sobre valor del testimonio 660 a 666 sobre indicios y 604, 605 y 608 sobre confesión.

"El Tribunal trae las declaraciones de Aurelio Gast G., Raúl Rangel O. y Joaquín Ruda Ruiz y cita los nombres de los declarantes Vicente Ardila Zapatá, Alberto Rueda Durán, Antonio Patiño Osorio, Martiniano Prada y Luis Felipe Uribe, sin que de sus dichos deduzca nada sobre las relaciones sexuales, y las rechaza:

"a) Porque no dan las razones de sus aciertos;

"b) Porque los testigos Luis F. Uribe y los otros cuyo nombre cita, además del Párroco de Barichara, depone sobre la "conducta irreprochable, recatada y honesta" de la señora Rosalía García Prada lo cual demuestra que, si hubo relaciones sexuales, no lo fueron notorios; y,

"c) Porque la confesión extrajudicial hecha por Rogerio Martínez R. a varias personas de haber mantenido relaciones con la señora Rosalía García Prada y que fruto de tales relaciones era la señorita Rosalía (sic) Martínez García, "apenas sería comprobante, si acaso existiera la principal, o sea la testimonial que estableciera el concubinato en la forma y mediante las circunstancias exigidas por la ley".

Continúa el recurrente "trae a colación una doctrina de la Corte Suprema según la cual, la prueba indiciaria no es admisible para probar la filiación natural.

"Sea lo primero anotar el error de orden jurídico que consiste en afirmar que la ley exige la prueba "que estabelciera el **concubinato** en la forma y mediante las circunstancias exigidas por la ley" para dar por establecida la paternidad natural.

"Lo que la ley exige es que "entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, **aunque no hayan mantenido comunidad de habitación**", siempre que el hijo haya nacido entre los 180 días y los 300 de principadas o terminadas tales relaciones.

"Bien claro se dejó establecido al dictar la ley, que no quería que se hablara de concubinato, o amancebamiento, o vida marital, pues que bastaba la expresión "relaciones sexuales" siempre que sean estables y notorias, aunque no es indispensable que se demuestre "la vida marital" en una misma casa, de manera pública y escandalosa. (Gustavo A. Valbuena, derechos de los hijos naturales, página 269) lo mismo ha explicado la Corte en varios fallos, que es redundante citar.

"Pero como el Tribunal habla en otros lugares de las relaciones sexuales y notorias, y explica con todo tino el sentido del texto legal, ello demuestra tan sólo, unido a otras razones como las que dá sobre la vida honesta de la señora Rosalía, que procedió con un criterio de extremo rigor al analizar las pruebas hasta llegar al error patente de no ver pobado lo que está probado hasta la saciedad.

"Y sea lo segundo anotar el otro error de orden jurídico, al decir que la prueba indiciaria no es admisible para probar la filiación natural, aunque admita la testimonial a ese mismo efecto. Las relaciones sexuales no pueden probarse directamente, porque se verifican ocultamente, lejos de las miradas de los extraños, como es apenas natural que ocurra. Ellas se deducen de presunciones de indicios, de circunstancias que hacen presumirlas, como el trato frecuente y nó de simple amistad, la vida común como de casados (aunque no sea necesaria), la comunidad de dormitorio entre hombre y mujer, las declaraciones de los interesados etc.

"Afirmar otra cosa es absurdo y hasta ridículo. Sin embargo, la parte demandada exigió al contrainterrogar a los testigos prueba **directa** de las relaciones sexuales, y el Tribunal al analizar las pruebas acoge esta tesis en la práctica.

"Otra cosa es que los indicios se prueben con testigos y tiene que hacerse en la mayoría de los casos. "Indicio dice Dellepiane" es todo rastro, vestigio, huella, circunstancia; y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido". Y en otra parte explica que si las de-

claraciones se hubieran combinado para establecer un hecho accesorio, un hecho que no fuera el principal, el **sub-judice** y del primero se hubiere llegado al segundo por la vía deductiva, enonces el medio de prueba sería el indiciario, a pesar de haberse necesitado recurrir a testigos para llegar al resultado que buscaba" (Nueva Teoría General de la Prueba, páginas 63 y 67)".

A continuación el recurrente analiza una por una las declaraciones de testigos traídos en el término probatorio a los autos, análisis cuya transcripción sería imposible hacer en el presente fallo, y termina su apuntamiento del segundo cargo en la siguiente forma:

"Creo que he demostrado que el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece **de modo manifiesto, patente a primera vista, contrarios a la realidad procesal,** violatorios de la verdad y de la justicia, que llevaron al quebrantamiento del artículo 4º ordinal 4º, de la Ley 45 de 1936 y los consecuenciales citados.

"Porque declarar que Martínez y la señora García vivían en la misma casa, que allí comían y dormían juntos, que estuvo embarazada, que a poco tuvo una hija, que además, tanto la mujer como el hombre no ocultan sino que declaran a sus amigos y relacionados que esa hija es fruto de sus relaciones, lo cual fue notorio, es querer tocar el cielo con las manos. La justicia no puede negarse a declarar lo que todo el mundo reconoce en el ambiente en que los protagonistas vivieron. Los preceptos sobre pruebas indicados al principio de este aparte se ha quebrantado directamente y por consecuencia se ha violado el precepto sustantivo también indicado, que autoriza a declarar la paternidad natural con todas sus consecuencias jurídicas.

SE CONSIDERA:

Para declarar infundado el cargo y rechazarlo bastaría a la Corte, aplicando su jurisprudencia constante, tomar en consideración que los Tribunales son autónomos en la apreciación de la prueba que figura en los autos y que sirve de base para el fallo.

Si el Tribunal de San Gil consideró que las declaraciones traídas a los autos para probar las relaciones sexuales estables y notorias entre la señora o señorita Rosalía García Prada y el señor Rogerio Martínez R. y la circunstancia especialísima de que durante esas relaciones nació de Rosalía una niña, a quien puso por nombre Rosalba Martínez García, no son bastantes para producir esa prueba o no están de tal manera acopladas las unas a las otras para llegar a demostrar ese conjunto de circunstancias, nada puede hacer la Corte, que debe respetar la mencionada autonomía.

Pero es el caso que del estudio hecho en esta Corporación tampoco se llegó a considerar establecido por ese grupo de declaraciones la conexión suficiente entre las relaciones sexuales, si efectivamente existieron y la presunción establecida por el artículo 92 del Código Civil, pues la prueba testimonial para probar la confesión extrajudicial hecha verbalmente no es de recibo para acreditar circunstancias mecionadas, y las declaraciones de los testigos que deponen sobre hechos son deficientes y desconectadas. (Artículo 4º, Ley 45 de 1936, ordinal 3º).

El recurrente tacha como error de derecho cometido por el Tribunal hablar de concubinato cuando debió referirse en su argumentación a relaciones sexuales, pero es el caso que dicha Corporación no fundó su fallo en tal trastrueque, sino en no ser satisfactoria la prueba, como el mismo recurrente lo pone de manifiesto en la demanda de casación, en apartes que se han transcrito.

También tacha de error de derecho una afirmación que atribuye al Tribunal de que "la prueba indiciaria no es admisible para probar la filiación natural" lo que indudablemente no es exacto dicho de esa manera, pues es claro que los hechos de los cuales hay que deducir la prueba indiciaria si no pueden probarse con indicios, que es lo que en realidad aplicó el Tribunal y que es lo que pasa en este caso en lo relativo a relaciones sexuales.

Por tanto no prospera el cargo.

TERCER CARGO:

"El Tribunal —dice el recurrente— no tuvo por acreditada la posesión notoria de hija natural por parte de Rosalba Martínez, estando debidamente acreditada.

Agrega el recurrente que la posesión notoria del estado civil está señalada en los hechos 15º a 21 de la demanda, hechos que copia y luégo agrega:

"Pues bien, la posesión notoria de aquel estado duró desde que nació la niña Rosalba Martínez García en San Gil en 1931 hasta que Rogerio Martínez R. pereció en 1952.

Luégo se refiere a los escritos sobre confesión de paternidad y a las declarantes Zoila León V. de Pinilla, Marina Cuadros León y Mariela Cuadros de Garzón quienes declararon sobre la entrega del regalo y tarjeta tipografiada el día de

la fiesta del grado de Rosalba, testimonios que ya han sido tomados en consideración por la Corte.

Finalmente, después de referirse a las declaraciones de varios testigos presentados por la parte opositora relacionadas con la conducta de Rosalía en materia moral y con las entrevistas de la misma con un señor Camargo, afirmaciones que rechaza invocando el testimonio del señor Cura de Barichara y de otras personas sobre la buena conducta de aquélla, para terminar afirma que: "No solamente una, sino tres circunstancias, para declarar la paternidad natural con todas las consecuencias jurídicas, están demostradas"; y, pide, en consecuencia, que se invalide o case la sentencia recurrida y que en sentencia de instancia se hagan las declaraciones y condenas pedidas en la demanda con la cual se inició este juicio.

También sobre este cargo alega extensamente la parte opositora.

SE CONSIDERA:

Las declaraciones invocadas por EL DEMANDANTE EN CASACION para darle base a este tercer cargo son exactamente las mismas a las cuales se refirió en el segundo que, como ya se dijo, no encuentra satisfactorias la Corte para fundar en ellas la prueba de las relaciones sexuales estables y notorias en la época de la concepción de Rosalba, conforme al postulado de Hipócrates adoptado por nuestro Código Civil en su artículo 92; y que, aun mucho menos pueden considerarse suficientes, en concepto de la Sala, para acreditar la posesión notoria del estado civil que reclama.

Como tantas veces se ha repetido: el concepto de la Corte es nítido sobre estos asuntos y aparece incorporado en numerosos fallos, dentro de los siguientes lineamientos:

1º. El juzgador debe ser muy cauto para aceptar pruebas deficientes acerca de los puntos que se juzgan en los litigios sobre filiación natural, no solamente porque ello envuelve o puede envolver el despojo de derechos legítimamente vinculados por la ley a las relaciones de familia formadas dentro de los cauces legales, sino porque el interés social y el orden público se fundan precisamente en la organización familiar debidamente constituída; y, naturalmente en ese mismo interés social y ese orden público exigen que no se introduzcan en la familia elementos extraños que tienden a degradar y a desmoralizarla.

2º. El Tribunal de instancia es autónomo (soberano dicen los fallos de la Corte) para apreciar las pruebas y no es dado a la Corte, a pretexto del recurso de casación, quebrantar esta autonomía ni pretender modificar la convicción que la prueba ha creado en el fallador. La casación está instituída para defender el derecho y nó para otra cosa.

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fecha 10 de septiembre de 1957, en el juicio ordinario seguido por la señorita Rosalba Martínez García contra la sucesión de don Rogerio Martínez, sobre filiación natural y petición de herencia.

Se condena en costas al recurrente.

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

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

LA VENTA DE DERECHOS Y ACCIONES EN UNA SUCESION NO TIENE LA EFICACIA SUFICIENTE PARA TRANSMITIR AL COMPRADOR LOS BIENES IDENTIFICADOS COMO CUERPO CIERTO QUE SE DETERMINEN EN ESCRITURA DE VENTA. — CRITERIO SOBRE ACUMULACION DE ACCIONES. — REFORMA DE TESTAMENTO, PETICION DE HERENCIA Y REIVINDICACION. — LIMITE DE LA SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — PRESUNCION DE BUENA FE. — LA MALA FE DEBE APARECER SIEMPRE DE MANIFIESTO EN HECHOS CONTRARIOS A LA RECTITUD Y HONESTIDAD DEBIDA A QUIEN TAL CONCEPTO SE ACHACA.—LA PRUEBA PERICIAL NO OBLIGA SINO MEDIANTE LA AVALUACION JURIDICA DEL JUEZ, QUE ES A QUIEN CORRESPONDE EN DEFINITIVA, DETERMINAR EL VALOR PROBATORIO DEL PERITAZGO. — SI EN LA DEMANDA SE PIDIO LA LIQUIDACION EN ABSTRACTO DE LOS FRUTOS, EL FALLADOR NO PUEDE CONDENAR AL DEMANDADO EN CONCRETO

1.—Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, la venta de derechos y acciones en una sucesión que es perfectamente válida no tiene la eficacia suficiente para transmitir al comprador los bienes identificados como cuerpo cierto que se determinen en escritura de venta porque esta determinación sólo se puede hacer en la partición.

2.—El criterio y la doctrina sobre acumulación de acciones en una misma demanda, es hoy más amplio que antaño por el principio que los doctrinantes modernos denominan la economía procesal, puesto que no pudiendo tener los litigios un carácter de indefinidos ni ser admisible ya la tesis de que fallado un litigio es necesario entablar otro para hacer efectivos todos los derechos de la parte que demanda, lo cual implica mucho tiempo, hasta largos años, que no se compadece hoy con la actividad que preside en la sociedad en todos los órdenes de cosas y con el criterio de que es preciso evitar gastos a las partes que acuden ante la justica, ese criterio repite la Corte, es el que prevalece actualmente y así en varios fallos, por ese criterio se ha orientado esa superioridad.

Ejercitándose en la demanda tres acciones —reforma del testamento, petición de herencia y reivindicación—, no importa que se estimen como principales, porque en ningún caso son contradictorias, o sea, no se excluyen entre si recíprocamente. Si pueden aceptarse acciones que sean contrarias, que no son excluyentes con mayor razón son de recibo acciones que entre sí no se excluyen y que pueden prosperar todas en un mismo fallo.

La acción de petición de herencia encarna la reivindicación según el artículo 1.321 del Código Civil y no solamente contra el heredero putativo sino contra terceros según la norma 1.325 del mismo estatuto.

Si se sostuviera que es preciso en primer término, obtener por un fallo judicial la reforma del testamento, y en otro juicio distinto ejercitar la acción de petición de herencia y extremando las cosas en otro juicio diferente la acción reivindicatoria, se iría contra el criterio de la economía procesal ya expuesto y fundamentado y los procesos serían indefinidos.

3.—Como se ha dicho repetidas veces, el Tribunal goza de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aducidas por las partes al proceso, procediendo en su labor estimativa de conformidad con los principios generales de la sana crítica y de la tarifa legal. La Corte, no puede modificar en el recurso extraordinario aquella apreciación salvo un error de hecho manifiesto o un error de derecho en cuyos casos procede la infirmación del fallo.

4.—Ciertamente, el artículo 769 del Código Civil consagra en sus términos la presunción de buena fé; pero aquella presunción queda destruída si el sentenciador halla un

conjunto de pruebas dotadas de la suficiente eficacia o mérito legal para desvirtuarla, sin que por ello pueda decirse que incidió en violación del ordinal 4º del artículo 766 del Código Civil que en concordancia con los artículos 768, 769 y 964 ibídem, configuran jurídicamente el concepto de buena fé del poseedor.

5.—Para la Corte, la mala fé debe aparecer siempre de manifiesto en hechos contrarios a la rectitud y honestidad debida a quien tal concepto se achaca, y es por esta razón por la cual, los Tribunales deben ser muy cautelosos en estas materias, máxime cuando generalmente su apreciación escapa a la censura de la casación cuando se halla basada en pruebas para cuyo examen y aceptación gozan de singular amplitud los jueces de fondo.

6.—Auncuando el artículo 721 del Código Judicial prescribe que en tratándose de avalúos o de cualquier regulación numérica, el dictamen explicado y fundamentado de dos peritos hace plena prueba, ello no es óbice para que el juzgador apoyándose en razones válidas pueda desechar aquel experticio en virtud de la amplitud de criterio de que goza para la calificación probatoria sin excepción alguna. Dentro de este orden de ideas la norma antes citada, no puede interpretarse como una obligación mecánica que obliga forzosamente al sentenciador a aceptar a todo trance el dictamen de los peritos auncuando reúna las calidades o exigencias prescritas en el precitado artículo 721. Bien ha dicho por ello la Corte:

"El artículo 721 del Código Judicial no implica necesariamente que el juzgador tenga que darle plena prueba a la exposición pericial" (Casación LI, números 1.973 y 1.974, mayo 29 de 1941).

7.—Cuando el actor solicita en la demanda que los frutos se liquiden de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, el sentenciador no puede condenar en concreto a la parte demandada en los términos del dictamen pericial, porque fallaría en exceso y quizá daría margen a un motivo de casación que posiblemente se podría alegar con éxito en el recurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

El señor Luis Castrillón Valencia por escritura pública número 183 de 11 de marzo de 1925 otorgada en la Notaría de la ciudad de Ipiales, reconoció como su hija natural a la hoy llamada señora Clemencia Castrillón de Mejía, cuyo estado civil no se discute en este juicio. El mismo Luis Castrillón Valencia, casado con la señora Tulia Maya de Castrillón, otorgó su testamento, el cual se halla contenido en la escritura de protocolización número 62 de 6 de febrero de 1946, otorgada en la Notaría Primera de Ipiales. En ese testamento el testador dispuso de todos sus bienes a favor de su esposa y además declaró que su cónyuge, la señora Maya de Castrillón había aportado al matrimonio la suma de diez mil pesos ($ 10.000.) que deberían pagársele de los bienes que dejaba.

El testador Castrillón Valencia falleció el 22 de diciembre de 1945, sin dejar hijos legítimos, sino solamente su hija natural ya mencionada y su esposa doña Tulia Maya de Castrillón.

Fundada en estos hechos Clemencia Castrillón de Mejía por medio de apoderado demandó a doña Tulia Maya viuda de Castrillón, para que previa la tramitación de un juicio ordinario, se hicieran las declaraciones siguientes, que pueden sintetizarse así:

Que se reforme la cláusula cuarta del testamento otorgado por Luis Castrillón Valencia en cuanto por dicha cláusula se dispone de la cuarta de mejoras de la herencia del causante Castrillón Valencia en favor de su esposa y que por lo tanto esa cuarta debe adjudicarse a la hija natural del causante

Que se reforme la citada cláusula cuarta en cuanto a la declaración contenida en ella, sobre que la demandada Tulia Maya viuda de Castrillón aportó la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00) al matrimonio, la cual deberá sacarse de la herencia del causante, toda vez que no siendo cierta esa declaración, lo que contiene ésta es una donación o un legado a favor de la esposa del testador que menoscaba la cuarta de mejoras de la hija natural de éste, menoscabando también la legítima rigurosa de dicha hija natural.

La demandante ejercitó igualmente en la demanda la acción real de petición de herencia y pidió que se declarara que pertenecen a la sucesión y herencia de Luis Castrillón Valencia y a

la sociedad conyugal que Luis Castrillón tuvo formada con la señora Tulia Maya de Castrillón, los siguientes bienes, proindiviso consistentes en los fundos de "Tusandala", "San José", "El Salado", "Bella Vista" y "Yanalá", cuyos linderos se indican en la demanda.

Que se adjudique en favor de la demandante Clemencia Castrillón de Mejía la herencia de su padre natural ya mencionado, y se ordene la restitución de la mitad de los bienes antes especificados, más los frutos naturales y civiles percibidos o que hubieran podido percibirse con mediana actividad desde la muerte del causante hasta el día de la restitución

El Juez Primero del Circuito de Ipiales en sentencia de 18 de agosto de 1954 desató la litis en primera instancia que en lo esencial dice:

"I.—Refórmase el testamento de Luis Castrillón en su cláusula cuarta, testamento que corre en las diligencias de protocolización de que trata la escritura pública número 62 de 6 de febrero de 1946, de la Notaría primera de este Circuito, testamento cerrado otorgado en Ipiales a veinte de junio de mil novecientos treinta y cuatro, en el sentido de que es ilegal la disposición de la cuarta de mejoras que allí se hace en favor de la demandada, señora Tulia Maya de Castrillón, y que tal cuarta corresponde y se adjudica a la demandante, señora Clemencia Castrillón de Mejía, en su condición de hija natural del causante; y también en el sentido de que la suma de diez mil pesos, tiene el valor de una donación en favor de la cónyuge sobreviviente, que ha de imputarse para su efectividad a la cuarta de libre disposición de que dispuso el causante en bien de la misma donataria o demandada.

"II.—Condénase a la demandada, en favor de la demandante, a restituír la cuarta de mejoras de que trata el punto anterior.

"III.— Condénase, además, a la demandada a restituír en favor de la demandante las dos cuartas partes más de la herencia del mismo causante, o sea la correspondiente mitad que constituye la legítima rigurosa.

"IV.—Las cuartas de que tratan los puntos anteriores, recaen, o se tomarán, sobre los bienes gananciales de don Luis Castrillón, esto es, sobre la mitad de los adquiridos dentro de su matrimonio y que aparecen inventariados como tales en la diligencia de facción de inventarios de treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, practicada por este Juzgado en el sucesional del causante, protocolizado según escritura pública número 980 de 31 de octubre de 1947, pasada en la Notaría Segunda de este Circuito; y especialmente sobre estos raíces que se alinderan a continuación:

"a) Fundo "Tusandala", ubicado en jurisdicción de este Municipio, limitando: oriente, con propiedades que fueron de doña Rosa Argoti, zanja por medio; norte, con las de Pastor Viveros, zanja por medio; occidente, con las que fueron de Sixta Vela, las de Lucila Arellano y las que fueron de la misma Rosa Argoti, zanjas por medio; y con las de Rafael Sarasti, quebrada de agua al medio y con las de los herederos de Ramón Herrera, labio de quebrada al medio; y luégo otra vez con terrenos que fueron de Rosa Argoti, zanja al medio; y sur, con las de Rosa Argoti, zanja al medio a cerrar el primer lindero.

"b) Fundo "San José", ubicado en jurisdicción de este Municipio, en el Corregimiento de La Victoria, limitando: por el oriente, con terrenos del que fue Julio Hormaza y Segundo Cadena, zanja por medio; occidente, con terrenos de los señores Segundo, Enrique y Julio Ortega B. zanjas por medio; norte, con terrenos de los mismos señores Ortegas y Eliseo Guerrero, zanja y cerco por medio; y sur, con el río Chingual al medio.

"c) Fundo "El Salado", ubicado en este Municipio, limitando: oriente, con propiedades de José Putacuar, zanja por medio; occidente, con las de Manuel Tucanes, Mesías Putacuar y José María Caicedo, zanjas y cercos al medio; sur, con la cordillera "La Virgen Negra"; y por el norte, con propiedades de Marcos Tunanez y Rubén Pinchao, zanja de chilcos por medio.

"d) Fundo "Bella Vista", ubicado en jurisdicción de este Municipio, limitando: sur, con propiedades de Manuel Guarán, la quebrada Pún por medio; Oriente, con propiedades de Alvaro Chacua y Eloy Yandun M., por la cuchilla hasta el mojón de Miguel Rosero en loma recta; norte, con las de Miguel Rosero, mojones de por medio; y occidente, con las de N. Recalde y Samuel Guaspud, quebrada por medio; y

"e) Fundo "Yanalá', ubicado en jurisdicción de este Municipio, limitando: oriente, con terrenos de Floresmilo Ituyan, Samuel Táquez, zanja al medio y con propiedades de Jesús López, tapias al medio; occidente, con la carretera que conduce de Ipiales al Contadero; norte, con los terrenos de Malaquías y Wersindo Táquez y Rogelia Ituyán, zanja y callejón al medio; y sur, con terrenos de Secundina Ituyán y Jesús López, tapias al medio.

"V.—La restitución de las tres cuartas partes de la herencia de don Luis Castrillón ordenada en los puntos anteriores, se verificará dentro de los

seis días siguientes a la ejecutoria de este fallo.

"VI.—Inscríbase lo pertinente de la sentencia en la oficina de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito, previa cancelación de la inscripción de la demanda comunicada a la misma oficina por oficio número 212 de 14 de agosto de 1953.

"VII.—Costas comunes".

Ambas partes apelaron de dicho fallo cuyo recurso fue concedido por auto de fecha 30 de agosto de 1954, y el Tribunal de Pasto en sentencia de fecha 2 de agosto de 1955 confirmó la sentencia proferida por el Juez A-QUO con la adición de condenar también a la demandada al pago de los frutos no solamente los percibidos, sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia desde la fecha del fallecimiento del causante Luis Castrillón Valencia hasta el día de la restitución de los bienes ordenada en la sentencia de primer grado.

Uno de los Magistrados salvó el voto (folio 37).

Ambas partes recurrieron en casación y tramitado el recurso pasa a decidirse, no sin observar antes que la tramitación, —sin que esto engendre nulidad de ninguna especie—, fue irregular, porque por una equivocación de la Secretaría se le dio primero traslado a la parte recurrente demandada, cuando ha debido ser todo lo contrario y no hubo oportunidad para que la parte recurrente demandada contestara la demanda de casación de la parte recurrente demandante, quien a su turno tampoco contestó la demanda de casación de la parte demandante recurrente.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal halló viables la acción de reforma del testamento, la acción de petición de herencia consecuenciales e interpretó la demanda relacionando a la parte marcada con la letra b) de la cuarta súplica de los hechos segundo, tercero y cuarto, relacionados en la acción petitoria de herencia y se expresó al respecto así:

"No puede, pues, limitarse la acción de petición de herencia a la legítima rigurosa sino a la efectiva, esto es a las tres cuartas partes de los bienes relictos, como así lo declaró la sentencia de primera instancia. Si hubo exceso en la súplica conforme a lo dispuesto en el artículo 210 del Código Judicial, debe condenarse a lo que ha demostrado tener derecho, a las tres cuartas partes, en lugar de las cuatro cuartas partes del haber hereditario, el cual a su turno equivale a la mitad del haber de la sociedad conyugal Castrillón-Maya. No existe cambio del objeto de la demanda porque siempre se refiere a cuotas partes determinadas en la herencia o patrimonio del causante o bien del acervo común, en partes alicuotas preterminadas por la ley.

"Como de acuerdo con lo expuesto el apoderado de la demandante sustancialmente promovió las dos acciones dichas, o sea la de reforma de la cláusula cuarta del testamento y la de petición de herencia, en relación con las tres cuartas partes del caudal hereditario, se procede a estudiar la naturaleza de cada una de estas acciones, para resolver, primero, si se han demostrado y después si han sido o no desvirtuadas por algunas de las excepciones alegadas".

Se ha hecho la anterior transcripción para poner de relieve el pensamiento del Tribunal, sobre lo que se demanda y sobre interpretación de la demanda.

Para mayor claridad de este fallo, transcribe la Corte la cláusula cuarta del testamento del señor Luis Castrillón Valencia de que ya se ha hecho mérito, cláusula qua dice así:

"Cuarto.—Dispongo lo siguiente que se cumplirá estrictamente: Prescindiendo de la casa enumerada antes que pertenece exclusivamente a mi esposa, de todos los bienes restantes sacará mi esposa Maya de Castrillón, la suma de diez mil pesos que aportó al matrimonio, de lo que queda sacará mi misma esposa la mitad que le corresponde por sus gananciales y de la otra mitad que es de lo único que puedo disponer, una cuarta de mi libre determinación y la otra cuarta parte de mejoras las dejo a mi ya citada esposa en pago de tantos servicios que me ha prestado. Del resto de mis bienes declaro a mi señora Tulia Maya de Castrillón como a mi única y universal heredera, no sólo de los bienes enumerados en este testamento, sino de lo que no lo estuvieren y de los que por cualquier causa pudieran corresponderme hasta el tiempo de mi muerte; pero si después de mi muerte aparecieren algunas personas con derecho a reclamar herencia se les dará de lo que quede después de sacar mi esposa los diez mil pesos que le adeudo, su mitad de gananciales y las dos cuartas de que dispongo según la ley, de la masa de bienes que resulte".

La sentencia que se estudia es clara, de una claridad meridiana, de manera que se cumplió el precepto del artículo 471 del Código Judicial y el fallador de Pasto interpretó bien la demanda, que aunque no es un modelo de claridad ,si se destaca en ella cual fue el contenido del libelo. La Corte, como lo ha dicho esta superioridad muchas veces ha aceptado que los falladores puedan

interpretar una demanda, sin variar los factores del libelo, lo que ha sucedido en el caso presente.

El recurrente ciñéndose al salvamento de voto del Magistrado de Pasto y transcribiéndolo dice así:

"Existe en los autos prueba fehaciente de que los bienes herenciales de Luis Castrillón, después de haber liquidado la demandada a su favor la mortuoria, están en poder de terceros transferidos a diversos títulos por la heredera putativa y en tales eventos de esta acción no conlleva la restitución de los bienes relictos por no ser poseídos por el heredero aparente. En tales casos el fallo debe concretarse a declarar el mejor derecho del legítimo heredero para suceder al difunto en los bienes de la mortuoria, pero la restitución tiene que reclamarse por los cauces legales a la persona o personas que detenten la posesión material".

La Corte observa:

Si se estudia el cargo desde el punto de vista de la incongruencia de la sentencia, la acusación no puede prosperar porque el fallo recayó claramente sobre lo demandado. Si se sostiene que los bienes que constituyen la herencia salieron del patrimonio de la demandada, la Corte observa también lo siguiente:

La demanda fue contestada el 2 de marzo de 1949 (fojas 14 del cuaderno principal) y el 17 de diciembre de 1948 (fojas 10 del mismo cuaderno) consta que se ofició al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito sobre la inscripción de la demanda, con lo cual quedaron fuera del comercio todos los bienes que forman el acervo herencial, y el Juez que admitió la demanda dijo lo siguiente en su auto de 17 de diciembre de 1948, (fojas 10 del cuaderno citado):

"Inscríbase la demanda en el libro de registro de demandas civiles, para cuyo efecto se enviará inmediatamente el oficio del caso al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este Circuito".

El Juez fijó de acuerdo con la ley en mil pesos la fianza que debía dar la parte demandante, fianza que se otorgó y se sentó la respectiva diligencia (fojas 16 del cuaderno principal). Los bienes, pues, determinados en el libelo de demanda y a que se refiere la petición de herencia quedaron fuera del comercio.

Cinco años después de la inscripción de la demanda se otorgó la escritura número 269 de 21 de octubre de 1953 de la cual aparece que Adelaida y Clara Elisa Vera vendieron con pacto de retroventa a Rosa Tulia Bolaños especialmente los derechos y acciones en su calidad de herederas de la señora Tulia Maya de Castrillón, viuda de Luis Castrillón y determinaron los bienes sobre que recayó la venta. Las vendedoras declararon que para los efectos legales no sólo responden de su calidad de herederas de la que fue señora Tulia Maya de Castrillón, sino que advierten que ésta última adquirió a su vez sus respectivos derechos como heredera testamentaria en la sucesión del señor Luis Castrillón. (Fojas 22 a 24 del cuaderno número 8). Por escritura número 190 de 8 de julio de 1954, es decir, seis años después de la inscripción de la demanda, Adelaida y Clara Elisa Vera vendieron a Noemio Coral las acciones y derechos que las vendedoras tienen sobre un globo de terreno denominado "Bella Vista" como herederas de Tulia Maya de Castrillón (fojas 25 a 27 vuelto, ibídem).

Las nombradas vendedoras podían vender sus derechos y acciones en la sucesión de la señora Tulia Maya de Castrillón por lo que a ésta le correspondiera, pero sin afectar los derechos que la demandante tuviera en la sucesión de su padre natural Luis Castrillón.

Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, la venta de derechos y acciones en una sucesión que es perfectamente válida no tiene la eficacia suficiente para transmitir al comprador los bienes identificados como cuerpo cierto que se determinen en escritura de venta porque esta determinación sólo se puede hacer en la partición. De manera que por las escrituras mencionadas los bienes especificados en ellas, no entrarán en el patrimonio de las compradoras sino cuando se haga la partición y se les adjudique esos mismos bienes.

Por las ventas mencionadas no puede sostenerse que lo que le corresponde a la demandante hubiera salido del patrimonio de la demandada y por otra parte vale la pena observar que la restitución ordenada por la Corte no afecta los bienes, o sea los gananciales y la cuarta de libre disposición que le corresponde a la actora.

Así se ve claramente del fallo acusado y por lo tanto éste no peca por incongruencia.

El cargo que se estudia, no puede, pues, prosperar.

El segundo a la sentencia, por la causal primera del artículo 520 del Código Civil, violación de la ley, lo divide el recurrente en tres capítulos que pasan a estudiarse por separado.

Acusa la sentencia en el capítulo a) por error evidente en la interpretación de la demanda, y

por consiguiente, violación directa del artículo 209 numeral 3º. del Código Judicial e indirecta de los artículos 946 y 947 del Código Civil, por falta de aplicación y 1.321 de la misma obra por indebida aplicación.

El argumento en que se basa esta acusación consiste, en que en sentir del recurrente el actor en la demanda acumuló indebidamente las acciones de reforma del testamento, petición de herencia y reivindicación, que ejercitadas simultáneamente como principales se estudian entre sí según afirma el recurrente.

El criterio y la doctrina sobre acumulación de acciones en una misma demanda, es hoy más amplio que antaño por el principio que los doctrinantes modernos denominan la **economía procesal,** puesto que no pudiendo tener los litigios un carácter de indefinidos ni ser admisible ya la tesis de que fallado un litigio es necesario entablar otro para ser efectivos todos los derechos de la parte que demanda, lo cual implica mucho tiempo, hasta largos años, que no se compadece hoy con la actividad que preside en la sociedad en todos los órdenes de cosas y con el criterio de que es preciso evitar gastos a las partes que acuden ante la justicia, ese criterio repite la Corte, es el que prevalece actualmente y así en varios fallos, por ese criterio se ha orientado esta superioridad.

Ante esta tesis o doctrina y ante preceptos claros de la ley, los contenidos en el capítulo 4º del Libro 3º del Título VII del Código Civil y ante los términos de la demanda, que si no es un modelo en su género, si se destaca en ella la intención del actor, el cargo que se estudia no puede prosperar por la siguiente razón:

En la demanda se ejercitan tres acciones: reforma del testamento, petición de herencia y reivindicación. No importa que se estimen como principales, porque en ningún caso son contradictorios, o sea, no se excluyen entre sí recíprocamente. Si pueden aceptarse acciones que sean contrarias, que no son excluyentes con mayor razón son de recibo acciones que entre sí no se excluyen y que pueden prosperar todas en un mismo fallo.

La acción sobre petición de herencia encarna la reivindicación según el artículo 1.321 del Código Civil y no solamente contra el heredero putativo sino contra terceros según la norma 1.325 de dicho Código.

La acción de reforma entablada en este juicio, puede decirse, que es la puerta de entrada para ejercer la acción sobre petición de herencia.

Si se sostuviera que es preciso en primer término, obtener por un fallo judicial la reforma del testamento, y en otro juicio distinto ejercitar la acción de petición de herencia y extremando las cosas en otro juicio diferente a la acción reivindicatoria, se iría contra el criterio de la economía procesal ya expuesto y fundamentado y los procesos judiciales serían indefinidos.

No hay obstáculo legal, para que el demandante hubiera acumulado esas acciones que no son contrarias e incompatibles entre sí, de modo que no hubo quebrantamiento del numeral 3º. del artículo 209 del Código Judicial, por parte del fallador de Pasto, al estimar que podían acumularse dichas acciones y por lo tanto, tampoco quebrantamiento de las demás normas sustantivas citadas en el cargo que se estudia, el cual por lo ya expuesto, no prospera.

El segundo cargo de este capítulo es el de violación de los artículos 20, 23 y 24 de la Ley 45 de 1936 por errónea interpretación.

La Corte observa:

Las normas citadas rigen para la sucesión intestada. El señor Luis Castrillón otorgó testamento, luego ésta era la ley de la sucesión, ley que por imperio de la justicia no puede operar en toda su integridad por cuanto se lesionaban con su memoria testamentaria los derechos de su hija natural que es la demandante.

Podía muy bien, el testador, disponer de la cuarta de libre disposición para su cónyuge sobreviviente, pero, no de la cuarta de mejoras porque ésta debía recaer sobre un descendiente del testador.

Así lo consideró el Tribunal de Pasto y apartándose en esto de una de las peticiones de la demanda, reconoció que la actora tiene derecho a las tres cuartas partes de la herencia del señor Luis Castrillón, salvando la cuarta de libre disposición para la cónyuge sobreviviente.

Se cumplió así la voluntad del testador, su testamento, reformado, por ministerio de la ley en la parte que lesionaba los derechos de la legitimaria.

El cargo por lo tanto no puede prosperar.

En el tercer capítulo de este cargo acusa el recurrente la sentencia por violación del artículo 1.321 del Código Civil por error evidente de hecho, el cual hace consistir en que la demandada después de que le fueron adjudicados los bienes, los enajenó y se hallan en poder de terceros, según las escrituras debidamente registradas que obran a los folios 22 a 27 del cuaderno número 8.

Considerando el artículo 1.321 del Código Civil

en sí mismo, no puede sostenerse que haya sido violado por la sentencia, porque esa norma consagra la acción restitutoria.

Por otro aspecto la Corte observa:

En la demanda se señalaron e identificaron los bienes sobre que recae la petición de herencia. La demanda fue contestada como ya se vio antes, el 2 de marzo de 1949 y el 17 de diciembre de 1948 se ofició al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito para su inscripción con lo cual quedaron fuera del comercio los bienes determinados en la demanda.

Cinco y seis años después de la inscripción de la demanda se otorgaron las escrituras números 269 de 21 de octubre de 1953 y 190 de 8 de julio de 1954, en las cuales las herederas de Tulia Maya de Castrillón vendieron con pactos de retroventa sus derechos y acciones en las fincas o predios especificados en la demanda.

Como lo observó la Corte al estudiar el primer cargo, esas ventas no podían afectar los derechos de la demandante ni por ellas salían ni salieron del patrimonio de la causante, los bienes a que tiene derecho la actora.

El cargo, pues, no puede prosperar.

El último aparte del capítulo que se estudia, es el de violación de los artículos 766 ordinal 4º., en relación con los artículos 768, 769 y 964 del Código Civil, por evidente error de hecho al condenar el Tribunal de Pasto a la demandada, como poseedora de mala fé.

Efectivamente así lo declaró el Tribunal y por ello ordenó la restitución de los frutos desde la muerte de Luis Castrillón. Sobre el particular se dijo en la motivación del fallo:

"El heredero putativo, además de restituír los bienes relictos debe abonar los frutos desde la muerte del causante, si fuere de mala fé; o desde la contestación de la demanda, si hubiere entrado de buena fé en posesión de aquellos bienes.

"Algunos tratadistas estiman que se debe considerar de mala fé el heredero putativo que, no obstante conocer la existencia de otros herederos de igual o mejor derecho, los excluyen en el goce de los bienes relictos, salvo el caso de que estos herederos preferenciales permanezcan inactivos o indiferentes en cuanto atañe al reclamo de sus derechos a pesar de tener conocimiento de la apertura de la sucesión (Aubry y Rau, VI, número 616).

"Si se aplica a este caso la anterior doctrina, como lo dispuesto en el artículo 768 del Código Civil, la demandada debe ser considerada como poseedora de mala fé, porque, en el hecho, conoció la existencia de la hija natural del causante, heredera de mejor derecho, por la escritura pública de reconocimiento; los términos mismos del testamento que respetaron la legítima rigurosa y la intervención de la actora, Clemencia Castrillón de Mejía, en el juicio de sucesión de su padre natural (folios 12 y siguientes, cuaderno número 7º).".

Como se deduce del pasaje antes transcrito, el sentenciador formóse su conciencia a través de la valoración que hizo de los elementos probatorios allí mencionados. Al proceder en esta forma obró dentro de la órbita normal de sus funciones, ciñéndose además, a las reglas legales y jurisprudenciales que reconocen su autonomía en esta materia.

Y si el Tribunal, como se ha dicho, goza de libertad de criterio para enjuiciar y estimar las pruebas aducidas por las partes al proceso, procediendo en su labor estimativa de conformidad con los principios generales de la sana crítica y de la tarifa legal, la Corte no puede modificar en el recurso extraordinario aquella apreciación salvo un error de hecho manifiesto o un error de derecho en cuyos casos procede la infirmación del fallo. Es obvio, que si el recurrente los hubiese demostrado y constasen en el proceso alguno o algunos de aquellos errores, el cargo, como es lógico, habría prosperado.

Ciertamente, el artículo 769 del Código Civil consagra en sus términos la presunción de buena fé; pero aquella presunción queda destruída si el sentenciador halla, como halló en el caso de autos, un conjunto de pruebas dotadas de la suficiente eficacia o mérito legal para desvirtuarla sin que por ello pueda decirse que incidió en violación del ordinal 4º. del artículo 766 del Código Civil que en concordancia con los artículos 768, 769 y 964 ibídem, configuran jurídicamente el concepto de buena fé del poseedor.

Por lo demás, sólo en guarda de la autonomía de que se halla investido el sentenciador en orden a la apreciación probatoria, se ha aceptado la calificación hecha por él en el pasaje de la sentencia antes transcrita, porque para la Corte la mala fé debe aparecer siempre de manifiesto en hechos contrarios a la rectitud y honestidad debida a quien tal concepto se achaca, y es por esta razón por la cual, los Tribunales deben ser muy cautelosos en estas materias, máxime cuando generalmente su apreciación escapa a la censura de la casación cuando se halla basada en pruebas para cuyo examen y aceptación gozan de singular amplitud los jueces de fondo.

Por las razones expuestas, no procede el cargo.

Recurso de la parte demandante.

Este recurrente acusa el fallo de Pasto porque por una parte lo considera omiso y por la otra estima que hubo error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Sostiene el recurrente que ha debido condenarse a la parte demandada en la suma de $ 82.897.-22 en que los peritos estimaron el producido líquido de los bienes, desde la muerte del causante Luis Castrillón, avalúo que corre visible a fojas 18 y siguientes del cuaderno número 7.

Fundado en estos conceptos el recurrente estima que se violaron por el sentenciador los ordenamientos de los artículos 593 y 472 del Código Judicial y además el 553 de la misma obra.

Invoca esta acusación la causal 2ª. del artículo 520 del Código precitado.

Fundado en la causal primera hace dos cargos a la sentencia por violación indirecta del artículo 1.323 del Código Civil en armonía con el 964 ibídem y violación del artículo 553 del Código Judicial.

Todos estos cargos deben estudiarse conjuntamente porque están enfocados todos sobre el mismo argumento a saber: que al no condenarse a la parte demandada al pago de los frutos que fijaron los peritos, se violaron, por uno u otro concepto las normas legales que cita en su recurso.

La Corte considera:

En realidad obra en autos el dictamen pericial a que alude el recurrente, pero por el hecho de que el sentenciador no se haya atenido a él para fijar en concreto el valor de los frutos civiles que se demandan, no incidió en violación de las normas citadas por el recurrente, por las siguientes razones:

Porque auncuando el artículo 721 del Código Judicial prescribe que en trtándose de avalúos o de cualquier regulación numérica, el dictamen uniforme explicado y fundamentado de dos peritos hace plena prueba, ello no es óbice para que el juzgador apoyándose en razones válidas pueda desechar aquel experticio en virtud de la amplitud de criterio de que goza para la calificación probatoria sin excepción alguna. Dentro de este orden de ideas la norma antes citada, no puede interpretarse como una obligación mecánica que obliga forzosamente al sentenciador a aceptar a todo trance el dictamen de los peritos auncuando reúna las calidades o exigencias prescritas en el precitado artículo 721. Bien ha dicho por ello la Corte:

"El artículo 721 del Código Judicial no implica necesariamente que el juzgador tenga que darle plena prueba a la exposición pericial". (Casación LI. Números 1.973 y 1.974, mayo 29 de 1941).

Por otra parte, en el ordinal b) del su libelo de demanda el actor del juicio formuló entre otras súplicas la siguiente:

"b) Que se adjudique en favor de la señora Clemencia Castrillón de Mejía, mayor y vecina de este Municipio, la herencia de su padre natural señor Luis Castrillón Valencia y se ordene la restitución de la mitad de los bienes antes especificados por la señora Tulia Maya viuda de Castrillón, mayor y vecina de este Municipio, tres días después de ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este litigio, juntamente con sus frutos naturales y civiles percibidos o que con mediana inteligencia y actividad se hubieran podido percibir a partir de la muerte de su padre natural hasta el día de la restitución, computados en la forma señalada en el artículo 553 del Código Judicial, en favor de mi representada la señora Clemencia Castrillón de Mejía, mayor y vecina de este Municipio".

Resulta, pues según lo anteriormente transcrito, que fue la misma parte demandante la que en forma expresa solicitó fueran liquidados los frutos de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial. Así lo ordenó el sentenciador, quien si como pretende el recurrente, hubiera condenado en concreto a la parte demandada en los términos del dictamen pericial, quizá habría fallado en exceso, dando margen a un motivo de casación que posiblemente se había podido alegar con éxito en este recurso.

Y como el sentenciador en la parte resolutiva de su fallo condenó al pago de los frutos civiles, es lógico, que no pudieron ser violados los artículos 1.323 y 964 del Código Civil, cuyas normas consagra la primera, el derecho a demandar la restitución de frutos en caso como el presente; y el segundo, impone al poseedor de mala fé la obligación de restituírlos cuando es vencido en la litis. Ambas cosas fueron resueltas y falladas dándole el Tribunal cabal aplicación a las normas que acaban de citarse.

Tampoco resultan infringidos los artículos 593 y 472 del Código Judicial, pues la sentencia del Tribunal está fundada en los hechos en los cuales apoyó su acción el demandante y que posteriormente durante la secuela del juicio fueron

objeto de plena comprobación judicial, dándole así aplicación al primero de los artículos que acaban de citarse. Y en cuanto al segundo de dichos artículos, basta la simple lectura de la parte resolutiva de la sentencia acusada, para concluír que allí no sólo fueron reconocidos los derechos demandados, sino que se señaló el procedimiento legal adecuado para obtener la efectividad de los frutos civiles a cuyo pago fue condenada la parte vencida en este enojoso litigio.

Por las razones expuestas, no se aceptan los cargos que han sido materia de examen.

* * *

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha dos (2) de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario iniciado por Clemencia Castrillón de Mejía contra Tulia Maya viuda de Castrillón.

No hay costas.

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

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

MANERA DE ACREDITAR LA CALIDAD DE HEREDERO TESTAMENTARIO.—LAS PRUEBAS APORTADAS AL DEBATE APROVECHAN A TODAS LAS PARTES. — PRUEBA DE LA POSESION DEL ESTADO DE HIJO NATURAL. — REQUISITOS DE LA CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD

1.—La copia de la escritura de protocolización de la diligencia de apertura y publicación del testamento en que se les designa como herederos a los demandados es prueba, conjuntamente con la certificación expedida por el Juez de la sucesión, de que ellos aceptaron su calidad de herederos testamentarios y de que fueron instituidos en el testamento que constituye la prueba indispensable de la identidad entre el instituído en el acto testamentario y la persona o personas que deben responder de la acción concedida por la ley en el presente caso, sin que a ello se oponga el hecho de que esos instituídos sean las mismas personas a quienes la ley llama a suceder abintestato.

2.—Dentro del actual sistema procesal colombiano, es craso error aplicar la regla que el Tribunal aplicó según la cual "las pruebas sólo aprovechan a quien las presentó y no pueden ser utilizadas por el juzgador en el fallo en forma que beneficie a la parte que no las presentó", teoría que destruye los principios consagratorios de "la lealtad procesal" y de "la comunidad de pruebas" en el C. J.

3.— La prueba de la posesión de estado comprende dos partes que son: la completa prueba de que el presunto padre se ocupe de proporcionar al supuesto hijo, alimentos, vestido y demás cosas necesarias para su relativo bienestar, que lo haya puesto en educación conforme a sus posibilidades y haya tomado las medidas para encarrilarlo en la vida mediante un adecuado establecimiento, todo naturalmente dentro de la necesaria relatividad; y la de que esto haya sido de tal manera ostensible y efectivo que haya llevado a los deudos y amigos al convencimiento de ser verdaderamente, el individuo que ha obrado de ese modo, el padre natural de aquel por quien ha velado en tan asidua manera. Esta última posición se sustituye por el convencimiento del vecindario sobre la misma materia, o se suma a ella según el caso.

4.—Para establecer la confesión inequívoca de paternidad es necesario que se reunan tres condiciones, a saber:

a.— Una manifestación hecha por escrito en que se haga tal confesión en forma llana que no deje lugar a duda;

b.—Que el escrito emane directamente del presunto padre, esto es que sea personal y no proceda de terceras personas; en otros términos, que provenga de él y solamente de él; y

c.—Que la manifestación hecha por escrito y emanada del presunto padre cree la convicción inequívoca de que realmente es el padre. Es decir que tenga carácter de sinceridad, y de realidad.

La jurisprudencia francesa, que es posiblemente la más generosa en esta materia, es explícita en exigir esas condiciones y la colombiana la ha seguido sin vacilaciones.

Una cuestión en que las jurisprudencias de los países han diferido es en lo relacionado con lo que puede llamarse la exterioridad del escrito contentivo de la confesión de paternidad.

La jurisprudencia española ha interpretado el artículo 135 del Código Civil que establece que "el padre está obligado a reconocer al hijo natural: 1º— Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad", en el sentido de que el documento que contiene la confesión debe ser escrito de puño y letra del padre y firmado por él. En Francia se acepta que el escrito pueda haber sido hecho por otro o por medio de una máquina, pero que esté firmado por el presunto padre y se establezca la autenticidad de tal firma.

Esta misma dirección ha seguido la jurisprudencia de la Corte, aunque parece desprenderse de ella que se admite una pre-

sunción de autenticidad mientras el escrito no haya sido objetado en cuanto a su procedencia u origen, pues establece que tal autenticidad en caso de ser objetada debe probarla el que hace valer tal escrito.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

I—BREVE HISTORIA DEL PLEITO MATERIA DE ESTE FALLO

La señorita Alicia Neira Silva introdujo demanda ante el señor Juez del Circuito de Barrancabermeja contra la señora Virginia Puerto viuda de Silva, en su doble calidad de cónyuge sobreviviente y de representante en ejercicio de la patria potestad de los menores Carmen, Ligia y Moisés Silva Gómez, reconocidos como interesados en la sucesión del señor Moisés Silva Gómez, que es la verdadera demandada, para que en juicio ordinario se declare que la demandante es hija natural del citado Moisés, fallecido en Bogotá el 12 de septiembre de 1954 y como consecuencia se reconozca su derecho en la herencia del finado y demás derechos resultantes de la expresada calidad.

El Juzgado del Circuito de Barrancabermeja absolvió a la parte demandada en sentencia de 25 de enero de 1957, la cual fue confirmada en todas sus partes por el Tribunal del Distrito Judicial de Bucaramanga en providencia que está fechada el 4 de septiembre de 1957.

Contra este fallo se alzó la expresada señorita Neira Silva por medio de su apoderado para ante esta Corte, interponiendo el recurso de casación, que ha sido tramitado en debida forma, y es la oportunidad de fallar.

DEMANDA DE CASACION:

Fue presentada el diez y seis de abril del presente año en un solo Capítulo, basado exclusivamente en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial que desenvuelve así:

II—CARGO PRIMERO:

"Violación de los artículos 1.008, 1.009, 1.011, 1.055, 1.064, 1.065, 1.070, 1.073, 1.078, 1.080, 1.082, 1.155 y 1.160 del Código Civil y de los artículos 1, 2, 3, y 4, de la Ley 36 de 1931, **por infracción indirecta proveniente de su no aplicación al caso controvertido, siendo así que los supuestos de hecho exigían la actuación de tales normas. En este yerro incidió el Tribunal por error de derecho en la apreciación de la prueba del testamento solemne aportado** a los autos y en la prueba de la confesión en la contestación de la demanda sobre los hechos k, l, m, y n del libelo.

La sentencia del Tribunal —continúa el recurrente— agotado el relato histórico del proceso, principia el análisis jurídico con una transcripción de otro fallo de esa misma entidad, en el juicio ordinario de la señora Beatriz Serpa viuda de Muñoz contra la sucesión de David Vega Luna, en el que destaca la diferencia apuntada por la técnica contemporánea entre los presupuestos procesales y la ilegitimidad de la personería sustantiva o legitimación en la causa. E invoca en su apoyo dos sentencias de la Corte de las cuales cita los pasajes que estima pertinentes y luégo continúa así:

"Observo:

"Las dos providencias mencionadas de la Corte son las proferidas por la Sala de Casación con fechas 16 de agosto de 1954 y 19 de agosto del mismo año, publicadas ambas en la GACETA JUDICIAL número 2.145, páginas 321 y 345 y nó la primera en el número 1.945 como erróneamente lo dice el Tribunal.

"La primera de ellas —juicio de Pedro José Mejía Giraldo y otros contra Juan G. Restrepo y Francisco Mera— se refiere al caso de un legado de unos terrenos asignados a Virginia Giraldo de Mejía, con la condición de que "si ella faltare" deberán pertenecer exclusivamente y con todos sus frutos a los **hijos de ella**" (Subrayo). Los demandantes que invocaban su condición de **hijos** de la legataria no acreditaron con las correspondientes pruebas el pertinente estado civil, por lo cual la Corte no casó la sentencia impugnada "por falta de pruebas de la personería sustantiva de los actores".

"Y en la segunda de las sentencias —juicio de Concepción Chaves contra Helena Castellanos Ortiz y otros— como herederas de Alcides Castellanos la Corte encontró la misma falla en cuanto a la legitimación en causa de la parte actora demandada (sic), habida consideración de que sólo se pretendió acreditar la condición de herederos de Alcides Castellanos con la prueba confesional.

"Como puede verse, en el primer caso, era indispensable acreditar la condición de **hijos** que no simplemente herederos de los Mejía Giraldo y en el segundo, la condición de **herederos** de las Castellanos Ortiz con respecto a Alcides Castellanos, con prueba distinta de la confesión, ya que la ley priva a ese específico medio probatorio de la virtualidad necesaria para acreditar el estado civil.

"Pues bien, en nuestro asunto acontece cosa completamente distinta, la demanda está enderezada contra la señora **Virginia Puerto viuda de Silva**, en su carácter de cónyuge sobreviviente, y como representante, en virtud de la patria potestad, de los menores **Carmen, Ligia y Moisés Silva Puerto, quienes representan a la sucesión del señor Moisés Silva Gómez y quienes como tales han sido reconocidos** como interesados en dicha sucesión" (Cuaderno 1, folio 6 el subrayo es mío).

Dice luégo el recurrente que en los autos aparecen copias del certificado notarial sobre muerte de Silva Gómez, copia de la escritura 132 de 18 de diciembre de 1954, Notaría de Barrancabermeja, protocolización del testamento y también el testamento cerrado, y agrega que de él son parte las siguientes cláusulas:

"Quinto. **Instituyo herederos de la mitad de mis bienes** o la legítima rigurosa una vez liquidada la sociedad conyugal **a mis** tres nombrados hijos Carmen, Ligia y Moisés Silva Puerto, por partes iguales".

"Sexto. Mejoro con la **cuarta** de mis bienes de que puedo disponer para este efecto a mis tres nombrados hijos **Carmen Ligia y Moisés Silva Puerto**, para que se les distribuyan en partes iguales"; y

"Séptimo. — Instituyo heredero de la cuarta parte de los bienes de que puedo disponer libremente a mi cónyuge **Virginia Puerto de Silva** y que el causante designó herederos de la totalidad de los bienes, precisamente a las mismas personas físicas contra quienes se endereza la demanda.

"El error del Tribunal estriba en que, ofuscado con la circunstancia de que el testador expresa de que (sic) los herederos testamentarios son precisamente su cónyuge **y** sus hijos legítimos, ha exigido para éstos las pruebas de los correspondientes estados civiles de cónyuge e hijos, sin caer en la cuenta de que son **herederos testamentarios**, y de que, por tanto, la prueba del testamento equivale a la prueba de su condición de herederos.

Agrega el recurrente que el testamento no fue revocado "porque cabalmente con la prueba desestimada por el Tribunal se acredita, también las diligencias de apertura de ese testamento" y que dicho testamento fue otorgado poco antes de la muerte de Silva (Cinco meses), que los herederos aceptaron la herencia, que la señora Virginia Puerto viuda de Silva confiesa en su nombre y en el de sus hijos que "es cierto que a la suscrita y a mis hijos nos fue adjudicado el patrimonio herencial en la forma que dispuso el causante en su testamento, por partición que está para el estudio del señor Juez y que lleva fecha 12 de diciembre de 1954", que los demandados "están en posesión del haber herencial y han percibido la totalidad de los frutos" y que los hechos anotados suponen esencialmente la aceptación de la herencia y la posesión de ella agregando que estos "hechos por lo demás sí son susceptibles de prueba confesional".

"De manera —continúa el recurrente en casación— que el Tribunal ha cometido un doble error de derecho en la apreciación de la prueba del testamento y en la prueba de la confesión sobre aceptación y posesión de la herencia por parte de los demandados. El testamento prueba o señala quiénes fueron instituídos como herederos y la contestación a la demanda acredita la aceptación de la institución hereditaria y la posesión del caudal herencial. A nadie se le ocurre que sea necesaria prueba solemne para acreditar el hecho o hechos de herederos que suponen la aceptación expresa o tácita de la herencia.

"El Tribunal ha violado, pues, los artículos 1.758 1.759, 1.765 y 1.769 del Código Civil y 604, 605, 606, 650 y 632 del Código Judicial, que le asignan pleno valor probatorio o las escrituras públicas contentivas del testamento y de la protocolización de las diligencias de apertura y a la confesión sobre aceptación y disfrute de la herencia, errores que aparecen de modo ostensible en los autos.

"Al través de la violación de estas normas sobre pruebas, ha incidido el Tribunal en infracción indirecta, en la violación de las normas contenidas en los preceptos del Código Civil y de la Ley 36 de 1931, enumeradas en el encabezamiento de este acápite". Luégo entra el recurrente en una disquisición jurídica sobre la calidad del testamento y su evolución a partir del Derecho Romano y luégo dice:

"En el caso sub judice, el testador instituyó herederos precisamente a las personas de sus hijos legítimos y cónyuge en la totalidad de sus bienes. Bien ha podido señalar a extraños como

herederos de la cuarta de libre disposición, extraños que serían tan herederos como los propios hijos o asignatarios forzosos. Por ejemplo, ha podido designar como heredero de dicha cuarta al Hospital de Barrancabermeja. Es tan extravagante el juicio del Tribunal que, con el mismo criterio, habría exigido para dicho Hospital la prueba del estado civil vinculante de los asignatarios forzosos.

"El error del Tribunal, pues, ha consistido en creer que la sucesión del señor Silva Gómez es una sucesión intestada, sin parar mientes en que estamos en presencia de una sucesión testada, la cual se rige por sus propias normas. Es claro que el razonamiento del Tribunal podría ser irreprochable en el caso de que el señor Silva Gómez hubiera muerto intestado, porque entonces actuarían de pleno derecho las normas supletivas de la sucesión intestada, las cuales sí habrían exigido la prueba solemne demostrativa del parentesco, ya que el llamamiento de la ley a los herederos intestados se hace en función de los vínculos de sangre como una demostración tácita de los efectos del causante".

Repite una vez más el recurrente que el Tribunal obró ofuscadamente al exigir en este caso la prueba del estado civil, cuando era suficiente la presencia del testamento y luégo dice:

"Añado la circunstancia de que el Tribunal invoca también en apoyo de su tesis lo resuelto por él en sentencia que desató el litigio entre la señora Beatriz Serpa viuda de Muñoz y la Sucesión de David Vega Luna", la que dice está en la Corte a conocimiento del mismo ponente en el presente juicio y continúa: "Por esto son por entero impertinentes las citas que el Tribunal de Bucaramanga ha hecho, tanto de las dos sentencias de la Corte como de su propio fallo mencionado".

El demandante en Casación hace luégo un comentario refiriéndose a las doctrinas de esta Corporación en materia de reclamación de estado civil y especialmente a la sentencia de 7 de octubre de 1955, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2.159, página 303, de la cual copia parte subrayando algunos conceptos.

Continúa dicho demandante: "Es tan avasalladora la fuerza de la verdad que ella se impone absolutamente al mismo Tribunal de Bucaramanga, quien de manera inexplicable, por lo ilógica, para la tesis que tiene, que no vacila en estampar los siguientes conceptos: "En el caso presente la demandante Alicia Neira, a quien sólo le basta negar su sedicente condición jurídica de hija natural del causante Moisés Silva Gómez, para estar debidamente legitimada en causa propia, tenía a su cargo la obligación de establecer por los medios probatorios adecuados que los herederos o representantes de la sucesión de su pretenso padre natural tenían en realidad esa condición jurídica, que es elemento **sine qua non** de la legitimación pasiva de la parte demandada, esto es, que las personas señaladas como la parte demandada sean de verdad las mismas llamadas a soportar la acción contra ellas dirigida y a contradecirla sustancialmente. Necesaria era esa demostración plena de que los demandados son los representantes genuinos de la sucesión del padre natural, sea por vocación legal o por INSTITUCION TESTAMENTARIA, para que pueda reconocérseles derechos a contradecir la acción de filiación natural, tanto más cuanto que esta acción, a falta de legítimo contradictor que es solamente el padre mientras viva, debe seguirse necesariamente por sus herederos legales o testamentarios" (Folio 17 del C. 5).

"Es decir —deduce el recurrente— que el mismo Tribunal acepta que se puede integrar la legitimación en causa con el heredero testamentario y sin embargo, en el presente caso no lo acepta.

Sintetiza el demandante en casación el cargo así:

"Con el testamento y las diligencias de su apertura se acredita que los herederos son los mismos demandados, y con la contestación de éstos a los extremos k) l), m) y n) del libelo o sea con la prueba de confesión, se acredita que aceptaron la herencia y que están en posesión del acervo sucesoral, estos hechos que si pueden ser demostrados con el medio probatorio de la confesión.

"El sentenciador, pues, ha incurrido en error de derecho en la estimación del testamento y en la contestación de la demanda. Estamos en un clásico "yerro de **valoración**" como con acierto lo ha llamado la Corte por haber estimado el mérito de los elementos de convicción en desacuerdo con los elementos de la ley constitutivos de la tarifa de pruebas. De esta suerte, el error de derecho a que alude la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, hace referencia al caso de que el Tribunal, en presencia de —subrayo— **una prueba, le haya desconocido el mérito que la ley le dá** o le haya reconocido uno de los que la ley lo priva (GACETA JUDICIAL, número del tomo LXIII, página 94) (sic).

"Y por la senda del error de derecho en la

estimación de estas pruebas, ha infringido los preceptos del Código Civil y de la Ley 36 de 1931 arriba mencionados, por los conceptos ya atrás dichos.

SEGUNDO CARGO:

"Violación de los artículos 1.757 del Código Civil, 593 y 597 del Código Judicial, por interpretación errónea.

"El Tribunal —dice el recurrente— para negar el valor probatorio del testamento, presenta este otro argumento: que el testamento fue aportado al juicio por la parte demandada y no por la parte demandante, por lo cual ésta no puede invocarlo en su favor.

"Y razona de esta guisa: "Por otra parte, tal testamento no debió presentarse con otra finalidad que la de acreditar que el opositor, doctor Pedro A. Gómez, tenía la calidad de albacea que alegó para constituírse como parte en el juicio. En realidad, el albacea es legalmente el portaestandarte del testamento, y está obligado a asumir su defensa en todo litigio judicial que pueda comprometer su integridad. De suerte que sólo en este sentido puede interpretarse y admitirse que se presentara la copia del testamento; pero en ningún caso para relevar a la parte actora de la obligación fundamental de su cargo de comprobar que los demandados son los verdaderos y genuinos herederos del padre natural".

"Invoca el Tribunal en apoyo de su extravagante tesis, y con ánimo que relieva un refinado narcisismo, algún pasaje de sentencia proferida por él en otro negocio.

"Establecen los artículos citados que quien alega una obligación o su extinción debe probarla; que todas las decisiones judiciales en materia civil, se fundan 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; y, que para estimar el mérito de las pruebas éstas han de formar parte del proceso, entre otras formas, por haberse pedido dentro de los términos señalados al efecto y practicado antes de la citación para sentencia.

"Aquí tenemos que la copia auténtica del testamento fue pedida oportunamente por la parte demandada dentro del término de petición de pruebas, en el capítulo tercero del memorial correspondiente (folio 2 del cuaderno número 3); que la prueba fue decretada por auto de febrero 17 de 1956 (folios 3 del mismo cuaderno), y que fue practicada y está formada por los folios 7 a 18 del mismo cuaderno, al cual según la atestación secretarial fueron agregados el 17 de mayo de 1956. Y que el auto de citación para sentencia tiene fecha septiembre 12 de 1956 (folios 28 del cuaderno número 1º).

"Se trata, pues, de una prueba legalmente pedida, producida y practicada y que, por ende, exigía ser apreciada. Pero el Tribunal ha incurrido en interpretación errónea de los mencionados textos, pues les imprime una consecuencia no prevista en ellos de manera alguna que las pruebas sólo benefician a la parte que las pide, y nó a la parte contra la cual se aducen. Tan peregrina teoría del Tribunal pugna con el postulado de la justicia universal de que la sentencia debe reflejar la realidad procesal. Que la verdad legal debe ser el trasunto exacto de la verdad real, que es el máximum de la aspiración a que puede llegarse en el desenvolvimiento de la actividad jurisdiccional del Estado, para impartir una justicia respetable.

Y continúa el recurrente: "De dónde saca el Tribunal que el juzgador debe estar afectado de una suerte de daltonismo legal que le impulsa a sólo ver en una prueba lo que le convenga a la parte que la pide, y a cerrar los ojos ante esa prueba en cuanto favorezca a la parte contra la cual se ha impetrado? Cuando ciertamente el derecho moderno aspira a implantar el sabio principio procesal llamado de la **lealtad procesal**, una de cuyas manifestaciones es cabalmente la de que las pruebas deben ser estimadas en sí mismas y derivar de ellas la plenitud de las consecuencias legales, sin tener en cuenta la parte de que proceden, Por eso, por ejemplo, en nuestra legislación procedimental está establecido que los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones, deben tener en cuenta que el objetivo de los procedimientos es el derecho efectivamente reconocido por la ley sustantiva (artículo 472 del Código Judicial) y que cuando el Juez halle justificados los hechos constitutivos de una excepción, debe declararla, aun cuando no haya sido alegada ni probada (artículo 343 ibídem). Y es bien sabido que el excepcionante se hace actor, y por consiguiente debía gravitar sobre él la carga de la prueba o su alegación de la extinción de la obligación.

"La tesis del Tribunal entraña una interpretación errónea de los artículos 1.757 del Código Civil y 593 y 597 del Código Judicial que le lleva a infringir, primero, las normas probatorias

citadas en el primer cargo y por la senda de ese error de derecho en la apreciación del testamento y de la confesión —tal como se expresó en dicho cargo— llega a infringir también indirectamente los preceptos civiles invocados en el primer grupo de cargos.

"Nadie más respetuoso que yo de las nobles disciplinas del derecho procesal, y de los ahincados esfuerzos que sus divulgaciones han hecho en Colombia en los últimos tiempos para darle la jerarquía que merece rama tan importante, como que gobierna nada menos que la atribución jurisdiccional del Estado. Soy sincero partidario de que se tecnifique el proceso, y se haga de éste un instrumento para cautelar la justicia. De aquí que se considere el procesalismo como una de las grandes conquistas jurídicas de la civilización contemporánea. Pero me ha asaltado siempre el temor de que los cultivadores de esta importantísima rama de la ciencia jurídica por un conocido fenómeno psicológico de la deformación profesional, animados por el impulso de realizar una gran depuración técnica en la lucha judicial incurren en el extravío de sacrificar el derecho a la fórmula. Cómo aconteció en épocas ya de decadencia del Derecho Romano, con el exceso rigorista del sistema formulario (sic) que llevó a perder el pleito al litigante que dijo **arbores** y no dijo **vites**, como en el ejemplo clásico.

"Creo que en esa deformación ha incurrido el Tribunal de Bucaramanga, en su erudita sentencia procesal.

Termina el recurrente en la siguiente forma su demanda: "Por los motivos expuestos, espero fundamente que la Corte case la sentencia proferida por el Tribunal de Bucaramanga y al proferir la sentencia de instancia, tenga en cuenta la prueba literal y testimonial que acreditan, al través de las causales 3ª y 5ª del artículo (sic) de la Ley 45 de 1936, la confesión inequívoca de paternidad y la posesión notoria del estado civil de hijo natural; y, por consiguiente, decrete la súplica de la demanda.

El opositor dedica un extensísimo alegato a analizar las pruebas sobre relaciones sexuales estables y públicas, sobre posesión de estado y época del nacimiento de la demandadora, que la Corte se abstiene de reproducir en este momento porque el recurso sólo puede versar sobre lo fallado o sea sobre si está o no establecido el presupuesto de la acción llamado "legitimación en la causa" respecto de la parte demandada. Es por esta misma razón por la que se consideran conjuntamente los cargos de la demanda de casación contra la sentencia dicha que solamente versan y solamente pueden versar sobre ese punto, no obstante la prolijidad del demandante.

SE CONSIDERA:

El señor Juez, y, de acuerdo con él, el Tribunal consideraron que el testamento otorgado por el señor Silva G. en que instituye herederos a sus hijos legítimos y a su esposa no es prueba de la calidad de tales, ni tampoco lo es el certificado traído a los autos expedidos por el señor Secretario del Juzgado del Circuito de Barrancabermeja el 16 de enero de 1956 en el que se expresa que en ese Juzgado se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión de dicho causante o sea el señor Silva G.; que se ordenó tener como interesados en el juicio a la señora Virginia Puerto viuda de Silva, en su carácter de cónyuge sobreviviente y a los menores Carmen, Ligia y Moisés Silva Puerto; que se llevaron a efecto las diligencias de inventario y avalúo de los bienes relictos; que la partición de los bienes fue presentada por el doctor Alfredo Carrizosa; y, que dicho trabajo de partición se halla al estudio del Juez.

Los principios sobre legitimación en la causa tanto activa como pasiva son suficientemente conocidos y esta Corporación los ha expuesto en diferentes fallos con lujo de detalles, lo que la exime de repetirse en esta vez, pues bastará examinar la GACETA JUDICIAL en donde se han publicado los mencionados fallos.

No cabe duda, por consiguiente, que sea necesario probar la identidad de los demandados con las personas contra quienes es concedida la acción por la ley; pero el Tribunal incurrió en error de derecho al considerar que por la circunstancia de que esa prueba había sido suministrada por la parte demandada y nó por la demandante no podía ser utilizada para declarar establecida la legitimación en la causa de dicha parte en la sentencia, cuando es exactamente lo contrario:

El hecho de que haya sido la parte demandada la que hizo venir a los autos en forma regular copia de la escritura de protocolización de la diligencia de apertura y publicación del testamento en que se les designa como herederos a los demandados es prueba, conjuntamente con ese ese documento), de que ellos aceptaron su calidad de herederos testamentarios y de que fueron instituídos en el testamento que constituye la prueba indispensable de la identidad entre el

instituído en el acto testamentario y la persona o personas que deben responder de la acción concedida por la ley en el presente caso, sin que a ello se oponga el hecho de que esos instituídos sean las mismas personas a quienes la ley llama a suceder abintestato.

En todo caso, dentro del actual sistema procesal colombiano, es craso error aplicar la regla que el Tribunal aplicó según la cual: "Las pruebas sólo aprovechan a quien las presentó y no pueden ser utilizadas por el juzgador en el fallo en forma que beneficie a la parte que no las presentó", teoría que destruye los principios consagratorios de "la lealtad procesal" y de "la comunidad de pruebas" en el Código Judicial.

Este error de derecho implica violación de las normas citadas por el recurrente y por lo tanto habrá de casarse la sentencia para entrar a estudiar lo tocante a la prueba de la paternidad cuya declaratoria se ha solicitado en el presente juicio, prueba que se pasa a examinar con el objeto de dictar fallo de instancia en el fondo:

Dice el opositor (Fls. 20 del C. de la Corte) lo que sigue: doctrina de la Corte es la de que se declaren probados los cargos del recurrente, no sería el caso de invalidar la sentencia recurrida, puesto que tampoco están demostradas "la confesión inequívoca de paternidad y la posesión notoria del estado civil de hija natural", **que alega el recurrente** sin demostrar que están probadas, omitiendo las relaciones sexuales entre el presunto padre y la madre de la demandante, como lo demostraré en forma sucinta.

"**Relaciones sexuales entre Trinidad Neira y Moisés Silva.**—Se invocan en los hechos a), b) y c) de la demanda.

"Estas relaciones tienen que ser estables y notorias y que, como fruto de ellas, haya nacido el hijo o sea dentro de los 180 a los 300 días de vigencia de tales relaciones (ordinal 4º de la Ley 41 de 1936 y artículo 92 del C. C.).

"Y se trajeron para probarlas, los testimonios de Margarita Enciso, Pedro A. Bretón, Carlos Arturo Gómez Mejía.

"**Margarita Enciso** (folio 8 del cuaderno 2) prima hermana de Alicia Neira, afirma que Moisés Silva y Trinidad Neira "vivieron juntos durante los años de 1925, 1926 y 1927 y que dentro de ese tiempo nació Alicia como fruto de esa unión". No dice cuándo nació la demandante Alicia Neira. Eso o esto. De tales dichos genéricos no se pueden deducir relaciones sexuales estables y notorias, puesto que nó explica por qué vivieron juntos, cómo les consta esa vida en común, cuando al principio asevera que viviendo en su casa Trinidad Neira, Moisés Silva **"allí las visitaba él"** (a la madre y a la hija) y subvenía a sus necesidades. Visitar a unas mujeres no es tener relaciones sexuales con una de ellas, ni menos estables y notorias, ni puede concluírse que de la unión naciera una hija, puesto que nada expone sobre el particular.

"Pedro A. Bretón (folios 28 del cuaderno 2) quien trabajó con el señor Silva "por el espacio de 10 años en Barranca" (Alicia Neira nació en San Vicente el 18 de 1926 (sic), no en Barrancabermeja según la partida del folio 2 del cuaderno 1.) dice que Moisés Silva hizo vida marital con la madre de la Srta. Alicia... de esta unión nació Alicia". Pero luégo afirma que en 1926 "no estaba yo en Barranca, yo llegué allí en el año 30". Luego si Alicia nació en San Vicente y nó en Barrancabermeja y sí en 1926 no estaba el declarante en esta última población, nada puede deducirse sobre el hecho de que las relaciones sexuales entre el señor Silva y la señora Neira naciera la demandante. Lo cual es definitivo al leer que el testigo declara que **"a mí no me consta el nacimiento de la muchacha"** (Se subraya).

"Carlos Arturo Gómez Mejía (folios 31 vuelto del cuaderno 2) socio de Moisés Silva en su negocio de Barrancabermeja no le consta "si sería hija o nó de él". Además, Alicia Neira nació en San Vicente y nó en Barrancabermeja y el declarante trabajó con el señor Silva en 1935 y la Neira nació en 1926, según su partida de bautismo (folios 2 del cuaderno 1).

"Eso es todo lo que da el expediente sobre relaciones sexuales y notorias, de las cuales habría podido ser fruto Alicia Neira, que no están acreditadas en forma alguna.

"**La confesión inequívoca de paternidad** hecha por escrito se alega en el hecho h) de la demanda diciendo que el señor Silva "mantuvo permanente correspondencia con su hija y con sus acudientes y personas encargadas de su cuidado".

"Al folio 3 del cuaderno 1 figura un telegrama dirigido por Moisés Silva a Elena Gómez para Alicia, a Zapatoca, en el cual dice que le desea muchos felices años de vida, que le enviará obsequio y que su silencio se debe a recargo de trabajo; el telegrama no indica reconocimiento alguno de paternidad, sino que no fue reconocido por su autor su firma hecha valedera por nadie, debido a su fallecimiento.

"Y a los folios 22 a 28 del cuaderno 4 figuran unas cartas dirigidas por Moisés Silva G. a Alicia, no se sabe a qué lugar, en que termina con el título de "papá".

"Los peritos que hicieron un cotejo de letras dicen que "**no somos expertos en grafología** pero teniendo en cuenta **la forma de letra y los rasgos de las firmas** en unos instrumentos y en las cartas, fueron puestos por la misma persona que se llamó Moisés Silva G". (Se subraya). Los peritos declaran, pues ,no ser peritos y las razones de su concepto, que son las que deben tenerse en cuenta consisten en afirmar que "la forma de letra y los rasgos de las firmas" se parecen en unos y otros documentos, lo cual no es concepto técnico que sirva de base de convicción.

"Los peritos se nombran para "la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales". (Artículo 705 del Código Judicial). Los de este caso no ofrecen "luces y experiencia" al Juez (artículo 715 ibídem), no expresan "con precisión, exactitud y claridad los fundamentos de su concepto y de las conclusiones a que llegaron" (artículo 716 ibídem). Su concepto lo expresa cualquier persona sin base de conocimientos especializados y no prueba nada. Si la prueba resultante del cotejo de letras "es incompleta" y constituye "un indicio más o menos grave o vehemente según los fundamentos y valor del dictamen pericial" (artículo 656 del Código Judicial) ningún mérito ofrece en una ocurrencia en que los llamados peritos principian por declarar que no son expertos y en que el único fundamento de su dictamen es el ya expresado.

"Esta circunstancia no aparece, pues, demostrada en forma alguna.

Sigue el opositor: "**La posesión notoria de estado civil** se alega en la demanda del juicio en los hechos d) a), i). Como es bien sabido, se requiere al efecto, según los preceptos legales, que el presunto padre natural haya tratado al presunto hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y que los deudos, amigos o conocidos lo hayan reputado en esta condición "a virtud de aquel tratamiento, posesión que debe haber durado, diez años continuos por lo menos" (artículos 5 y 7, de la Ley 45 de 1936 y 398 del C. C.).

"Siguiendo estas normas, véase lo que, en síntesis, exponen los testigos en el particular:

"Margarita Enciso (folios 8 del cuaderno 2), **la prima de Alicia Neira,** dice que Moisés Silva "ordenaba sus atenciones (¿qué significará esto?) y proporcionaba lo necesario para atender a todos sus gastos" que le escribía con frecuencia "le suministraba dineros para traerla" iba a visitarla "la sacaba a pasear" y tenía todas las atenciones con ella; que por su cuenta "estuvo en escuelas y colegios de Zapatoca y Bucaramanga"; pero termina diciendo que Alicia Neira vivió en Barrancabermeja "cuando estuvo pequeña", que luégo vivió con la madre y en Zapatoca y Bucaramanga y que por último se ausentó con Trinidad Neira para Cali. La testigo sólo una vez viajó a Zapatoca y siempre vivió o ha vivido en Barrancabermeja "desde hace treinta y cuatro años".

"La deponente no dá la razón de sus dichos, ni declara que los amigos y conocidos reputen a Alicia Neira como hija de Moisés Silva, ni, según sus dichos, presenció tratamiento de padre a hija durante los diez años continuos que la ley requiere.

"**Matilde Gómez Gómez (folios** 18 vuelto del cuaderno 2) dice que Alicia vivió en su casa **"como unos tres años"** (se subraya), que la trajo Moisés Silva y que se la recomendó "como hija suya", que pagaba los gastos de educación, le escribía a ella y la declarante, le dio el apellido, la presentó como hija y "la atendía como hija". Repite que estuvo en su casa "durante tres años", que no recuerda con precisión si el señor Silva "envió o trajo directamente a Alicia" (a Zapatoca) que "decía que era el padre de Alicia y además porque lo decía la gente".

"La ley requiere diez años continuos por lo menos de tratamiento de padre a hija para que pueda declararse la posesión notoria del estado civil y no sirven tres años; la ley requiere que los amigos y conocidos y los vecinos del lugar, en general, reputen como hija a una persona en virtud del "tratamiento" que el padre le dé, atendiendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y ese dato no resulta del testimonio.

"**Pedro A. Bretón** (folios 28 vuelto del cuaderno 2) declara que el señor Silva trasladó a Alicia a Zapatoca en 1948 o 1949 "donde le pagaba su internado", sufragaba los gastos de colegio y luégo a Bucaramanga; agrega que no precisa ni recuerda si Moisés "presentaba a Alicia a sus hijos y relacionados como su hija"; que en 1939 liquidó el testigo sus negocios con Moisés Silva y se trasladó a Bucaramanga; y que lo de los colegios le consta en los años de 1948 hasta el año de 1950 "en que la madre vino y se la llevó".

"De esta declaración no puede deducirse el tratamiento de hija que el señor Silva le diera a la

demandante atendiendo a su subsistencia, educación y establecimiento por diez años continuos, por lo menos como lo requiere la ley.

"María Rey U. (folios 29 vuelto del cuaderno 2) Secretaria del Colegio de Santa Teresita de Bucaramanga, dice que el señor Silva matriculó a Alicia en el colegio, como interna, **en el año de 1939;** que el padre vino a verla una vez o dos, no recuerdo y le trajo comestibles"; que al señor Silva se le pasaban las cuentas de ella; que no le consta "de fijo nada" de que la Neira fuera hija del señor Silva; que no sabe "nada" sobre si los dineros para el colegio provinieron de manos de don Moisés Silva; que no recuerda que el señor Silva le diera el calificativo de hija a la Neira y que "a mí no me dijo que era su hija"; y que en el colegio estuvo solamente los diez meses del año lectivo de 1939 y "después ella se fue del colegio".

"Carlos Arturo Gómez Mejía (folios 31 vuelto del cuaderno 2) entró a trabajar con don Moisés Silva en Barrancabermeja en 1935 y hasta 1948; que estuvo en colegios de Zapatoca y Bucaramanga; que la trataba como hija; que la muchacha "estuvo en Barranca me parece más o menos un año; que sufragaba los gastos de educación y los personales de la misma sin que pueda certificar con precisión la fecha que no recuerda en qué tiempo ni en qué año la tuvo estudiando en Zapatoca; que la trataba como hija porque andaba con ella cuando estaba en Barrancabermeja, ella iba allá al almacén"; pero termina diciendo que "yo no puedo recordar cuánto tiempo tuvo (sic) ella en Barrancabermeja, es decir, **si ocho días, quince días o un mes,** ni el año en que esto sucedió.

"No necesita comentarios esta declaración —dice el opositor— para concluír que no prueba nada sobre posesión notoria del estado civil en las condiciones de la ley.

"Olid García de Gómez (folios 32 vuelto del cuaderno 2) tuvo en una escuela que regentaba en Zapatoca a una niña que se llamaba Alicia Silva, le parece que "fue en el año de 1938"; ni la conocía antes ni la ha "vuelto a ver después"; no sabe que fuera del dominio público que "fuera hija de Moisés Silva"; no sabe quién le llevaría a Zapatoca a casa de Matilde Gómez, "ni quién la sostendría".

"Tampoco necesita comentarios esta declaración, negativa en un todo a las pretensiones de la actora.

"En el testamento expresó el señor Moisés Silva: "No tengo hijos naturales" (folios 16 del cuaderno 3).

"Angel Nassar (folios 34 vuelto del cuaderno 4) en declaración pedida por la parte actora, declara que NO le consta "si Moisés Silva hubiera tratado como hija a la citada Alicia (Silva Neira o Neira Silva), ni si la hubiera presentado con ese carácter a sus amigos y relacionados, ni si hubiera procurado a su sostenimiento, vestuario y educación, ni si la hubiera tenido estudiando en colegios de Zapatoca y Bucaramanga, pues nada de esto presencié".

"Basta y sobra lo transcrito —continúa el opositor— sobre este testimonio negativo sobre las pretensiones de la actora.

"Servideo Toscano (folio 35 del cuaderno 4) farmacéutico y droguista en Barrancabermeja no le hizo tratamiento ni le suministró drogas a Alicia Neira por cuenta de Moisés Silva; el señor Silva "trató siempre a Alicia Silva o Neira como a su hija y así me lo contaba a mí y lo decía a muchas otras personas de esta ciudad, y la estuvo ayudando mucho, pues la tuvo en colegio estudiando, **sin que yo recuerde o sepa en cuáles,** me parece que fue en Zapatoca y Bucaramanga; Silva le daba a la Neira el tratamiento de hija "por la voz popular y por las observaciones personales hechas por mí; no puedo precisar las "épocas"; **"Fue Silva quien me contó"** que él había hecho lo posible por educar y servir a su hija Alicia por multitud de veces; no sabe si los terceros oirían del mismo señor Silva tales cosas, aunque en el Municipio "era muy generalizada" tal noticia; no puede "precisar los años en que ella (Alicia) vivió en una u otra parte y **supe** que ya formada había estado fuera de este Municipio en colegio o estudiando por cuenta de Moisés".

Para terminar, el opositor dice que se practicó una inspección ocular en los libros de cuentas de Silva y unos no parecieron (los de 1948 hacia atrás) y en un libro de "cuenta personal" de Moisés correspondiente a 1939 "no fue hallado asiento de contabilidad alguno correspondiente a salidas para gastos con Alicia Silva"; agrega que las relacionadas son todas las pruebas del proceso y que de ellas no aparece demostrada la posesión notoria de estado civil. Como consecuencia solicita que no se case el fallo materia del recurso.

SE CONSIDERA:

Conforme al artículo 4º de la Ley 45 de 1936:

"Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural:

"1º. En el caso de rapto o de violación, cuando el hecho coincide con el de la concepción;

"2º. En el caso de seducción realizada mediante hechos dolosos, abuso de autoridad, promesa de matrimonio o de esponsales, siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y haga verosímil esa seducción;

"3º. Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad;

"4º. En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación, y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron;

"5º. Cuando se acredite la posesión notoria de estado del hijo".

Del examen de la demanda y de las distintas piezas del proceso aparece de manera irrefragable que no se ha invocado ni se invoca ninguna de las calidades comprendidas en los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; en cambio se han alegado, circunstancias que corresponden a los otros tres casos, o sea: la posesión notoria de estado del hijo; las relaciones sexuales estables durante la época de la concepción por parte de los progenitores presuntos y la existencia de cartas del pretendido padre en las cuales hace éste confesión inequívoca de su paternidad en relación con el reclamante.

Se tratará de cada una de ellas en el orden que se acaba de indicar:

POSESION DE ESTADO. Según el Art. 6º de la Ley citada:

"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 o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento".

Por consiguiente, la prueba de la posesión de estado comprende dos partes que son: la completa prueba de que el presunto padre se ocupó de proporcionar al supuesto hijo, alimentos, vestido y demás cosas necesarias para su relativo bienestar, que lo haya puesto en educación conforme a sus posibilidades y haya tomado las medidas para encarrilarlo en la vida mediante un adecuado establecimiento, todo naturalmente dentro de la necesaria relatividad; y la de que esto haya sido de tal manera ostensible y efectivo que haya llevado a los deudos y amigos al convencimiento de ser verdaderamente, el individuo que ha obrado de ese modo, el padre natural de aquel por quien ha velado en tan asidua manera. Esta última posición se sustituye por el convencimiento del vecindario sobre la misma materia, o se suma a ella según el caso.

En concepto de la Sala, la prueba aportada por la demandante no es satisfactoria, pues aunque se puede considerar configurada la demostración de hechos aislados, como el de que Alicia estuvo en un colegio de enseñanza en Zapatoca y en otro de Bucaramanga, los declarantes no llegan hasta asegurar, ni siquiera las rectoras de los colegios, que los gastos de educación los hubiera hecho el presunto padre, pues dicen ignorarlo; y, respecto de la subsistencia y establecimiento no hay verdaderas afirmaciones concretas con relación a una objetivación adecuada. Los testigos hablan en términos generales y vagos y ni siquiera están algunos de ellos en capacidad de hacer afirmaciones por no haber coincidido su presencia en los lugares respectivos con la de la demandante o con el presunto padre por el tiempo debido.

La prueba de que se trata no ha producido en la Corte la convicción necesaria para aceptar esta base de reconocimiento de filación natural. Además, y esto es común a todos los factores invocados, el presunto padre natural declaró expresamente en su testamento no tener hijos naturales.

RELACIONES NOTORIAS Y ESTABLES DE CARACTER SEXUAL entre el PRESUNTO PADRE Y LA MADRE EN EL PERIODO DE LA CONCEPCION.

La prueba en relación con este Capítulo es muy endeble, pues de los testigos hay unos que ignoran cuándo nació la señorita Alicia Neira Silva; hay otros, que estaban radicados en Barrancabermeja y aquella nació en San Vicente según aparece de la respectiva partida de bautizo; otros testigos ignoran la existencia de las relaciones sexuales o sólo vinieron a conocer a dicha señorita y al presunto padre en época posterior al nacimiento, pues solamente se vincularon a la ciudad de Barrancabermeja cuando ya el presunto padre vivía en ella.

La misma Margarita Enciso, tachada por su parentesco en cuarto grado de consanguinidad

materna con dicha señorita, no expresa en forma precisa lo relacionado con el momento del nacimiento, pues se limita a expresar que Moisés Silva y Trinidad Neira "vivieron juntos durante los años de 1925, 1926 y 1927 y que durante ese tiempo nació Alicia como fruto de esa unión"; y, en cuanto al socio comercial de Moisés don Carlos Arturo Gómez Mejía, quien por esta circunstancia debería ser el testigo más calificado para declarar sobre la vida y actos del presunto padre, manifiesta no constarle si "Alicia sería o nó hija de él" y Pedro Bretón que por haber sido empleado de don Moisés se hallaba colocado en posición de enterarse de sus andanzas dice: que no le consta el nacimiento de la muchacha, lo que por otra parte es perfectamente obvio puesto que dicho testigo trabajó con Silva en Barranca o fue su empleado; y, como ya se dijo, la partida bautismal de Alicia expresa que nació en San Vicente el 18 de julio de 1926.

No puede, por consiguiente, aceptarse como probado que Alicia Neira Silva hubiera venido al mundo dentro del lapso en que se presume la concepción conforme a la regla de Hipócrates adoptada por nuestro Código Civil.

La prueba aducida no convence, y además el testador dijo en su testamento no tener hijos naturales. Por otra parte, ya ha dicho la Corte en numerosos fallos que en esa delicada materia en que la estructura de la familia, célula viviente de la sociedad y del Estado, queda comprometida, es necesario proceder con extremada cautela.

CONFESION INEQUIVOCA DE PATERNIDAD. Para establecer la confesión inequívoca de paternidad es necesario que se reunan tres condiciones, a saber:

1. Una manifestación hecha por escrito en que se haga tal confesión en forma llana que no deje lugar a duda;

2. Que el escrito emane directamente del presunto padre, esto es que sea personal y no proceda de terceras personas; en otros términos, que provenga de él y solamente de él; y,

3. Que la manifestación hecha por escrito y emanada del presunto padre cree la convicción inequívoca de que realmente es el padre. Es decir que tenga carácter de sinceridad, y de realidad.

La jurisprudencia francesa ,que es posiblemente la más generosa en esta materia, es explícita en exigir esas condiciones y la colombiana la ha seguido sin vacilaciones.

Una cuestión en que las jurisprudencias de los países han diferido es en lo relacionado con lo que puede llamarse la exterioridad del escrito contentivo de la confesión de paternidad.

La jurisprudencia española ha interpretado el artículo 135 del Código Civil que establece que "el padre está obligado a reconocer el hijo natural: 1º. Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad", en el sentido de que el documento que contiene la confesión debe ser escrito de puño y letra del padre y firmado por él. En Francia se acepta que el escrito pueda haber sido hecho por otro o por medio de una máquina, pero que esté firmado por el presunto padre y se establezca la autenticidad de tal firma.

Esta misma dirección ha seguido la jurisprudencia de la Corte, aunque parece desprenderse de ella que se admite una presunción de autenticidad mientras el escrito no haya sido objetado en cuanto a su procedencia u origen, pues establece que tal autenticidad en caso de ser objetada debe probarla el que hace valer tal escrito.

La parte demandante ha presentado siete cartas o boletas que para mejor ilustración se copian en seguida: Están escritas a máquina.

"Barrancabermeja, mayo 19 de 1938.—Recordada Alicia:—Reciba en unión de las señoritas Gómez, mi cariñoso saludo con mis deseos por su bienestar. Oportunamente he recibido sus carticas, las que he leído con mucho cuidado. Por motivos de mis muchos quehaceres en el negocio, no me había sido posible escribirle con mayor anticipación. Gonzalo me dio la razón que usted me mandó para que le enviara unos libros para leer, pero sucede que aquí no se consiguen apropiados para su persona y por esta razón no he podido enviarle uno. Ahí le envío un jueguito para que pases las horas de descanso y mate así un poco el tiempo. En la tapa de la caja están las instrucciones de como se debe jugar. Como usted es ya una muchacha muy inteligente, supongo no encuentre ninguna dificultad en ello. Le envío igualmente la maletica que me dice le hace mucha falta para llevar sus útiles a la escuela.—Confío esté aprovechando mucho el tiempo y que su manejo sea cada día mejor para que de ese modo no se haga muy pesada para las señoritas que viven con usted.—Recuerdos para las señoritas Garcías y que muy pronto pasaré unos días en esa tierra.—Reciba el abrazo de su papá que le desea bienestar.—Hay una firma con lápiz rojo ilegible".

"Barrancabermeja, enero 7 de 1939.—Recordada Alicia: Recibí su cartica del 26 del mes pasado, y como usted sabe que en estos días vivo muy

ocupado, me había sido imposible contestarle.— Con mi amigo Gonzalo Picón, portador de la presente, le estoy escribiendo a la señorita Elena, dándole una explicación con relación a su viaje a Bogotá.—Yo pienso hacer lo más que me sea posible para salir a esa y traerla, salvo que se me presente algún inconveniente que lo impida. Me alegra que le hayan gustado las bobaditas que le envié el día de la pascua.— Vervalmente (sic) le dará más informes de viaje mi amigo Gonzalo, pues está para salir y no hay tiempo de escribir más.—Muchos recuerdos para las señoritas Gómez y Garcías, con mi saludo cordial de año nuevo.—Su papá que la abraza". Hay una firma más corta que la de la anterior ininteligible y con el mismo lápiz rojo.—'

"Barrancabermeja, agosto 5 de 1938.—Muy estimada Alicia: Aprovecho el viaje del amigo Pedro Bretón, para escribirle y tratarle algunos asuntos que son de su exclusivo provecho.—He tenido informaciones por varios amigos que han venido de Zapatoca, que usted es un poco desobediente y algo descuidada con sus cosas. Como yo tengo interés en llevarla a Bogotá para que haga estudios completos, tengo necesidad de que usted corrija estos defectos, pues no estoy dispuesto a hacer gastos de esta naturaleza si usted no pone de su parte para aprovechar los años que esté en Zapatoca.—Por otra parte, para mí es muy penoso que usted no observe muy buena conducta, pues las señoritas Gómez no tienen obligación de tolerarle y dá por resultado que ellas se cansan con usted y quien viene a sufrir las consecuencias es su persona.—Con Pedro le envío unas frutas para que se las coma en unión de las señoritas Gómez.—Debido al recargo de trabajo y a que en esta tierra no se consigue nada apropiado para usted no me fue posible enviarle el obsequio de cumpleaños, pero he recomendado al amigo Pedro para que lo consiga y en mi nombre de (sic) lo entregue.—Tengo deseos de ir un día de estos para hacerle una visita, pero como le digo he estado muy recargado de trabajo y no me ha sido fácil, tan pronto como se presente una oportunidad iré para visitarla.—Espero que ponga en práctica lo que le digo en la presente y que corrija esos defecticos que tiene.—Reciba un abrazo de su papá que le dá la bendición". Firma Moisés Silva G. con lápiz negro bastante legible—.

"Estimada Alicia: Ahí le mando esos jueguitos de pólvora para que los quemes con sus amiguitas que tenga.—Con mi amigo Alejandro Ariza, le envío un paquete con frutas y otras cositas para que igualmente haga de ellas el uso que estimes conveniente en unión de sus amigas.— Muy felices pascuas y venturoso año nuevo.— Las múltiples ocupaciones me han impedido ir a esa, cosa que he lamentado positivamente.— Muchas saludes para las señoritas Gómez y Garcías.—Su papá que la abraza".—Hay media firma ilegible con lápiz negro, al pie un sello que dice: 22 Dic. 1938.

"Barrancabermeja, junio 15 de 1939.—Mi querida Alicia: Son mis deseos que al recibo de la presente se encuentre muy bien de salud y que cada un día aproveche los estudios de la mejor manera.—Sus carticas las he recibido, pero como mis ocupaciones son tantas, tengo que privarme del placer de escribirle con alguna frecuencia.— No debe tener en cuenta y dicarme (sic) más ratos, pues para mí es muy placentero recibir a menudo sus carticas.— Con el amigo Fernando Pinilla, portador de la presente, le envío unas fruticas para que las coma en mi nombre en unión de sus amiguitas.—Como el señor Pinilla se regresa el lunes, espero que este buen amigo me traiga carta suya, y para este fin debe escribirla el domingo para que la tenga lista para su entrega.—Me hace el favor de saludarme muy especialmente a la señorita María Luisa y manifestarle mis agradecimientos por su gentileza al prestarle los servicios tan oportunos a su persona. Que progrese mucho y se conserve bien de salud, son los deseos de su papá que la abraza.— Firma ilegible con lápiz rojo.—P. D. He estado esperando un retrato suyo. Como mi último viaje a Zapatoca vi uno suyo (sic), mándeme el compañero si lo tiene cosa que no sea así, dígale a la señora María Luis (sic) que la lleve a una fotogragráfica para que le tomen uno y me lo manda, Hay un rasgo con lápiz rojo.

"Barrancabermeja, marzo 23 de 1943. — Muy estimado Alicia (sic)—Me alegró mucho recibir su carta de 17 de pte., pues francamente creía que había muerto o estuviera fuera del país en esta época en que están de moda estos viajes.— No me explico cual noticia haya podido llegar a usted sobre proyecto de viaje para ésta; hasta el momento nada he pensado sobre este particular menos ahora en que me encuentro imposibilitado para poderla tener aquí.—Cuando usted y su mamá resolvieron que era mucho mejor su permanencia en esa tierra, le manifesté muy claro que tal vez para regresar más tarde quedaba muy difícil y que por lo tanto debían pensar bien las cosas.—Pero a mí me parece lo más conveniente que usted continúe al lado de su mamacita, pues

es con quien mejor puede estar y fuera de peligros para su futuro.—De modo que puede continuar con sus estudios de artista en pintura y escultura, porque como le digo la noticia que ha llegado a sus oídos sobre proyecto de viaje no tiene ningún fundamento y usted podría perder su carrera dando crédito a noticias que no existen.—Además por aquí usted sabe que no hay profesores de escultura y mucho menos de pintura.—Que se conserve muy bien (sic) mis deseos. Hay una firma con lápiz azul ilegible.

"Barrancabermeja, enero 27 de 1944.—Estimada Alicia: Ahí le mando el pasaje de avión para su viaje de Medellín a Cali. Va abierto para que hable en la oficina de la Avianca con tiempo y le fijen el día de salida.—También le envié por conducto de la oficina de la Avianca la suma de $ 20.00 para sus gastos. Reclámelos en la oficina de giros.—Le doy este consejo para que lo tenga muy presente: Siga viviendo con su mamá y aprenda a ganarse la vida, pues usted todavía no sabe de esto y como no puede continuar haciendo gastos de pasajes de avión, debe pensar que es lo que va a hacer en Cali.—Reciba un abrazo".—Hay una firma con lápiz ilegible.

No cabe duda que el autor de las cartas o boletas que se acaban de copiar hace en ellas una confesión de paternidad al suscribirse como padre de la destinataria de las mismas.

Hay motivos para considerar que el autor de esas cartas fue don Moisés Silva Gómez, no obstante lo ilegible de las firmas, ilegibilidad que proviene nó de que hayan sido borradas o que el tiempo haya desteñido, sino de su propia sustancia; pues como generalmente ocurre con la mayor parte de las firmas, es muy difícil leerlas sin conocer previamente el origen de quien proceden.

Además, los peritos que intervinieron en la segunda instancia aun cuando manifiestan modestamente: "No somos expertos en grafología pero teniendo en cuenta la forma de la letra y los rasgos de la firma que dicen: "Moisés Silva G. tanto en los instrumentos como en las cartas mencionadas conceptuamos que todas ellas fueron puestas por la misma persona que se llamó Moisés Silva G., solamente en firmas tanto de los instrumentos como de las cartas, unas llevan tilde en el nombre y otras no lo llevan". Los peritos tuvieron a la vista, para comparar, el protocolo de la Notaría Primera de Barrancabermeja, en la que aparecen varias escrituras en las cuales figuran como parte el señor Moisés Silva G.

Resulta de lo anterior, que en concepto de la Sala está probado el primer elemento de la confesión de paternidad o sea "Una manifestación hecha por escrito en que se haga tal confesión en forma que ella no deje lugar a duda".

Igualmente puede considerarse establecido el segundo elemento que consiste "en que el escrito emane directamente del presunto padre", esto es que sea personal y no proceda de terceras personas; o, en otros términos, que provenga de él y solamente de él.

Pero ocurre que el tercer elemento requerido para establecer la confesión inequívoca de paternidad no resulta con la misma claridad, o sea que los documentos emanados del presunto padre creen la convicción inequívoca de que realmente el señor Moisés Silva G. es el padre de Alicia Silva, es decir, que reunan los caracteres de sinceridad y de realidad.

En primer lugar en ninguna de las cartas exhibidas se indica el lugar de destino.

Podría decirse que ese lugar era Zapatoca respecto de varias de ellas porque allí estudiaba la señorita Silva, pero ocurre que este hecho no resulta de las pruebas sino por referencias vagas de algunos testigos; y, hasta la misma Directora de la escuela donde se dice estudió, depone en una forma que lejos de dejar la convicción de realidad la destruye pues manifiesta: "Me parece que fue en el año de 1938, en la escuela que yo regentaba en Zapatoca había una niña Alicia Silva.... ...."Sí me consta que era de apellido Silva pero nada puedo afirmar que fuera del dominio público que dicha niña fuera hija del señor Moisés Silva....." Las demás respuestas son inocuas. Además las fechas de las cartas corresponden unas a 1938 y otras a 1939.

En segundo lugar, ninguna de las cartas expresa en realidad a quién van dirigidas, pues simplemente dicen: "Recordada Alicia, "Muy estimada Alicia", o simplemente "estimada Alicia" formas más bien comerciales que afectuosas y solamente una dice: "Mi querida Alicia", pero en todo caso no hay prueba de que realmente las misivas tuvieran como destinataria a la demandante "Alicia Silva Neira".

Por otra parte, se trata de cartas de clisé, en que un padre no tiene más que decirle a la hija que no le ha escrito porque está muy ocupado, que le envía unas fruticas y que se maneje bien.

Podría objetarse que el señor Moisés no tenía más Alicia a quien dirigirse que a la demandante en cualquier lugar del mundo donde estuviera, pero esto sería válido si estuviera debidamente probada la paternidad y aun así nadie

sabe las andanzas de un hombre soltero y sus aficiones por un nombre determinado.

Por otra parte, hay ciertas circunstancias externas que inducen a duda sobre la persona misma de la destinataria y son las siguientes:

En varias de esas cartas, que fueron enviadas a la mano, pero que nó se sabe a donde lo fueron, aunque sí la persona que las llevó o debió llevar, se expresan los nombres de los portadores.

¿Por qué, ante una circunstancia tan protuberante para los efectos de este litigio como la determinación del lugar de destino de las cartas y la persona a quien iban dirigidas, nó se hizo declarar a los referidos portadores?

¿Cuál es la razón para que no se haya solicitado en las pruebas declaración a D. Gonzalo Picón portador de la carta de 7 de enero de 1939 sobre estos extremos y ni siquiera figure en los autos?.

¿Cuál es la causa de que no aparezca en el mismo sentido y posiblemente sobre otros elementos aprovechables la declaración de Fernando Pinilla que llevó la carta de 15 de junio del mismo año, según en ella se expresa?; y,

¿Cuál es el motivo para que no se haya hecho declarar a Alejandro Ariza que de acuerdo con el contenido de la carta o boleta, que ni siquiera tiene fecha y lugar de expedición, llevó personalmente a una "estimada Alicia" cuyo apellido se omite?

Pero hay más: Pedro Bretón figura en la carta de 5 de agosto de 1938 como portador de la misma y nada dice en sus declaraciones nada absolutamente sobre que hubiera llevado esa carta y que la destinataria fuera la demandante y que el destino de su viaje y de la carta fuera Zapatoca, asunto de vital importancia en este juicio.

De otro lado, hay que considerar que la demandante nació en el año de 1926 en San Vicente de Santander del Sur, que el supuesto padre murió el 13 de septiembre de 1954 y sin embargo habiendo transcurrido veintiún años desde el nacimiento de la supuesta hija natural y su mayor edad nada hizo la madre para obtener el reconocimiento judicial de esa calidad de hija natural de Moisés Silva Gómez de su propia hija Alicia, teniendo a su disposición la acción correspondiente; y ésta misma dejó transcurrir cerca de diez años para mandar tal reconocimiento directamente del padre aun vivo.

Pero esta circunstancia es tanto más digna de tener en cuenta, si se considera que una y otra esperaron pacientemente a que sobreviniera la muerte del señor Moisés Silva Gómez para proceder, y que el mencionado Silva Gómez negó enfáticamente en su testamento dejar hijos naturales.

Podrían agregarse otras consideraciones para afirmar como afirma la Sala que falta el tercer elemento de la confesión INEQUIVOCA DE PATERNIDAD y es el de que la "manifestación hecha por escrito y emanada del presunto padre cree la convicción inequívoca de que realmente el señor Moisés Silva Gómez es el padre de la demandante Alicia Silva Neira; y, por lo tanto, en sentencia de instancia la Corte procederá a absolver a los demandados de los cargos de la demanda, aunque por motivos diferentes de los invocados en la sentencia del Tribunal que se casa y en la del Juez del Circuito de Barrancabermeja que se confirma en todas sus partes, por esos motivos diferentes.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, que lleva fecha cuatro de septiembre de 1957, dictada en el juicio ordinario sobre filiación natural de Alicia Silva Neira contra la sucesión de Moisés Silva Gómez, y confirma la de 25 de enero de 1957, proferida por el Juez Civil del Circuito de Bucaramanga, aunque por motivos diferentes como se expresa en el anterior estudio, sentencia cuya parte resolutiva dice:

"1º. No es el caso de hacer las declaraciones pedidas y en tal virtud se absuelve a la parte demandada de los cargos formulados en la demanda.

"2º. Condénase en costas a la parte actora".

Sin costas en casación.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada, con salvamento de voto.— **Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto,** Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ARTURO VALENCIA ZEA

Según el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: "Si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión, inequívoca de paternidad".

Exige, pues, la ley únicamente dos condiciones para que haya lugar a la aplicación del citado ordinal: a) La existencia de una carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre; y b) Que ese escrito contenga una confesión inquívoca de paternidad.

En el juicio de investigación de paternidad natural iniciado por Alicia Neira contra la sucesión de Moisés Silva Gómez, existe no sólo uno sino varios de dichos escritos.

En primer término, la carta que el 19 de mayo de 1938 escribió el pretendido padre a su hija que comienza "recordada Alicia", y termina "recibe un abrazo de su papá que le desea bienestar".

En esta carta el padre dá consejos a su hija y le dice que no le ha podido enviar los libros que le pidió, etc. Le insinúa que aproveche el tiempo y que su manejo sea cada día mejor.

En la carta escrita el 7 de enero de 1939 le dice: "Recordada Alicia" y termina así: "Muchos recuerdos para las señoritas Gómez y Garcías. Con mi saludo cordial de año nuevo. Su papá que la abraza".

Otra carta suscrita el 5 de agosto de 1938 comienza: Muy estimada Alicia y termina "Muchas saludes para las señoritas Gómez y Garcías. Su papá que la abraza".

Otra carta suscrita el 15 de junio de 1939 comienza "Mi querida Alicia" y termina "que progrese mucho y que se conserve bien de salud son los deseos de su papá que la abraza".

Una nueva carta suscrita el 23 de marzo de 1943 comienza: "Muy estimada Alicia" y termina "Que se conserve muy bien son mis deseos".

Otra carta escrita el 27 de enero de 1944 comienza "Estimada Alicia" y termina "Reciba un abrazo".

La sentencia de cuya parte motiva y más aún de su parte resolutiva me separo, dice textualmente: "**No cabe duda que el autor de las cartas o boletas que se acaban de copiar hace en ellas una confesión de paternidad al suscribir como padre de la destinataria de las mismas.** Hay motivos para considerar que el autor de esas cartas fue don Moisés Silva Gómez, no obstante lo ilegible de las firmas, ilegibilidad que proviene no de que hayan sido borradas o que el tiempo haya desteñido, sino de su propia sustancia; pues, como generalmente ocurre, con la mayor parte de las firmas, es muy difícil leerlas sin conocer previamente el origen de quien procede".

En este punto estoy de acuerdo con la sentencia y no sobra decir que insisto en que las cartas traídas a este juicio por la demandante Alicia Neira, contienen una confesión inequívoca de paternidad; una confesión clara de paternidad; una confesión diáfana de paternidad; una confesión irrebatible y evidente de que Alicia Neira, la demandante, es hija de don Moisés Silva Gómez.

Las seis razones de la Corte para negar la paternidad.

Pero la Corte en la anterior sentencia dice que es necesario para que proceda la declaración judicial de paternidad conforme lo ordena el mencionado ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, tres condiciones:

1ª. Una manifestación hecha por escrito en que se haga la confesión de paternidad; 2ª. Que el escrito emane directamente del presunto padre, y 3ª. Que la manifestación hecha por escrito y emanada del presunto padre, establezca la convicción inequívoca de que realmente es el padre. Es decir, que tenga carácter de sinceridad y de realidad.

La sentencia dice que los dos primeros elementos se encuentran debidamente probados, pero no así el tercero, pues, las mencionadas cartas no establecen "la convicción inequívoca de que realmente el señor Moisés Silva Gómez es el padre de Alicia Neira, es decir, que reúnen los caracteres de sinceridad y de realidad".

¿De dónde extrae la Corte ese tercer elemento o condición? ¿No se encuentra ya implícito en los dos primeros elementos?

Si realmente el escrito emana, sin lugar a du-

das, del pretendido padre por haberlo escrito él personalmente, y si tal escrito contiene una confesión inequívoca de paternidad, no se encuentra ya acreditado el elemento de la sinceridad y de la realidad? Si las cartas no fueran reales, sino falsificadas, tendríamos que faltaba uno de los elementos, o sea, el que exige que las cartas emanen del pretendido padre, y nadie ha dicho, ni mucho menos probado, que las mencionadas cartas sean falsas.

Pero veamos ahora cuáles son los argumentos esgrimidos por la sentencia para decir que no está probada la paternidad. En su orden son:

1º.—En ninguna de las cartas exhibidas se indica el lugar del destino;

2.—Ninguna de las cartas expresa en realidad a quiénes van dirigidas, pues simplemente dicen RECORDADA ALICIA; ESTIMADA ALICIA, etc., FRMAS MAS BIEN COMERCIALES QUE AFECTUOSAS Y SOLAMENTE UNA DICE MI QUERIDA ALICIA, PERO EN TODO CASO HAY PRUEBA DE QUE REALMENTE LAS MISIVAS TUVIERON COMO DESTINATARIA A ALICIA.

3º.—"Se trata de cartas de clissé de que un padre no tiene más que decirle a la hija que no le ha escrito porque está muy ocupado; que le envía unas fruticas y que se maneje bien".

4º.—¿Por qué no se hizo declarar a los portadores de las cartas?

5º.—La demandante nació en 1926 y el supuesto padre murió el 13 de diciembre de 1954 "y sin embargo habiendo transcurrido 21 años desde el nacimiento de la supuesta hija natural y su mayor edad, nada hizo la madre para reconocer esa calidad de hija natural de Moisés Silva Gómez de su propia hija Alicia, teniendo a su disposición la acción correspondiente; y ésta misma dejó transcurrir cerca de diez años para demandar tal reconocimiento directamente del padre.

6º.—El mencionado Silva Gómez "negó enfáticamente en su testamento dejar hijos naturales".

El examen de las seis razones expuestas.

Bien: todas estas razones carecen de eficacia para destruír en lo más mínimo los ya examinados dos primeros elementos para que se tenga por establecida la paternidad natural al tenor del varias veces citado ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

En cuanto a la primera razón se encuentra establecido que el lugar del destino de varias cartas era Zapatoca, pues allí estudiaba la demandante en el año de 1938. La Directora de la escuela dice que "le parece que fue en el año de 1938 en la escuela que yo regentaba en Zapatoca, que había una niña Alicia Silva".

Pero téngase en cuenta que las cartas o escritos no dejan de ser tales cartas o escritos por el hecho de que no se encuentre probado rigurosamente el lugar del destino; cualquier sitio es hábil para recibir cartas.

En cuanto a la segunda razón de que ninguna de las cartas expresan a quién van dirigidas, carece de valor, pues la demandante las presentó y nadie ha discutido que dicha demandante se llame Alicia Silva.

El problema entonces, es problema de identidad y ésta debe tenerse acreditada mientras no se pruebe que se está suplantando a otra persona. Y desde que las cartas no sean falsas, según lo declara la misma sentencia (no podría menos de declararlo), y desde el momento en que la demandante no está suplantando a otra persona, es porque ella era la dueña o propietaria de las cartas. En resumen, su destinataria.

En cuanto a la tercera razón de que se trata de "cartas de clissé", debe tenerse en cuenta: el pretendido padre no era un literato, era apenas un comerciante, cuya cultura alcanzaba apenas a las primeras letras. No se le puede exigir a aquel hombre que tuviera la agilidad de estilo, la variedad de expresiones, la elegancia idiomática que corresponde a un escritor. No se comprende qué otra forma de saludo podría emplear el mencionado Moisés Silva Gómez al dirigirse a su hija sino las expresiones "Recordada Alicia", "Muy estimada Alicia", "Estimada Alicia" o "Querida Alicia".

Y en cuanto a que el padre no tenía más que decirle a su hija sino "no le he escrito porque he estado muy ocupado, que le envía unas fruticas y que se maneje bien", cabe preguntar: ¿Qué otras cosas podía decir un hombre de tan pocos recursos mentales, según se dijo?

Además no es cierto que las cartas sólo tratan de los tres puntos a que se refiere la sentencia, sino que si se leen detenidamente, hay otros puntos en ellas, por ejemplo: el no envío de unos libros para leer el envío de un jueguito; el envío de una maleta para sus útiles de escuela; el consejo de que aproveche el tiempo y no lo pierda; las instrucciones sobre un viaje a Bogotá; la advertencia de que es un poco desobediente y algo descuidada con sus cosas, la de que corrija sus defectos, la excusa de que no le puede enviar un

obsequio de cumpleaños, la bendición de padre que le envía en una de sus cartas, etc.

En resumen, no puede sentarse la tesis de que los escritos o cartas a que hace referencia el ordinal 3º de la Ley 45 de 1936 deben ser cartas o escritos de un gran corte literario y que correspondan a un escritor profesional. La ley ha tenido en cuenta no sólo las cartas que pueda escribir un intelectual sino también las cartas que pueda escribir un campesino o un obrero.

En cuanto a la cuarta razón de que por qué no se hizo declarar a los portadores de las cartas, francamente esa no es ninguna razón. El abogado presenta sus pruebas a un juicio y tan sólo es necesario que dichas pruebas sean suficientes. Cada abogado tiene la manera de defender los intereses de sus clientes. Y no es justo que porque a un Magistrado de la Corte se le ocurra que otras han debido ser las pruebas, por ese motivo se desechen las presentadas a un juicio. Además con qué objeto hacer declarar a los portadores de las cartas, en el supuesto de que ello fuera posible, si ya se encuentra acreditado plenamente que realmente las cartas fueron escritas por el padre y que en ellas se contiene una confesión inequívoca de paternidad. Porque, se repite, en este pleito no existe la más mínima duda hoy día sobre la autenticidad y realidad de las cartas y sobre que ellas contienen una confesión inequívoca de paternidad.

En cuanto a la quinta razón de que por qué la hija no demandó en vida a su padre para que declarase judicialmente la paternidad considero que es una razón que no debiera figurar en la parte motiva de la sentencia. La ley permite investigar la paternidad natural tanto en vida del padre como una vez muerto. En el presente negocio la acción se ejerció una vez muerto el padre. Lo único que debe averiguarse es si se podía o no se podía hacer.

En cuanto a la sexta razón de que Silva Gómez negó enfáticamente en su testamento tener hijos naturales, igualmente estimo que no debe figurar en una sentencia tal razón.

Podrán los padres naturales exonerarse de cumplir sus obligaciones para con sus hijos naturales por el sólo hecho de negarlo? ¿En qué va a quedar de ahora en adelante la Ley 45 de 1936 cuando se sepa que el padre natural que no quiera reconocer a sus hijos naturales le será suficiente hacer testamento y decir que no los tiene?

En síntesis, serán las seis razones que se han glosado y que sirven de sustento a la sentencia para negar que Moisés Silva Gómez fue padre de Alicia Silva, una interpretación auténtica de la Ley 45 de 1936 especialmente del artículo 4º, o por el contrario, esas razones no serán, más bien un medio o instrumento para dejar sin efectos las acciones de investigación judicial de paternidad natural?.

Bogotá, 12 de septiembre de 1958.

ARTURO VALENCIA ZEA



LA INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS JUICIOS DE FILIACION NATURAL NO ES FORZOSA. — NULIDAD POR FALTA DE CITACION DE SU AGENTE. — QUIEN PUEDE PROMOVER ESTA ACCION. — LA REGLA DEL ARTICULO 697 DEL C. J. NO TIENE APLICACION EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL APORTADA PARA DEMOSTRAR LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL

1.—Si el interés general de la sociedad se encuentra envuelto en las cuestiones concernientes al estado civil, no es menos cierta y profunda la incidencia preponderante del interés privado y personal de quien promueve la acción para el reconocimiento de la paternidad natural por ministerio de la justicia. De donde se desprende que el sistema normativo al respecto es de orden público, pero establecido primordialmente para la adecuada protección de los intereses privados anexos al estado civil de las personas.

Por ello, la titularidad de la acción de reconocimiento se discierne exclusivamente al hijo, quien puede legimitarse en el proceso por sí mismo cuando posee plena capacidad de ejercicio, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, si es incapaz. Y para custodiar todavía con mayor esmero el interés de quienes llegan al mundo sin el amparo del ambiente hogareño en que la familia legítima se funda, está admitida a promover la acción en nombre del menor la persona o entidad que haya cuidado de su crianza y educación; de propio modo que el Ministerio Público tiene capacidad optativa para hacerse parte en los procesos sobre filiación natural, como representante de los intereses de la sociedad.

Si es el caso de la acción incoada por la persona o entidad que cuidara de la crianza y educación del menor, no es difícil descubrir que entonces se contempla la situación de especial desamparo en que el hijo, a pesar de su incapacidad, se halla sin representación legal, y estaría por lo mismo privado de aptitud para comparecer ante la justicia, si no fuera porque el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 socorre al desvalido mediante la capacidad procesal extraordinaria otorgada para adelantar la acción comprobatoria de la paternidad a quien por haber protegido la suerte del hijo en abandono se le supone afectiva y moralmente interesado en asegurarle su futuro bienestar.

Esta capacidad procesal mira de inmediato el interés privado del hijo, y es completa sin necesidad de intervención alguna del Ministerio Público. Con fundamento más poderoso aún se impone la misma conclusión si el hijo es plenamente capaz o cuando en su nombre actúan los representantes legales en ejercicio de la patria potestad o la guarda. Con lo cual no se demerita el papel que incumbe al Ministerio Público, puesto que si su intervención no es forzosa, nada le impide apersonarse en el debate para salvaguardar los valores permanentes emanados de la moral y la ley, de la misma manera que su capacidad para ser parte en el proceso le habilita para ejercitar indistintamente los derechos de acción y de contradicción según sea necesario para salvar en cada caso los intereses generales confiados al Ministerio Público. Además, su aptitud procesal le permite intervenir en apoyo de la demanda o de la impugnación dentro de los procesos en curso promovidos por alguna otra de las personas o entidades capacitadas para ello.

Si, pues, claramente se trata de una facultad otorgada por la ley al Ministerio Público para usarla o no de acuerdo con su prudente arbitrio, es inadecuado pretender que por vía de interpretación exista una exigencia esencial para la validez del juicio en que se ventilan acciones cuya titularidad concierne a los particulares capacitados para obrar por sí mismos o por medio de sus representantes legales. Y si en el estado civil de las personas se entremezcla el orden público, allí se encuentra la razón de

la capacidad procesal del Ministerio Público en la acción comprobatoria de la paternidad natural ,mas no la necesidad de su intervención forzosa sin que así lo establezca expresa y terminantemente el derecho positivo de la Nación.

Por el contrario, el segundo inciso del artículo 12 deja entender con toda claridad que la intervención del Ministerio Público es obtativa, cuando dice:

"Las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público".

En consecuencia, no cabe predicar nulidad por falta de citación del Agente del Ministerio Público en los procesos de filiación natural promovidos por alguna otra de las personas o entidades legalmente capacitadas para ello, si en concreto el Ministerio Público no se hizo parte para coadyuvar la acción o la contradicción. Menos aún habrá lugar a entender que, por vía de consecuencia, el sentenciador usurpara jurisdicción

2.—Quiere la ley en la organización de la causal 5ª para el reconocimiento de la paternidad natural por la justicia que los hechos posesorios de estado permitan inferir la persona del progenitor con tan clara y segura convicción que esos mismos hechos continuados durante diez años por lo menos exterioricen de modo incontestable los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario efectuado por el padre.

La atención concerniente a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo en armonía con las circunstancias concretas del caso en particular, han de producir la inferencia indubitable que permita a deudos y amigos o al vecindario respectivo atribuir la paternidad a determinada persona en la vida cotidiana a través del tiempo, lo mismo que al Juez del conocimiento llegar a la más firme, plena y absoluta convicción sobre la existencia del estado civil que se pretende en juicio.

El sistema legal demostrativo de posesión notoria de estado no obedece a la norma común de que "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba" (697 del Código Judicial). Es un sistema excepcional, estricto y exigente de un conjunto de testimonios fidedignos que establezca de modo irrefragable que el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y que sus deudos y amigos o el vecindario en general lo hayan reputado como hijo de dicho padre a virtud de aquel tratamiento, durante diez años continuos por lo menos (5º, 4º, 6º y 7º, Ley 45 de 1936; 398 y 399 del Código Civil).

La austeridad de esta regulación y la necesidad de pruebas fidedignas, irrefragables y concluyentes se justifica más que nunca cuando se trata de descubrir la paternidad fuera de matrimoino, sembrada en campos de incertidumbre. Lo cual, por otra parte, indica el papel preponderante que la ley confía a la responsabilidad y discreción del sentenciador frente a inferencias cuyo profundo y verdadero alcance halla refugio en la conciencia del Juez, al abrigo de censura ante la Corte mientras no se demuestre error craso como fundamento del fallo acusado.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Ante el Juez del Circuito de Sopetrán, Eduardo A. Escudero en su propio nombre y como curador de la menor Teresa Escudero (hija de Rosa Adelia Escudero, fallecida) demandó a Rubén Emilio Hidrón, Rigoberto Cañas, Antonio Lopera y Delio Arango para las siguientes declaraciones y condenas:

"a) Que Rosa Adelia Escudero y yo somos hijos naturales del señor Vicente Germán Hidrón.

"b) Que en razón de ser hijos naturales de Vicente Germán Hidrón y por éste no haber dejado ascendientes ni descendientes legítimos somos herederos universales sus hijos naturales: Rosa Adelia Ecudero y yo.

"c) Que parte de la herencia que correspondía a Rosa Adelia Escudero, quien murió, corresponde hoy a su hija Teresa Escudero.

"d) Que como consecuencia, los bienes relacionados y descritos en el numeral 6º de esta demanda, nos corresponden hoy, por partes iguales, a mí y a mi sobrina la niña Teresa Escudero.

"e) Que los actuales poseedores de esos bienes, demandados en el presente juicio, están en la obligación de restituírnoslos dentro del breve término que usted de acuerdo con la ley señale.

"f) Que los demandados están en el deber de restituírnos, juntamente con los bienes indicados, sus frutos naturales y civiles, percibidos y podido percibir con mediana diligencia.

"g) Que son de cargo de los demandados los gastos que el presente negocio ocasione si se oponen a que se hagan las declaraciones solicitadas".

Cuanto a los hechos, se invocaron relaciones sexuales entre Vicente Germán Hidrón y María del Carmen Escudero conocidas de todo el vecindario por durar más de veinte años y de las que nacieron Eduardo Antonio Escudero y Rosa Adelia Escudero, a quienes Vicente Germán prestara desde pequeños sus cuidados y atenciones, que los tuvo como sus hijos y como tales los presentaba a sus vecinos y allegados, hasta su muerte acaecida en mayo de 1948. Que con posterioridad falleció también Rosa Adelia Escudero y dejó una hija natural llamada Teresa Escudero. Que la herencia de Vicente Germán fue adjudicada a su hermano Rubén Hidrón y que los actuales poseedores de los respectivos bienes son el mismo Rubén, Delio Arango, Antonio Lopera y Rigoberto Cañas quienes adquirieron a sabiendas de que ese patrimonio correspondía a los demandantes como herederos de Vicente Germán Hidrón.

El Juez del conocimiento con fecha 30 de enero de 1956 declaró probada la excepción de **inepta demanda** e impuso costas al actor, por no haberse demandado a la sucesión en cabeza de sus herederos, ni acompañado la prueba correspondiente a esa calidad.

Por apelación de los demandantes se abrió la segunda instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en pronunciamiento de fondo del 20 de octubre de 1956 revocó el fallo de primera instancia y en su lugar absolvió a los demandados.

EL RECURSO

Se impugna la sentencia de segundo grado por las causales 6ª y 1ª del artículo 520 del Código Judicial, y pasan al estudio cumplida como se encuentra la tramitación correspondiente.

Causal Sexta.

Con referencia a los ordinales 1º y 3º del artículo 448 **ibídem,** la censura consiste en alegar nulidad del proceso por faltar la intervención del Agente del Ministerio Público, principal y forzada, en concepto del acusador, de donde a la vez desprende incompetencia de jurisdicción en el Tribunal de segunda instancia, "cuando la sentencia de primera —se lee en la demanda— y el auto que concede la apelación, han dejado de notificarse al nombrado funcionario, al tenor de lo prevenido en los artículos 147 y 148 del Código Judicial, por lo cual el Tribunal, en último término no adquirió jurisdicción, sino que la usurpó, al proceder pretermitiendo las instancias anteriores".

Se condisera:

"Son partes en los juicios sobre filiación —dice el artículo 12 de la Ley 45 de 1936— 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".

Si el interés general de la sociedad se encuentra envuelto en las cuestiones concernientes al estado civil, no es menos cierta y profunda la incidencia preponderante del interés privado y personal de quien promueve la acción para el reconocimiento de la paternidad natural por ministerio de la justicia. De donde se desprende que el sistema normativo al respecto es de orden público, pero establecido primordialmente para la adecuada protección de los intereses privados anexos al estado civil de las personas.

Por ello, la titularidad de la acción de reconocimiento se discierne exclusivamente al hijo, quien puede legitimarse en el proceso por sí mismo cuando posee plena capacidad de ejercicio, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, si es incapaz. Y para custodiar todavía con mayor esmero el interés de quienes llegan al mundo sin el amparo del ambiente hogareño en que la familia legítima se funda, está admitida a promover la acción en nombre del menor la persona o entidad que haya cuidado de su crianza y educación; de propio modo que el Ministerio Público tiene capacidad optativa para hacerse parte en los procesos sobre filiación natural, como representante de los intereses de la sociedad.

Si es el caso de la acción incoada por la persona o entidad que cuidara de la crianza y educación del menor, no es difícil descubrir que entonces se contempla la situación de especial desamparo en que el hijo, a pesar de su incapacidad, se halla sin representación legal, y estaría por lo mismo privado de aptitud para comparecer ante la justicia, si no fuera porque el artículo 12 socorre al desvalido mediante la capacidad procesal extraordinaria otorgada para adelantar la acción comprobatoria de la paternidad a quien por haber protegido la suerte del hijo en abandono se le supone afectiva y moralmente interesado en asegurarle su futuro bienestar.

Esta capacidad procesal mira de inmediato el interés privado del hijo, y es completa sin necesidad de intervención alguna del Ministerio Público. Con fundamento más poderoso aún se impone la misma conclusión si el hijo es plenamente capaz o cuando en su nombre actúan los representantes legales en ejercicio de la patria potestad o la guarda. Con lo cual no se demerita el papel que incumbe al Ministerio Público, puesto que si su intervención no es forzosa, nada le impide apersonarse en el debate para salvaguardar los valores permanentes emanados de la moral y la ley, de la misma manera que su capacidad para ser parte en el proceso le habilita para ejercitar indistintamente los derechos de acción y de contradicción según sea necesario para salvar en cada caso los intereses generales confiados al Ministerio Público. Además, su aptitud procesal le permite intervenir en apoyo de la demanda o de la impugnación dentro de los procesos en curso promovidos por alguna otra de las personas o entidades capacitadas para ello.

Si, pues, claramente se trata de una facultad otorgada por la ley al Ministerio Público para usarla o no de acuerdo con su prudente arbitrio, es inadecuado pretender que por vía de interpretación exista una exigencia esencial para la validez del juicio en que se ventilan acciones cuya titularidad concierne a los particulares capacitados para obrar por sí mismos o por medio de sus representantes legales. Y si en el estado civil de las personas se entremezcla el orden público, allí se encuentra la razón de la capacidad procesal del Ministerio Público en la acción comprobatoria de la paternidad natural, mas no la necesidad de su intervención forzosa sin que así lo establezca expresa y terminantemente el derecho positivo de la nación.

Por el contrario, el segundo inciso del artículo 12 deja entender con toda claridad que la intervención del Ministerio Público es optativa, cuando dice:

"Las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público".

En consecuencia, no cabe predicar nulidad por falta de citación del Agente del Ministerio Público en los procesos de filiación natural promovidos por alguna otra de las personas o entidades legalmente capacitadas para ello, si en concreto el Ministerio Público no se hizo parte para coadyuvar la acción o la contradicción. Menos aún habrá lugar a entender que, por vía de consecuencia, el sentenciador usurpara jurisdicción, como aparece dicho en el cargo cuyo estudio finaliza.

Causal primera.

Se dice que por violación del artículo 697 del Código Judicial, acerca de que dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba, el Tribunal incurrió en error de derecho que le condujo a la infracción de los ordinales 4º y 5º, artículo 4º, Ley 45 de 1936, por no aplicarlos en la sentencia, a lo que agrega violación del artículo 7º **ibídem**, de referencia a los artículos 395, 398, 399, 401, 403 y 404 del Código Civil, aplicables a la filiación natural.

Sobre las declaraciones de Martín Henao Bustamante y José María Henao Tamayo, comenta la demanda:

"Estos dos testimonios concuerdan en los hechos y circunstancias de modo, tiempo y lugar, aunque ofrecen diferencias que contribuyen a su **credibilidad**, puesto que mientras el primero asegura que **Vicente Germán Hidrón** buscó al segundo como padrino de confirmación de Eduardo Antonio Escudero, a José María Henao Tamayo, este señor afirma ese mismo hecho como personal suyo, y agrega la **circunstancia de que por esa circunstancia**, Vicente Germán Hidrón, siempre lo **llamó compadre.** De modo que las declaraciones no son idénticas, como pretende que lo son el sentenciador". (Subraya el recurrente).

Y agrega:

"En sentido semejante se producen los otros testigos citados arriba: Nacianceno Henao y Francisco Antonio Mira Bustamante.

También concuerdan en el hecho y circunstan-

cias legales, los testigos Rafael Builes Gutiérrez y Miguel A. Correa".

Alude en seguida a varias cartas de Vicente Germán Hidrón para Rosa Adelia y Eduardo Escudero, y dice que respaldan y corroboran las declaraciones allegadas al proceso; y que cuanto a la educación que el padre natural diese a Escudero lo confirma el hecho de que saber leer y escribir, no obstante haber nacido en el campo.

Concluye así:

"Existe pues, un acervo irrefragable de pruebas que acreditan plenamente la posesión notoria del estado de hijo de Eduardo Antonio Escudero o Eduardo Escudero, inclusive escritas, con respecto a Vicente Hidrón, y que ese estado se prolongó manifiesto y público por más de diez años continuos.

"También están comprobadas las relaciones sexuales estables entre los padres del demandante, empezadas en 1913, antes del nacimiento del demandante, y mantenidas sin interrupción hasta después de su nacimiento".

Se considera:

A la luz de doctrina acertada en cuanto hace a la posesión de estado y con cuidadosa crítica del testimonio, el sentenciador analiza una a una las declaraciones traídas al proceso; y en relación a Martín Henao Bustamante, Nacianceno Henao, José María Henao Tamayo y Francisco Mira Bustamante, dice el fallo:

"Estos testigos, quizá por deficiencia en el funcionario que recibió las declaraciones o por falta de análisis, o faltos de ilustración, no dan razón alguna de sus afirmaciones, ni la forma como conocieron los hechos, ni en qué tiempo, y en qué lugares y oportunidades. Ninguno expresa en qué establecimiento de educación tuvo matriculados a los hijos de María del Carmen Escudero; en qué casos u oportunidades fueron presentados a sus familiares, como hijos suyos; en qué forma los estableció para que se ganaran la vida; si estuvo al cuidado de ellos en épocas de enfermedad y les suministró asistencia médica, hospitalario, drogas etc. En fin, no dan estos testigos ni una sola razón de sus afirmaciones, y por tanto esta prueba no da un fundamento de verosimilitud alguna, ni ofrece mayores probabilidades de certeza. No son estos testimonios, prueba nítida, clara y evidente, que sea suficiente a suplir la inexplicable falta de reconocimiento expreso, de quien por más de veinte años, los tuvo bajo su cuidado y patrocinio, según los declarantes, que no concuerdan en el hecho mismo en sí, ni en sus circunstancias de modo y lugar, como lo exige el artículo 687 del Código Judicial. Luego nada con ello aparece demostrado".

Quiere la ley en la organización de la causal 5ª para el reconocimiento de la paternidad natural por la justicia que los hechos posesorios de estado permitan inferir la persona del progenitor con tan clara y segura convicción que esos mismos hechos continuados durante diez años por lo menos exterioricen de modo incontestable los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario efectuado por el padre.

La atención concerniente a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo en armonía con las circunstancias concretas de caso en particular, han de producir la inferencia indubitable que permita a deudos y amigos o al vecindario respectivo atribuír la paternidad a determinada persona en la vida cotidiana a través del tiempo, lo mismo que al Juez del conocimiento llegar a la más firme, plena y absoluta convicción sobre la existencia del estado civil que se pretende en juicio.

El sistema legal demostrativo de posesión notoria de estado no obedece a la norma común de que "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba". (697 del Código Judicial). Es un sistema excepcional, estricto y exigente de un conjunto de testimonios fidedignos que establezca de modo irrefragable que el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y que sus deudos y amigos o el vecindario en general lo hayan reputado como hijos de dicho padre a virtud de aquel tratamiento, durante diez años continuos por lo menos. (5º, 4, 6 y 7, Ley 45 de 1936; 398 y 399 del Código Civil).

La austeridad de esta regulación y la necesidad de pruebas fidedignas, irrefragables y concluyentes se justifica más que nunca cuando se trata de descubrir la paternidad fuera de matrimonio, sembrada en campos de incertidumbre. Lo cual, por otra parte, indica el papel preponderante que la ley confía a la responsabilidad y discreción del sentenciador frente a inferencias cuyo profundo significado y verdadero alcance halla refugio en la conciencia del Juez, al abrigo de censura ante la Corte mientras no se demuestre error craso como fundamento del fallo acusado.

Si en el asunto **sub iudice** el análisis del acervo probatorio no permitió al sentenciador encontrar un conjunto de testimonios fidedignos que esta-

blecieran irrefragablemente la filiación invocada, su juicio, que en modo alguno es contraevidente o desconocedor del sistema legal de prueba de la posesión de estado, no podría supeditarse en casación ni aún con el propósito de ensayar otro criterio en cuanto al valor de las probanzas.

Lo dicho se predica con énfasis mayor en relación con el aspecto que la demanda apenas enuncia, tocante a que "están comprobadas las relaciones sexuales estables entre los padres del demandante", sin el intento siquiera de probar el error manifiesto en que hubiese incurrido el sentenciador en cuestión eminentemente de hecho.

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 20 de octubre de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

REGISTRO DE SENTENCIAS. — ALCANCE DE ESTA FORMALIDAD. — ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA. — EFECTOS DE LA SENTENCIA EN RELACION CON TERCEROS

1.—Estando una sentencia sujeta a la formalidad del registro, si no se cumplió este requisito, tal sentencia, según los términos del artículo 2.673 del Código Civil, no hace fé en juicio acerca de la mutación del dominio, y sus efectos, según el artículo 2.674 ibídem, no alcanzan a terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción. Necesariamente, tales sentencias deben registrarse para que mediante tal formalidad se cancelen las inscripciones vigentes de los títulos de dominio, y para que como consecuencia de esa cancelación vuelvan los bienes en litigio al patrimonio del verdadero dueño. Y no sólo para efectos de la tradición es preciso el registro, sino para su exterioridad o publicidad, que dé a conocimiento del público la verdadera situación jurídica del inmueble, que permita a terceros contratar con base en tal situación.

2.—Si la acción de nulidad de un contrato contenido en una escritura de venta fue desechada por el Juez, y esta determinación quedó en firme por el desistimiento de las partes, mal puede pretenderse que esa misma acción de nulidad pueda revivirse después, por el hecho de que la finca haya pasado a manos extrañas, máxime cuando la persona en cuya cabeza se encuentra el dominio, adquirió con justo título y su buena fé se presume si no ha sido desvirtuada en el juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre doce (12) de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila)

1º).— Eudoxia Jiménez viuda de Rafael López López adquirió por compra a Francisco Antonio Franco Gil la finca rural llamada "El Mango" y que se determinó en la escritura pública en donde se hizo constar el contrato de compra-venta, instrumento marcado con el número 149 otorgado ante el Notario de Circasia el día 25 de julio de 1938.

2º).—**El 28 de febrero de 1939**, y según los términos de la escritura número 75 otorgada "en la cabecera del Circuito Notarial de Montenegro, Departamento de Caldas", Eudoxia Jiménez viuda de López transfirió a título de venta a Rafael López, el predio denominado "'El Mango", ubicado en el paraje del mismo nombre, de la fracción de "La Julia" de la jurisdicción de Circasia que la vendedora había adquirido de Francisco Antonio Franco, según la escritura número 149, citada en el punto anterior.

3º).—El 29 de febrero de 1939 se otorgó en la cabecera del Circuito Notarial de Montenegro la escritura número 76 y en ella Rafael López dice que vende a José Miguel López la mitad del predio "El Mango" que Rafael había adquirido por compra a Eudoxia Jiménez viuda de López, según queda enunciado en el punto que precede.

4º).—Eudoxia Jiménez viuda de López falleció el 4 de marzo de 1940 en Circasia.

5º).—Fueron hijos legítimos de Rafael López López y Eudoxia Jiménez de López, entre otros, Roberto, Rafael, Miguel, Jesús Antonio y Manuel José, de estos falleció Roberto en 1934 y entre sus descendientes legítimos están Célimo y Grey López mayores de edad.

6º.— Nacianceno López Jiménez, también hijo legítimo de Eudoxia demandó a sus hermanos Rafael y José Miguel, ante el Juez de Finlandia y "en acción real de dominio del inmueble denominado "El Mango" para la sucesión ilíquida de Eudoxia Jiménez viuda de López y como consecuencia de la petición de nulidad de los contratos de venta de que dan cuenta las escrituras públicas números 75 y 76 de marzo de 1939, por haber sido simulados dichos contratos, y especialmente, por no haber sido otorgada la número 75 en territorio del Municipio de Circasia en donde realmente se otorgó, sino que lo fue ante el Notario de Montenegro, que no tenía jurisdicción en territorio de Circasia.

7º).—El Juez de Finlandia, por sentencia de 24 de enero de 1941 desató la litis instaurada por

Nacianceno López contra sus hermanos, declarando "la resolución del contrato de venta", que aparece en la escritura número 75 de 28 de marzo de 1939, ya citada, por falta de pago del precio, lo cual había sido pedido también en la demanda, y decretó la entrega del inmueble "El Mango" a la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López.

8º).—De la sentencia dicha apelaron los demandados y cuando el negocio se encontraba en el Tribunal de Pereira, el actor Nacianceno López y los demandados Rafael y José Miguel López J. en memorial conjunto presentado al Tribunal en octubre de 1942 dijeron: Nacianceno "en forma irrevocable desisto de la acción a que se contrae el mencionado juicio y por tanto solicito se declare el desistimiento y se ordene la cancelación de la demanda" y Rafael y José Miguel "aceptan el desistimiento y a fin de que no haya costas en ninguna de las instancias desisten del recurso de alzada que habían interpuesto contra la sentencia de primera instancia".

9º).—El Tribunal de Pereira, en providencia de 16 de diciembre de 1942 aceptó "el desistimiento que hace el demandante Nacianceno López de la acción ordinaria que instauró a nombre de la sucesión de Eudoxia Jiménez de López". "El desistimiento que se acepta no conlleva condenación en costas por el querer expreso de los demandados, quienes al propio tiempo desisten de su recurso, el cual admite el Tribunal... ordénase la cancelación de la inscripción de la demanda".

10º).—Rafael y José Miguel López vendieron a José Luis Gallo la mitad del fundo "El Mango", por escritura número 1.598 de 14 de diciembre de 1942 otorgada ante el Notario Segundo de Armenia que fue registrada el 30 de enero de 1943; los mismos López vendieron la otra mitad del mismo fundo a Alfonso Jaramillo H. según la escritura número 844 de 21 de junio de 1943 de la Notaría Segunda de Armenia, registrada el 21 de agosto de 1943.

11º)—José Luis Gallo vendió su mitad en "El Mango" a Manuel Vahos como reza la escritura número 489 de 19 de abril de 1944 de la Notaría Segunda de Armenia registrada el 26 de junio de 1944; y finalmente, Alfonso Jaramillo y Manuel Vahos enajenaron en favor de Vicente Correal, la totalidad del predio "El Mango" por la escritura número 1291 de 28 de agosto de 1944 de la misma Notaría 2ª de Armenia, instrumento que fue registrado el 19 de septiembre de 1944.

Se advierte que todos los datos que se citan aparecen de las escrituras y certificados de libertad número 75 expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Finlandia, con fecha 8 de septiembre de 1947 en la cual consta, además, que la finca "El Mango" está libre, desde 1916 hasta la fecha del certificado, "de demandas civiles".

Con base en los hechos sintetizados en los numerales 1º a 11º Manuel José, Jesús Antonio, Célimo y Grey López, por medio de apoderado, y alegando su carácter de herederos de Eudoxia Jiménez viuda de López iniciaron el presente juicio ordinario contra Vicente Correal, Rafael y José Miguel López para que "se hagan en su contra en sentencia que cause ejecutoria las siguientes declaraciones:

"1ª Acción.

a).—Que por ser inoponible a mis mandantes, y en general a los herederos de Eudoxia Jiménez, el desisitimiento efectuado ante el Tribunal Superior de Pereira por los señores Nacianceno López, Rafael y José Miguel López; y por no afectar procesalmente dicho desistimiento lo resuelto por el señor Juez Civil del Circuito de Finlandia en la sentencia de fecha 24 de enero de 1941 el dominio del inmueble alindado al numeral cuarto de los hechos de este libelo pertenece a la sucesión ilíquida de Eudoxia Jiménez de la cual son representantes como herederos de la señora Jiménez, mis mandantes;

b).—Que como consecuencia de lo anterior, el señor Vicente Correal, en su calidad de poseedor y dueño del referido inmueble, como último derecho-habiente de los demandados en el juicio que se ha relacionado en la parte motiva, debe restituír a la sucesión de la señora Eudoxia Jiménez, en el término que usted fije en la sentencia, la posesión material del referido inmueble, junto con las prestaciones civiles de ley;

c).—Que se ordenen por usted las cancelaciones de rigor y se condene en costas a los demandados.

2ª Acción.

En subsidio de las declaraciones contenidas en la acción inmediatamente anterior ruego a usted se sirva decretar las siguientes:

a).— Que por haberse otorgado en territorio distinto al de su jurisdicción Notarial, es nulo, el otorgamiento de la escritura número 75 de 28 de marzo de 1939, pasada ante el Notario Público de Montenegro, y nulo el título, el documento y el acto jurídico que informa por la escritura 75 citada, por el cual la señora Eudoxia Jiménez dijo transferir a título de venta al señor Rafael López J. el dominio del inmueble alindado al numeral cuarto de los hechos del libelo.

b).—Que como consecuencia es nulo el contrato de venta que informa la escritura número 75 ci-

tada, y por efecto de dicha nulidad, y de la expresada en la letra anterior, el dominio del inmueble relacionado al numeral cuarto de los hechos del libelo, pertenece a la sucesión ilíquida de la señora Eudoxia Jiménez, representada por mis mandantes;

c).—Que como consecuencia de las peticiones anteriores, son nulos los títulos y contratos de tradición del dominio del inmueble sub-judice derivados del acto jurídico nulo, hasta el título inclusive del poseedor actual inscrito, señor Correal;

d).—Lo mismo solicitado en la letra b) de la acción inmediatamente anterior;

c).—Lo mismo solicitado en la letra c) de la acción inmediatamente anterior".

El Juez del Circuito de Finlandia falló el negocio y dijo, en sentencia de 7 de julio de 1954.

"1º.— Por no haber afectado el desistimiento propuesto por los demandados señores Rafael y José Miguel López J. la sentencia proferida por este Juzgado el 24 de enero de 1941, en el juicio adelantado contra èstos por Nacianceno del mismo apellido, es inoponible tal recurso a lo solicitado en la presente acción, por la parte actora y por lo tanto el dominio del inmueble detallado en el libelo de demanda, pertenece a la sucesión ilíquida de Eudoxia Jiménez, representada por sus herederos legítimos.

"2º.—Por lo tanto el inmueble denominado "El Mango" y del cual es el actual poseedor material e inscrito el señor Vicente Correal, mayor y vecino de Armenia, como último adquirente, debe ser restituído a la sucesión de la señora Eudoxia Jiménez seis días después de notificada esta sentencia, con todas sus anexidades; pero el señor Correal podrá retener el inmueble en mención mientras no le sean reconocidas o aseguradas las mejoras en él plantadas hasta el día 4 de marzo de 1953, pues se le reputa poseedor de buena fé y las que se graduarán de conformidad con lo establecido por el artículo 553 del Código Judicial.

"3º.—Las personas afectadas con el presente fallo y que derivaron sus títulos viciados de los primeros enajenantes Rafael López y José Miguel López, cuya nulidad se decreta, tienen la acción expedita para hacer efectiva la indemnización de perjuicios por causa y evicción y cuyas denuncias de pleito respectivas constan en este informativo;

"4º.—Como la ameritada sentencia, base de este proveído no aparece registrada, se ordena su registro para cuyo efecto se librará el oficio del caso al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, de este Circuito, lo mismo que los oficios del caso para la cancelación del registro de las escrituras otorgadas a partir de la número 75 de 28 de marzo de 1939, inclusive, hasta la que le fue otorgada al señor Vicente Correal la número 1.291, de 28 de agosto de 1944 y que afectan el inmueble denominado "El Mango" pues éste pertenece y ha pertenecido legalmente a la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López a cuyo patrimonio queda definitivamente reintegrado.

"5º.—No hay especial condenación en costas".

Tanto la parte actora como los demandados Correal y Jaramillo apelaron de la sentencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira puso fin a la segunda instancia por sentencia de 5 de agosto de 1955, en estos términos:

"Primero: El desistimiento que de la acción y del recurso de apelación que en memorial de octubre de 1942, presentaron a este Tribunal los señores Nacianceno, Rafael y José Miguel López J. y que fue admitido por auto de 16 de diciembre del mismo año, en el juicio que aquél instauró hablando en nombre de la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López, contra éstos, es inoponible, o no produce efectos contra los demás herederos de dicha señora que no intervinieron en tal acto, entre quienes se encuentran los señores Manuel José, Jesús Antonio, Célimo y Grey López.,

"Segundo: El señor Vicente Correal, demandado, poseedor inscrito y material del inmueble, cuya restitución se pide es tercero a quien no obligan o contra quien no producen efectos las declaraciones hechas en la sentencia de veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y uno, proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de Finlandia, por carecer de registro e inscripción.

"Tercero: Como consecuencia de lo resuelto en el numeral precedente, se niega o no se hace la declaración pedida en la letra b) de la primera acción de la demanda; y lo mismo se resuelve con respecto a la petición c) de la misma acción, quedando a salvo los derechos de los demandantes para ejercitar, las acciones conducentes a obtener de los señores Rafael y José Miguel López los valores que les corresponden en la venta que del inmueble hicieron a los señores doctor José Luis Gallo G. y Alfonso Jaramillo H.

"Cuarto: Declárase demostrada o probada la excepción perentoria de COSA JUZGADA en relación con la petición de la letra a) de la demanda segunda acción y como consecuencia también en relación con las peticiones de las letras b), c),

d), y e) de la misma acción segunda (2ª).

"Quinta: No hay lugar a costas ni en la primera ni en la segunda instancia".

Esta sentencia está acusada en casación por la parte actora en el juicio y como el recurso ha tenido la tramitación legal, la Corte pasa a resolverlo.

° ° °

DEMANDA DE CASACION

En dos capítulos divide su demanda el recurrente: en el primero formula dos cargos y uno en el segundo. Los cargos que aparecen en el primer capítulo los apoya en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial y en el primer cargo acusa como violados directamente, por interpretación errónea, los artículos 2.674 y 1.664 del Código Civil y 474 del Código Judicial; por aplicación indebida de los artículos 2.637, 2.652, numeral 2º, 2.673 y 2.674 del Código Civil y por falta de aplicación los artículos 740, 752, 753, 768, 778, 946, 952, 1.871, 2.521, 2.524, y 2.529 del mismo Código y desarrolla su acusación así:

"Desde que el Tribunal sentenciador falló diciendo en el numeral primero de la parte resolutiva que el desistimiento de la acción y de la apelación no produce efectos contra los herederos que no fueron parte en el juicio desatado por sentencia de 24 de enero de 1941, ésta mantiene toda su firmeza en cuanto declaró resuelto el contrato de compraventa de la finca "El Mango" contenido en la escritura número 75 de 1939 y en cuanto ordena a los demandados de entonces Rafael y José Miguel López restituírlo a la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López y la cancelación correspondiente. Pero la vigencia del fallo de 1941 queda sin eficacia en cuanto a la restitución del inmueble porque el numeral segundo de la sentencia que acuso declara: "El señor Vicente Correal, demandado, poseedor inscrito y material del inmueble cuya restitución se pide, es tercero a quien no obligan o contra quien no producen efectos las declaraciones hechas en la sentencia de veinticuatro —24— de enero de mil novecientos cuarenta y uno —1941— proferida por el Juez Promiscuo del Circuito de Finlandia, por carecer de registro o inscripción". Fundamentó esta declaración en el siguiente pasaje de la parte motiva de la sentencia (folio 156 y vuelto, cuaderno principal). 'Es evidente que los demás herederos distintos de los que suscribieron el desistimiento son terceros y a ellos no les obligan los efectos de tal acto, con la salvedad que establece el artículo 2.674 del Código Civil, en cuanto a que la sentencia que declaró la resolución del contrato contenido en la escritura número 75 tantas veces citada no afecta al señor Vicente Correal actual poseedor inscrito y material del inmueble, quien lo adquirió sin saber que el contrato hubiera sido resuelto y no se le puede atribuír conocimiento por la no publicidad o inscripción de aquella. Así pues, los derechos de Correal son invulnerables por mandato expreso del citado precepto legal, puesto que es tercero con derecho prevalente en la situación jurídica que se analiza". De manera que Vicente Correal es tercero porque no se registró la sentencia; si se hubiera registrado no sería tercero. Lo dice más abajo el Tribunal de modo perentorio: 'y es tercero porque aquella sentencia no fue registrada".

Cita el recurrente el artículo 2.674 del Código Civil que dice: "Ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro". Y afirma que la falta de inscripción no hace surgir los terceros, pues estos se consideran tales por ser extraños al acto que se ha de registrar y por lo tanto tienen tal calidad con respecto a la ejecución del acto o a la celebración del contrato; "lo que el artículo determina dice el recurrente, es la oportunidad en que los efectos de un acto o contrato tienen incidencia sobre los que fueron extraños a la formación de estos. Y entonces para definir quien ostenta la calidad de tercero no hay que mirar a la inscripción en el registro, sino a la situación de extraño a la formación del acto o contrato por no haber intervenido directa ni indirectamente en ella. Es tercero respecto de un acto o contrato quien no intervino en su producción (sic) o celebración y no recibe o deriva de él daño o beneficio alguno".

Sobre este planteamiento discurre el autor de la demanda de casación para sacar como consecuencia que para tener el carácter de tercero no basta la ausencia física de la persona que tal carácter alega, sino que es preciso que no haya identidad jurídica con quienes físicamente concurrieron a producir la situación jurídica de que se trata "porque si quien no intervino personalmente en la ejecución de un acto o en la celebración de un contrato viene luégo a derivar derechos inmediata o mediatamente de alguno de los que sí concurrieron personalmente, en relación con esa situación, no es tercero en virtud del llamado **principio de sucesión** que obliga tanto al causahabiente a título universal, o heredero, como

al derecho habiente a título singular. Ello en razón de la continuidad del interés que se traduce en identificación de la calidad jurídica".

Esta argumentación la hace el recurrente, para afirmar que el demandado en el juicio, Vicente Correal, no es tercero, y que por lo tanto a él perjudican las declaraciones de la sentencia de 24 de abril.

Niega el recurrente la calidad de tercero a Vicente Correal porque este individuo deriva su derecho de dominio sobre el fundo "El Mango" de las compras que hizo a sus antecesores hasta llegar a la enajenación que del mismo terreno hicieron Rafael y José Miguel López, que habían sido los demandados en el juicio a que se refiere la citada sentencia de 24 de enero de 1941, que ordenó restituír el predio a la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López. "Y siendo sucesor a título singular de los condenados a restituír la finca, le cobijan las consecuencias impuestas a sus autores en aquel fallo".

Agrega el recurrente que si bien el Tribunal consideró que Vicente Correal es tercero respecto de la sentencia de 1941 el mismo sentenciador "queda traicionado en semejante apreciación que lo llevó a relevarlo de la restitución del inmueble, cuando —al estudiar la nulidad propuesta en este juicio respecto del contrato contenido en la escritura número 75 de 1939 por haber actuado el notario fuera de su jurisdicción— consideró que había sido materia resuelta en el pleito fallado por la sentencia de 1941 y que, por tanto hay **cosa juzgada**, excepción que dá por probada en el nunumeral 4º, de la parte resolutiva". Esta contradicción del Tribunal surge, para el recurrente de lo que aparece en la parte motiva de la sentencia acusada, cuando el fallador de instancia dice que existe la cosa juzgada porque se ha acreditado la existencia de los tres requisitos necesarios para dar cabida a la excepción propuesta, toda vez que la acción de nulidad de la escritura número 75 es la misma en el primer pleito y en el que ahora se estudia; en ambas se alega la misma causa y la identidad jurídicas de las partes existe también, porque la parte demandante es la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López, en los dos juicios, y la parte reo en la primer demanda está compuesta por Rafael y José Miguel López, quienes actuaron en nombre propio, y en la segunda litis, o sea a la sentencia que se acusa en este recurso de casación ....."y como demandados figuran Rafael y José Miguel López y Vicente Correal, este sucesor mediato de los dos segundos, o sea, como derecho habiente de los mismos, esto es con idéntica calidad jurídica".

Continúa el recurrente razonando sobre la base de que Vicente Correal no es tercero, como lo dijo el Tibunal, y dando por demostrado tal aserto y la consiguiente violación de los artículos 2.674 y 1.602 del Código Civil en el concepto indicado, y 474 del Código Judicial (no indica cuál fue la violación de este artículo) agrega "...surge la convicción de que el Tribunal incurrió en violación directa de los artículos 2.637, 2.652, 2º., 2.673 y 2.674 por aplicación indebida'.

Que hubo indebida aplicación del artículo 2.674 del Código Civil porque esa disposición se refiere a terceros y Vicente Correal no es tercero "de suerte que hubo indebida aplicación al determinar que las declaraciones de la sentencia del 24 de enero de 1941 no producen efectos contra Vicente Correal, por carecer de registro o inscripción de la sentencia. Si Correal fuera tercero, la sentencia no produciría efectos contra él sino a partir del registro. Pero como no es tercero puesto que ostenta la calidad jurídica idéntica con los condenados a esa sentencia, ella produce sus efectos contra dicho señor aun sin el registro, en la misma forma en que los produce contra los que intervinieron en el juicio, es decir, contra los que figuraron como partes en el litigio desatado por el fallo de 1941. Si, conforme al artículo 2.674, los títulos sujetos al registro no surten efectos contra terceros sino desde la fecha de la inscripición, síguese que producen efectos contra las partes antes del registro, vale decir, desde su formación. En el caso presente desde cuando la sentencia quedó en firme una vez ejecutoriado el auto que admitió el desistimiento de la apelación contra ella".

Viene en seguida el comentario sobre los artículos 2.652 y 2.673 del Código Civil que el recurrente considera indebidamente aplicados por el sentenciador, porque ...."no confiere efectos al fallo de 1941 contra Vicente Correal, por no aparecer registrado. Pero sí se los otorga en cuanto a los herederos de Eudoxia Jiménez viuda de López y también para declarar probada la excepción de cosa juzgada respecto a la absolución sobre nulidad por haber ejercido el notario de Montenegro sus funciones en territorio ajeno. Lo cual induce contradicción manifiesta pues para lo primero la sentencia dicha no hace fé ni surte efectos por falta de registro; y para lo último si hace fé y produce consecuencias, aunque carece de registro".

Adelanta la acusación contra la sentencia por

violación directa, en razón de haber aplicado el sentenciador los artículos 740, 752, 753, 768, 946, 952, 1.871, 2.521, 2.524, 2.529, 946, 952 y 961 del Código Civil.

Dice el recurrente, en síntesis, que como Rafael y José Miguel López quedaron desprovistos del dominio de "El Mango", por virtud de la sentencia de 1941, entonces no pudieron transferir a los posteriores compradores, quienes al fin vendieron a Vicente Correal; entonces Correal no adquirió el dominio de la finca, sino apenas "una vocación a adquirirlo, ya no por el modo de la tradición, sino por el de la prescripción, según el artículo 753...."

No acepta que Correal haya adquirido por prescripción ordinaria, porque para ello necesitaría la posesión regular no interrumpida durante diez años, conforme a los artículos 2.528 y 2.529 del Código Civil, pero como adquirió el fundo el 28 de agosto de 1944, escritura 1.291, Notaría Segunda de Armenia, no se cumple el requisito legal, que aparece de los artículos citados. Considera que cuando el apoderado de Correal presentó al juicio el certificado de libertad de la finca "El Mango" relativo ....."a un largo período de tiempo....." alegó prescripción y quiso agregar a su posesión propia la de sus antecesores, como lo hace expresamente el doctor Gallo, "pero entonces se apropia esa posesión con sus calidades y vicios" (el doctor Gallo fue citado al juicio por habérsele hecho denuncia del pleito pero no es el apoderado de Correal) (paréntesis de la Sala).

Como se ve de lo que se deja enunciado, el primer cargo puede sintetizarse, según los términos de la demanda de casación así: El Tribunal sentenciador falló diciendo que el desistimiento de la acción y de la apelación, en el juicio sobre que recayó la sentencia de 24 de enero de 1941, no produce efectos contra los herederos de Eudoxia Jiménez de López que no figuraron como partes en ese juicio; pero la sentencia mantiene toda su fuerza en cuanto ordenó resuelto el contrato de compraventa de "El Mango" contenido en la escritura número 75 de 1939 y en cuanto ordenó a los demandados de entonces Rafael y José Miguel López restituír el mentado predio a la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López. Sobre esta parte de la sentencia no hay nada que estudiar, pues el recurrente la acepta.

La divergencia, o la acusación nace cuando el fallador dice que la sentencia aludida no produce efectos contra Vicente Correal, por ser éste un tercero; y no produce efectos esa sentencia contra el mencionado Correal, porque carece del registro que ordena la ley.

Se estudia el cargo así:

Está demostrado que el Juez de Finnlandia declaró resuelto el conrato de compraventa que celebraron Eudoxia Jiménez viuda de López y Rafael López, en virtud del cual el segundo adquirió el dominio de la finca "El Mango"; consta del expediente que contra esa sentencia interpusieron el recurso de apelación los demandados Rafael y José Miguel López; es también cierto que el actor en el juicio que se falló en 1941, pidió para la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López, y la restitución del inmueble se decretó en favor de esa sucesión. No hay duda de que tanto el demandante Nacianceno López, como los demandados Rafael y José Miguel del mismo apellido, desistieron del juicio cuando éste se encontraba al estudio del Tribunal de Pereira, para conocer de la apelación contra la sentencia que había puesto término a la primera instancia. Ninguna de las partes ha pretendido que la sentencia de que se viene hablando haya sido registrada en la Oficina de Registro del Circuito de la ubicación del inmueble; y, está suficientemente acreditado que Rafael y José Miguel López enajenaron el fundo "El Mango" después del desistimiento del primitivo juicio y sin que estuviera registrada ni la demanda ni la sentencia.

Salido el fundo del dominio de los vendedores, distintos adquirentes, como aparece de las escrituras públicas debidamente registradas que obran en el proceso, transfirieron el derecho de dominio sobre "El Mango" hasta llegar a Vicente Correal, quien lo adquirió según aparece de la escritura pública número 1.291 de 28 de agosto de 1944 de la Notaría Segunda de Armenia. Vicente Correal no apareció para nada en el primer juicio, por la sencilla razón de que entonces nada tenía que ver con el predio "El Mango". Es cierto que figura como demandado en este nuevo juicio, sobre el cual versa el recurso que se estudia, pero para los efectos de la acción reivindicatoria y como poseedor del fundo.

No sobra anotar que no aparece en el expediente que se hubiera registrado la demanda iniciada por Nacianceno López en 1940 y tampoco aparece que se hubiera registrado la sentencia de 24 de enero de 1941. El Tribunal de Pereira consideró con todo detenimiento los hechos que se dejan enunciados y estudió cuidadosamente las consecuencias jurídicas que de esos hechos se desprenden.

Principió el Tribunal por decir que la sentencia de 24 de enero de 1941, que decretó la resolución del contrato de compraventa de un inmueble,

declaración cuyo fin principal consiste en que vuelva ese bien raíz al patrimonio de la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López, "queda comprendida dentro del mandato de los artículos 2.652, 2.673 y 2.674 del Código Civil, el primero de los cuales en su inciso 1º expresa que están sujetos al registro los actos y documentos indicados en los 12 numerales allí contenidos, entre los cuales el segundo dice: 'Toda sentencia definitiva ejecutoriada que recayere en negocios civiles bien haya sido pronunciada por un Juez o Tribunal de derecho o por árbitros, y las decisiones protocolizadas de los arbitradores, especialmente las sentencias y decisiones que causen traslación o mutación de la propiedad de bienes raíces'. Cita el artículo 2.673 que enseña que: "Ninguno de los títulos sujetos a la inscripción o registro hacen fé en juicio ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva o respectivas oficinas, conforme a lo dispuesto en este Código" y se refiere al artículo 2.674 del mismo código que dice: "Ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros, sino desde la fecha de la inscripción o registro".

Aplicando estas disposiciones tan claras de suyo, dice el Tribunal:

"Cuando los señores Rafael y José Miguel López desistieron de la apelación que habían interpuesto contra la aludida sentencia, la dejaron vigente o lo que es lo mismo la hicieron firme y ella se ejecutorió por voluntad de los apelantes al desistir del recurso". En esas condiciones la sentencia aludida estaba sujeta a la formalidad del registro y como no se cumplió esa formalidad, tal sentencia, según los términos del artículo 2.673, que se comenta, no hace fé en juicio acerca de la mutación del dominio y sus efectos, según el artículo 2.674 citado, no alcanzan a terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción, "la cual no se ha producido, pues de ello no hay demostración".

La sentencia debía haber sido registrada, necesariamente, para que mediante ese registro se cancelara la inscripción de la escritura número 75 de 1939, y para que como consecuencia de esa cancelación volviera el bien en litigio al patrimonio de la sucesión de Eudoxia Jiménez viuda de López. ...."y no sólo para efectos de la tradición era preciso el registro, dice el Tribunal, sino para su exterioridad o publicidad, que diera a conocimiento del público la verdadera situación jurídica del inmueble, que permitiera a terceros contratar con base en tal situación. No registrada la sentencia, Correal y sus antecesores son terceros hasta llegar a Rafael y José Miguel López, y lo son, porque no teniendo medios públicos de conocimientos de las declaraciones hechas en la sentencia con respecto al inmueble, son adquirentes de buena fé y no participan de la situación o condición jurídica predicable a los López".

Esta interpretación que hace el Tribunal de los textos citados del Código Civil es correcta y se ajusta a los sanos principios legales, que respetan siempre los intereses de terceros de buena fé.

No es posible aceptar que Vicente Correal no sea un tercero respecto de los López demandados en el primer pleito, Correal nada tuvo que ver en ese juicio, porque como se dijo atrás, él no había adquirido el predio "El Mango" cuando en 1940 Nacianceno López instauró el juicio.

Mal puede considerársele como parte en ese juicio, como lo pretende el recurrente, porque después de aceptado el desistimiento, y sin que tuviera a la mano ningún medio legal que le hiciera conocer la sentencia dictada por el Juez, ya que ésta no está registrada, ni aparece que se hubiera registrado la demanda, hubiera adquirido de quienes figuraban como titulares del derecho de "El Mango", esa misma finca y nó ya de los López sino de otras personas que habían adquirido ese derecho de dominio.

No se puede pretender que existe identidad jurídica de personas entre Rafael y José Miguel López, obligados a restituír en 1941 por sentencia que no aparece registrada, y Vicente Correal adquirente de la finca en 1944, entre otras razones porque el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, enseña, que esa identidad jurídica sólo existe cuando las partes en el segundo pleito son causahabientes **a título universal** de las que figuran en el primero a título singular, por legado o por **enajenación efectuada con posterioridad al registro de la demanda** si se trata de inmuebles (subraya la Sala) y como la adquisición de Correal se efectuó sin que se hubiera registrado (por lo menos no aparece demostrado lo contrario) la susodicha sentencia, entonces el adquirente Correal no tiene identidad jurídica de persona con los demandados López y por lo tanto él es un tercero a quien no afecta la sentencia de 24 de enero de 1941, tal como lo resolvió el Tribunal.

Y si Vicente Correal tiene el carácter de tercero respecto de los demandados López en el año de 1940, no incurrió el Tribunal en indebida aplicación de los artículos que el recurrente señala en este primer cargo, que por lo expuesto no prospera.

El segundo cargo dice relación al aparte de la

sentencia que aceptó la excepción de cosa juzgada en relación con la petición encaminada a obtener que se declare la nulidad de la escritura número 74 de 28 de marzo de 1939, Notaría de Montenegro, por la cual Eudoxia Jiménez viuda de López vendió "El Mango" a Rafael López, y como consecuencia que son nulas las escrituras posteriores inclusive el título del poseedor actual Vicente Correal.

Dice el recurrente: "Saltan a la vista que si Vicente Correal es tercero respecto de las declaraciones de la sentencia de 1941 carece de identidad jurídica con los demandados en aquel juicio, y entonces no son idénticas las personas de la parte demandada en los dos pleitos; allí formaron esa parte los señores Rafael y José Miguel López J.; aquí la forman dichos dos señores y además el señor Vicente Correal. Y entonces es improcedente la declaratoria de cosa juzgada relativamente a la acción subsidiaria de la nulidad propuesta; se violaron así el artículo 474 del Código Judicial y los artículos 1.740, 1.741, 1.748, 946 y 2.250 del Código Civil, por no haberlos aplicado al caso del pleito en el sentido de decretar la nulidad pedida y condenar al poseedor actual a restituír el inmueble materia del contrato viciado. De manera que la violación de los preceptos es directa".

Insiste, pues, el recurrente en su idea de que si el fallo de 24 de enero de 1941, que no decretó la nulidad el contrato celebrado entre Eudoxia Jiménez viuda de López y su hijo Rafael López, no afecta al demandado Vicente Correal por ser tercero, también debe considerársele con el mismo carácter de tercero en este nuevo pleito, y entonces la excepción de cosa juzgada, no puede ser aceptada ahora, porque la parte demandada no sería la misma que fue vencida en 1941, toda vez que interviene en este segundo juicio otra persona distinta de las que entonces intervinieron, y es, precisamente Vicente Correal.

Se considera:

La divergencia de opiniones estriba en que el Tribunal en la sentencia acusada consideró que la parte reo es la misma en los dos juicios y el recurrente afirma que es distinta, por cuanto en el pleito a que la sentencia que se estudia se refiere, la parte demandada no es la misma toda vez que ahora figura otra persona como demandada, o sea Vicente Correal, actual dueño y poseedor del predio en disputa.

Ya se dijo cómo Vicente Correal ha llegado a ser dueño de "El Mango" por haberlo adquirido de Alfonso Jaramillo y de Manuel Vahos, en 1944; Vahos adquirió su derecho por compra a José Luis Gallo el 9 de abril de 1944; Gallo adquirió de Rafael y José Miguel López en 1942; a su turno Alfonso Jaramillo compró su derecho a los mismos Rafael y José Miguel López en 1943.

Rafael y José Miguel López fueron demandados en 1941 y son también los demandados en el presente juicio.

Vicente Correal es completamente ajeno al litigio que se falló en 1941 porque en esa época nada tenía que ver con el predio "El Mango"; su título de actual propietario lo hace aparecer como demandado hoy, pero naturalmente sólo en su carácter de actual poseedor del predio en litigio; si la acción de nulidad pedida en 1941 fue desechada por el Juez, con sólidas razones y esta determinación quedó en firme por el desistimiento de las partes, entonces mal puede pretenderse que esa misma acción de nulidad pueda revivirse después, por el hecho de que la finca haya pasado a manos extrañas, tanto más cuanto que Vicente Correal, adquirió con justo título y su buena fé se presume, y no ha sido desvirtuada en el juicio. Si respecto de los demandados López se dijo que no existía la nulidad del contrato contenido en la escritura de venta de Eudoxia Jiménez viuda de López a Rafael López, por no estar conjugada esa nulidad y tal declaración quedó en firme, no puede pretenderse que a Vicente Correal, adquirente con justo título y buena fé deje de favorecerlo esa declaración, como lo estimó el Tribunal, pese a los términos un tanto confusos de la parte motiva de la sentencia.

Como este cargo y el siguiente se basan en que, según el recurrente la sentencia es contradictoria en cuanto que considera a Vicente Correal como tercero para decir que a él no lo afecta la sentencia de enero de 1941 y al propio tiempo lo considera como ligado a aquel litigio, para afirmar, que, entonces, la parte demandada es la misma, y como consecuencia existe la cosa juzgada.

Se observa:

Aun en el caso de que el Tribunal incurriera en algún error tocante a cosa juzgada, el cargo en casación carecería de incidencia puesto que en el fondo de la acción restitutoria contra Correal se discute una cuestión de prevalencia de titularidad y está demostrado que esa posición preeminente corresponde al mismo Correal tanto por su mejor titulación como porque de buena fé es el posedor. Lo cual tendría que resolver así la

Corte si le tocara actuar como Tribunal de instancia, supuesta la prosperidad del cargo.

Por tanto los cargos no prosperan.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, que lleva fecha cinco de agosto de mil novecientos cincuenta y cinco, en el juicio ordinario de Jesús López y otros contra Vicente Correal y otros.

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

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

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

RECONSIDERACION DEL VALOR DE UNOS HONORARIOS DE ABOGADO. — HONORARIO FIJO Y HONORARIO ABIERTO.—NO DEBE CONFUNDIRSE ESTE ULTIMO CON EL DE CUOTA LITIS. — LA DETERMINACION DE LOS HONORARIOS DE LOS ABOGADOS CUANDO ELLOS NO FUERON PREVIAMENTE ESTIPULADOS, SE FIJAN POR EL PROCEDIMIENTO DEL ARTICULO 205 DEL C. C. — NO EXISTE NINGUNA COSTUMBRE O USO PARA FIJAR EL VALOR DE SERVICIOS INMATERIALES

Los contratos de cuota litis son aquellos en que el abogado conviene en recibir una cuota parte del bien que defiende ante la justicia. En este caso el abogado recibe la parte del bien, si el ejercicio de la acción tiene buen éxito, de lo contrario no recibe nada.

Al lado del contrato de cuota litis existe aquel en virtud del cual se señala un precio sin mirar el valor del bien o bienes que son objeto de la acción. Aquí generalmente nada se deja a la suerte; el abogado recibe la totalidad de la remuneración hayan tenido o no hayan tenido éxito sus gestiones.

Cuando fuera del honorario fijo se pacta un honorario abierto para el caso de que en el adelantamiento de la acción judicial encomendada surjan oposiciones, pero sin hacer referencia al valor total de los bienes que forman o puedan formar su contenido, no debe confundirse el honorario abierto con el de cuota litis.

La determinación de los honorarios de los abogados cuando ellos no fueron previamente estipulados, se fijan por el procedimiento del artículo 2.054 del Código Civil. No debe olvidarse que el artículo 2.063 de aquella obra dice que "las obras inmateriales o en que predomine la inteligencia sobre la mano de obra como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2.054, 2.055, 2,056 y 2.059".

Bien, el citado artículo 2.063 ordena que en estos casos se aplique el artículo 2.054 que dice que cuando no se ha fijado precio se presumirá que las partes han convenido el que ordinariamente se pague por la misma especie de obra y a falta de éste, por el que se estimara equitativo a juicio de peritos.

En este sentido esta Corte en casación del 29 de mayo de 1923 (G. J., tomo XXX, pág. 52) dijo: "El artículo 2.054 del Código Civil referente a la fijación del precio por la confección de una obra inmaterial es aplicable a la fijación de precio de servicios profesionales".

No existe ninguna costumbre o uso para fijar los honorarios de abogados, pues, para ello sería necesario que existieran tipos de juicios que implicaran el mismo género de trabajo, una misma actividad y una misma vigilancia o cuidado. La experiencia demuestra que cada juicio tiene sus particularidades, sus especiales modalidades que es imposible afirmar que los honorarios de un abogado se deerminen por el uso o la costumbre. En consecuencia, la prueba más idónea para determinarlos es la prueba pericial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

1º.—De la celebración de un contrato de servicios profesionales.

En la ciudad de Cali el 16 de febrero de 1948 acordaron los señores Carlos A. Sardi, en su calidad de representante de la Sociedad "URBANIZACIONES SARDI LIMITADA", y Miguel Angel González en su condición de abogado, lo siguiente:

a) El abogado González se obliga a gestionar un juicio de declaración de pertenencia de unos

terrenos a favor de "URBANIZACIONES SARDI LIMITADA".

b) La sociedad se obliga a pagar por tales gestiones la suma de $ 500.00. Pero "en el caso de que hubiera oposición" y el trabajo del abogado aumentare, "los honorarios estipulados serán reconsiderados" a favor del abogado.

2º.—Ejecución del contrato por parte del abogado.

El abogado González cumplió su compromiso, pues gestionó la acción de pertenencia de los mencionados terrenos, hasta obtener sentencia favorable de primer grado, de fecha febrero 7 de 1951 que dictó el Juez Primero Civil del Circuito de Cali. Tal sentencia fue confirmada el 29 de septiembre de 1952 por el Tribunal Superior de Cali.

Interpuesto el recurso de casación contra la sentencia últimamente nombrada, la Corte mediante fallo del 30 de julio de 1954 no la casó.

En el juicio de declaración de pertenencia hubo dos oposiciones: la formulada por el Municipio de Cali, y la formulada por el "Centro de familias pobres de Cali", las que no prosperaron, como se deduce de lo acabado de exponer.

3º.—El abogado demanda la reconsideración de sus honorarios.

Así las cosas, el abogado González tenía derecho a una "reconsideración" de honorarios, según el pacto de 16 de febrero de 1948. Como la sociedad no los reconsideró, el doctor Miguel Angel González la demandó para que fuese condenada a pagarle los honorarios previstos para el caso de que hubiera oposición y su trabajo aumentara.

4º—Los fallos de primera y segunda instancia

El Juez Segundo Civil del Circuito de Cali mediante sentencia de 11 de febrero de 1957 dispuso: "Urbanizaciones Sardi Limitada debe pagar al doctor Miguel Angel González la suma de $ 57.528.50 por concepto de honorarios, restando de tal suma los ya percibidos".

El Tribunal de Cali por sentencia de diciembre 14 de 1957 revocó la sentencia del Juez y en su lugar dispuso que la Empresa demandada debía pagar como honorarios al demandante la suma de $ 87.165.00.

5º.—La sociedad demandada interpone recurso de casación.

En la demanda de casación interpuesta contra la sentencia del Tribunal por la Sociedad Urbanizaciones Sardi Limitada, dice el recurrente:

1º.—Al decidir el Tribunal de Cali que el honorario que debe pagarse es el que resulte de una peritación y no la del uso o costumbre, invalidó el contrato de prestación de servicios profesionales sin el consentimiento de la sociedad demandada y "violó directamente los artículos 1.602 y 2.184 en su numeral 3º del Código Civil". Agrega que la prueba pericial no es de recibo sino a falta de uso o costumbre sobre remuneración.

En el contrato que celebraron "Urbanizaciones Sardi Limitada" y el doctor González, se dijo claramente que el abogado tendría una remuneración en el caso de que hubiera oposiciones en el juicio de pertenencia, "pero no señalaron pauta alguna, sometiéndose así a la disposición interpretativa de la voluntad de los contratantes, contenida en aquel ordinal 3º del artículo 2.184 del Código Civil, según el cual el mandatante está obligado a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual".

Agrega que el abogado sabía que al no estipular la cuantía del honorario en el caso de oposiciones, su remuneración sería la usual, como lo confiesa en su demanda y lo mismo entendió la Sociedad de Urbanizaciones Sardi Limitada, porque así se lo enseñaba el artículo 2.184 del Código Civil.

2º.— Continúa el recurrente afirmando que "cuando se estableció el honorario de quinientos pesos no se tuvo en cuenta ningún pacto de cuota litis, y como, por haberse presentado oposición debe aumentarse tal honorario, el aumento no puede apartarse del pensamiento cardinal que produjo el acuerdo de los quinientos pesos, en que resulta excluída por completo la idea de cuota litis. Tal es el sentido del verbo **reconsiderar** empleado en la carta del doctor González a Urbanizaciones Sardi Limitada (Folio 11 del cuaderno principal).

"Si en la reconsideración no se pudo llegar a ningún acuerdo sobre la cuantía del honorario, es injurídico suplir el concierto de los contratantes sobre el punto que debaten con un contrato de cuota litis, puesto que el camino es la aplicación de la ley interpretativa (artículo 2.184, numeral 3º del Código Civil). Por eso también resulta del todo inadmisible la voz de los peritos cuando arriman su opinión a lo que sucede con

la remuneración de los abogados de los bancos, porque éstos tienen verdaderas cuotas litis, como lo afirman los peritos, pues si nada logran cobrar, nada ganan".

3º.—Finalmente, hace resaltar el recurrente la violación del artículo 2.054 del Código Civil, pues, si en dicho artículo se fundamentó la sentencia, resultó indebidamente aplicado.

6º.— Los considerandos de la Corte.

1º.—El contrato del 16 de febrero de 1948 celebrado entre Urbanizaciones Sardi Limitada y el doctor González, no fue contrato de cuota litis. Los contratos de cuota litis son aquellos en que el abogado conviene en recibir una cuota parte del bien que defiende ante la justicia. En este caso el abogado recibe la parte del bien, si el ejercicio de la acción tiene buen éxito, de lo contrario nada recibe.

Al lado del contrato de cuota litis existe aquel en virtud del cual se señala un precio sin mirar al valor del bien o bienes que son objeto de la acción. Aquí generalmente nada se deja a la suerte; el abogado recibe la totalidad de la remuneración hayan tenido o no hayan tenido éxito sus gestiones.

En el contrato del 16 de febrero de 1948 existe un pacto de honorarios sin referencia alguna al valor total de los bienes que formaron el contenido de la acción de declaración de pertenencia.

En efecto: sólo para el caso de que hubiera oposición, los honorarios del abogado "serán reconsiderados", es decir, se procedería a determinar la remuneración según los nuevos esfuerzos que tuviera que hacer para defender los intereses que se le habían encomendado.

No hay duda, pues, que los dichos honorarios deben ser reconsiderados, pero sin variar el espíritu propio del referido contrato del 16 de febrero de 1948.

El demandante afirma en su demanda que fueron pactados dos clases de honorarios distintos: un honorario fijo de $ 500.00 y un honorario abierto, de cuota litis para el caso de que surgieran oposiciones. Es verdad que fuera del honorario fijo se pactó un honorario abierto; pero dicho honorario no es de cuota litis, pues se repite, ninguna referencia se hizo al valor total de los bienes que formaron el contenido de la acción de declaración de pertenencia.

En consecuencia, no debe confundirse un honorario abierto con un honorario de cuota litis.

2º.—La sentencia recurrida en manera alguna incurrió en el error que se le imputa de interpretar el citado contrato como de cuota litis. Textualmente se lee en dicha sentencia:

"Pero de que se tome como base del justiprecio pericial un tanto por ciento, no quiere decir que se está fijando una cuota litis, pues dicho porcentaje se toma como fundamento de la apreciación que hacen los peritos de lo que debe pagarse como honorario al doctor González, y no como una cuota litis que le corresponde por su trabajo. Era preciso dar al dictamen pericial sobre reajuste de honorarios una fundamentación numérica, puesto que de un valor expresado en cifra numérica se trataba, y entonces se tomó el diez por ciento del valor del negocio como base equitativa del justiprecio referido".

En efecto, los peritos al avaluar los honorarios del abogado tuvieron en cuenta ante todo los diversos trabajos realizados por aquél, la vigilancia y cuidado del negocio durante más de siete años y naturalmente el buen éxito del negocio y la cuantía del mismo. Fue así como llegaron al avalúo de $ 87.165.00 que equivale al diez por ciento de los bienes adquiridos para la sociedad por el demandante.

3º.—En cuanto al otro argumento de que el artículo 2.184 del Código Civil en su numeral 3º prescribe que los honorarios de abogados son los estipulados o el honorario usual, y que, por tanto, el Tribunal ha debido determinarlos por la costumbre y no hacerlos determinar por dictamen pericial, se tiene en cuenta:

La determinación de los honorarios de los abogados cuando ellos no fueron previamente estipulados, se fijan por el procedimiento del artículo 2.054 del Código Civil. No debe olvidarse que el artículo 2.063 de aquella obra dice que "las obras inmateriales o en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2.054, 2.055, 2.056 y 2.059".

No hay duda que la clase de trabajo que se obligó a ejecutar el demandante y que ejecutó con toda corrección y actividad, es justamente un contrato de servicios inmateriales. Ese es el tipo de contrato realmente celebrado aunque su ejecución implique como instrumento o medio un contrato de apoderamiento.

Bien, el citado artículo 2.063 ordena que en estos casos se aplique el artículo 2.054 que dice que cuando no se ha fijado precio se presumirá que las partes han convenido el que ordinariamente se pague por la misma especie de obra y a falta

de éste, por el que se estimara equitativo a juicio de peritos.

En este sentido esta Corte en casación del 29 de mayo de 1923 (G. J., tomo XXX, página 52), dijo: "El artículo 2.054 del Código Civil referente a la fijación del precio por la confección de una obra inmaterial es aplicable a la fijación de precio de servicios profesionales".

El opositor en la defensa que hace de la sentencia recurrida oportunamente recuerda lo decidido por esta Corporación el 18 de noviembre de 1955, dentro del juicio ordinario de honorarios profesionales seguido por el doctor Aquileo Calle H. contra el señor Domingo Garcés (G. J., tomo LXXXI, página 622 y 623). De esta sentencia son los siguientes apartes:

"El recurrente dice que la remuneración legal es la usual a que se contrae el artículo 2.184 del Código Civil; ello no es exacto, porque la legal es la que señala un precepto positivo que no existe en relación con el mandatario o empleado judicial. Si de acuerdo con el artículo 2.143 ibídem, la remuneración es determinada por convención de las partes, por la ley o por el Juez, síguese que en el caso presente esa remuneración debe ser fijada por el Juez en defecto de la convencional y legal, y que la prueba pericial es la adecuada para determinar su monto.

"No es válido el cargo de que como de acuerdo con el numeral 3º del artículo 2.184 del Código Civil el mandante es obligado a pagarle al mandatario la remuneración estipulada o usual, para determinar esta última no es idónea la prueba de peritos sino la múltiple testimonial a que alude el artículo 700 del Código Judicial, porque la costumbre o uso de pagarle al apoderado judicial sus emolumentos, no es una cuestión que se haya discutido; por el contrario, las partes lo han aceptado y sólo discuten el valor de los honorarios".

Es, pues, el artículo 2.054 el que debe aplicarse para fijar el reajuste de honorarios del doctor González; ese fue el artículo que aplicó correctamente el Tribunal. No existe ninguna costumbre o uso para fijar los honorarios de abogados, pues, para ello sería necesario que existieran tipos de juicios que implicaran un mismo género de trabajo, una misma actividad y una misma vigilancia o cuidado. La experiencia demuestra que cada juicio tiene sus particularidades, sus especiales modalidades que es imposible afirmar que los honorarios de un abogado se determinen por el uso o la costumbre. En consecuencia, la prueba más idónea para determinarlos es la prueba pericial.

No prosperan los cargos formulados a la sentencia recurrida.

FALLO

Por los motivos anotados, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali con fecha catorce (14) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) en el ordinario de MIGUEL ANGEL GONZALEZ contra la Sociedad "URBANIZACIONES SARDI LIMITADA".

Costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

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

EL ERROR DE HECHO COMO CAUSAL DE CASACION. — LA DECLARACION JURADA DE UNA PERSONA SOBRE LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL, CONSIGNADA EN POSICIONES, NO PIERDE POR ELLO LA CALIDAD DE TESTIMONIO Y, A MAS DE SER ADMISIBLE, TIENE DOBLE CARACTER EN MATERIA PROBATORIA: EL DE CONFESION SI CONTESTA AFIRMATIVAMENTE SOBRE HECHOS PERSONALES DEL ABSOLVENTE, Y EL DE TESTIMONIO CUANDO ESA CONTESTACION AFIRMATIVA ALUDE A HECHOS QUE EL NO HA EJECUTADO SINO OTRO, PERO DE LOS CUALES TIENE CONOCIMIENTO

1.—El error de hecho consiste en que el juzgador haya considerado como probado un hecho por no haber tenido en cuenta la existencia de un elemento probatorio que obra en los autos o por haberlo ignorado siempre que este medio de prueba demuestre evidentemente que el hecho afirmado no existió. También puede ocurrir el fenómeno contemplado por el inciso segundo del ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, cuando se dá por probado un hecho en la sentencia en razón de haberse ignorado o no haberse tenido en cuenta la existencia en el juicio, de un medio de prueba que demuestre en forma evidente que tal hecho existió.

También es verdadera la recíproca, o sea que haya error de hecho cuando el Tribunal tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe en el proceso o lo tiene por nó probado en razón de la misma circunstancia. (Sobre este punto puede consultarse entre otras G. J.,, LXXVIII, 119).

2.—No comete violación de la ley sustantiva el Tribunal que, en relación con los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural, acepta una prueba que no es precisamente la que la ley indica, tal como la declaración jurada de personas hecha en forma de posiciones sobre hechos de que tienen conocimiento, la que no pierde por ello la calidad de testimonio. Caso de emanar de los mismos allegados del solicitante o demandante que a la vez son demandados varios de ellos, es perfectamente admisible y produce efectos probatorios iguales por lo menos a las declaraciones de testigos extraños.

En efecto: el artículo 613 del Código Judicial establece que en las posiciones "las preguntas han de versar sobre hechos personales del absolvente o del que tiene conocimiento", de donde resulta que la misma ley le otorga a las declaraciones en posiciones el carácter de testimonio, naturalmente en lo que se refiere a hechos de que tiene conocimiento el absolvente, pues en lo que respecta a hechos personales constituyen obviamente la prueba de confesión. En otros términos: la declaración en posiciones tiene carácter doble en materia probatoria, cuando se interroga sobre hechos del mismo absolvente y hechos que conoce: confesión cuando contesta afirmativamente sobre hechos personales y testimonio cuando esa contestación afirmativa cubre hechos que él no ha ejecutado, que los ha ejecutado otro pero de los cuales tiene conocimiento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

BREVE HISTORIA DEL JUICIO:

El señor Marino Torres instauró acción judicial para que se le declare hijo natural de Abraham Durán y como consecuencia de tal declaración para que se le reconozca como heredero de mejor derecho de su padre natural.

Los hechos en que funda la demanda consisten en las relaciones sexuales del difunto con su madre la señora Consolación Torres; la posesión notoria de estado civil; y la confesión o reconocimiento expreso del padre contenida en documento escrito. La acción fue dirigida contra la señora Cecilia Durán viuda de Sanclemente, Soledad Durán de Varón y señorita Benicia Durán quienes se opusieron a la demanda, por medio de apoderado.

El Juez de instancia y el Tribunal fallaron el 18 de octubre de 1955 y 19 de octubre de 1956,

respectivamente acogiendo las súplicas de la demanda.

La parte demandada interpuso recurso de casación que fue otorgado y se ha tramitado hasta ponerlo en estado de fallar.

DEMANDA DE CASACION:

Dice el recurrente: "MOTIVOS DEL RECURSO: "La sentencia del Tribunal al confirmar el fallo que declara a Marino Torres como hijo natural de Abraham Durán, con derecho a intervenir en el juicio de sucesión y en la partición de bienes, debiéndoles ser restituídos los de la herencia, se hace violatoria de la ley sustantiva, por haber incurrido el Tribunal en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, que lo llevaron de un lado a aplicarla indebidamente, y de otro a dejar de aplicarla o aplicarla erróneamente... De modo, pues, que el recurso lo fundo, como queda explicado, en el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial".

El Tribunal para declarar la filiación o reconocimiento de filiación natural se basó en dos factores: 1. La posesión notoria del estado civil reconocido y 2. La confesión o reconocimiento inequívoco por parte del padre en carta o escrito.

Respecto del primer motivo afirma el recurrente que, "del análisis que hizo el Tribunal en el fallo no resulta la fuerza probatoria que la ley exige para que la posesión notoria quede establecida de modo irrefragable"; y, para respaldar, esta acusación copia el siguiente aparte del fallo.

"Todos (los testigos) están de acuerdo en afirmar que conocieron a Abraham Durán y que conocen a Marino Durán o Torres por las relaciones de amistad con ambos. Que les consta que Marino, desde su más tierna infancia, ha vivido en la casa de don Abraham. Que es cierto que para todo el vecindario de la ciudad ha sido un hecho claro que Marino es hijo natural de don Abraham por haberle éste tratado como tal y así lo presentaba a sus relacionados proveyendo a su educación y subsistencia. Y que este conocimiento lo obtuvieron por las relaciones de amistad que llevaron con don Abraham como por las que llevan con Marino". El demandante en casación, aparte de criticar lo descarnado de razones de este razonamiento del fallador deduce que el Tribunal incurrió en evidente error de hecho al apreciar los testimonios de Alfredo Ampudia y de Justiniana Ibarra de Doneys con valor de plena prueba al efecto de establecer que la posesión de estado civil ha durado por más de diez años, pues solamente ellos hablan de un lapso mayor de 20 años.

Según el recurrente, dos declaraciones no son "el conjunto de testimonios fidedignos que exige la ley" y manifiesta además que aun cuando las demandadas señoras Durán viuda de Sanclemente y Durán de Varón al absolver posiciones hicieron manifestaciones que fueron aceptadas por el Tribunal como complemento de la prueba testimonial relacionada con la posesión de estado, hay que tener en cuenta que esta forma de prueba no es la conducente conforme a la ley para acreditar el hecho de la posesión de estado; y, por lo tanto, no puede ser invocada, ya que ésta exige un conjunto de testimonios fidedignos y nó la confesión judicial.

Para respaldar esta tesis cita y copia el recurrente algunos apartes de las obras "La Casación Civil" por Manuel de la Plaza y Derecho Probatorio por Antonio Rocha Tratadista Colombiano.

Como resultado del razonamiento acotado, el recurrente deduce que el Tribunal al aceptar como prueba la de la confesión de las demandadas incurrió en error de derecho con violación del artículo 596 del Código Judicial por no haberlo aplicado, de la misma manera que del 605 y del 593 ibídem.

Concluye el recurrente: "El sentenciador de segunda instancia pronunció su decisión dando por demostrada la existencia y verdad de la posesión notoria; mediante una prueba no autorizada por la ley, como es la confesión de la demandada, y mediante el quebrantamiento de los textos citados violó el Tribunal el artículo 7º de la Ley 45 de 1936, y así en la sentencia declaró la filiación natural demandada".

SE CONSIDERA:

En diversas sentencias la Corte ha consagrado la doctrina de que el juzgador goza de autonomía (soberanía dicen los fallos) en la apreciación de la prueba y que sobre eso es extraña la función de la Corte en el recurso extraordinario de Casación.

En efecto, en sentencia de casación dictada el 18 de julio de mil novecientos cincuenta y seis y publicada en la GACETA JUDICIAL número 2.170, que se cita por ser una de las más recientes, dijo esta Corporación:

"Debe tenerse muy presente el principio de la soberanía del juzgador de instancia en la tarea estimativa de la prueba, como consecuencia obvia de no ser la casación un recurso contra los he-

chos sino contra el derecho aplicado en la sentencia, razón por la cual en casación no procede el examen de pruebas sino por excepción: cuando los errores en que incurre en esa disciplina sean tan graves que se quebrante por ellos la ley sustantiva, con el consecuencial derrumbe de la decisión, y ello no ocurre aquí...."

Por otra parte, la noción del error de hecho no corresponde con lo alegado por el recurrente, pues consiste éste en que el juzgador haya considerado como probado un hecho por no haber tenido en cuenta la existencia de un elemento probatorio que obra en los autos o por haberlo ignorado siempre que este medio de prueba demuestre evidentemente que el hecho afirmado no existió. También puede ocurrir el fenómeno contemplado por el inciso segundo del ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, cuando se dá por probada un hecho en la sentencia en razón de haberse ignorado o no haberse tenido en cuenta la existencia en el juicio, de un medio de prueba que demuestre en forma evidente que tal hecho existió.

También es verdadera la recíproca, o sea que haya error de hecho cuando el Tribunal tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe en el proceso o lo tiene por nó probado en razón de la misma circunstancia. (Sobre esto puede consultarse entre otras G. J. LXXVII, 119).

El fallador consideró que la prueba aportada es suficiente para acreditar la posesión notoria de estado civil, y esta apreciación no puede ser tocada por la Corte, tanto más cuanto que esta Corporación la encuentra acertada.

Igualmente acusa el recurrente la sentencia materia del recurso por haber incurrido el Tribunal en error de Derecho, "aun en el caso de que la prueba de confesión de las demandandas Cecilia Durán viuda de Sanclemente y Soledad Durán de Varón sea prueba idónea —que no lo es— para establecer la posesión notoria, combinándola con el conjunto de testimonios deficientes a fin de complementar la prueba testimonial.

Manifiesta dicho recurrente que al admitir esta combinación como medio probatorio de la posesión notoria de estado civil, dio indebida aplicación al artículo 594 del Código Judicial, por no corresponder "la hipótesis contemplada en el precepto, con la realidad presentada".

Para sustentar esta afirmación argumenta así el demandante en casación: "En efecto, el artículo 594 estatuye que dos o más pruebas incompletas constituyen plena prueba si cada una está debidamente establecida, y si son diversas y precisas, estando en estrecha conexión con el hecho averiguado. Más en el caso sub judice, el mismo Tribunal dice que los requisitos de ser fidedignos y de que establezcan de modo irrefragable la posesión notoria "no resultan en forma nítida y concreta de los testimonios traídos al plenario".

"Entonces, concluye, ese conjunto testimonial en tales condiciones de imprevisión y de falta de claridad, no podía ser complementado con otra prueba como la de la confesión de las demandadas dichas, que también es imprecisa, porque en sus respuestas no se determina el tiempo legal de duración de la posesión notoria, ni se precisa el tratamiento de padre a hijo pues ambas manifestaron que Marino estuvo en su casa bajo el **cuidado de ellas.**

Acusa al Tribunal de haber infringido con tal error de derecho, además de las disposiciones citadas, los artículos 601, 593 y 596 del Código Judicial el 399 del Código Civil el 4 ordinal 5. de la Ley 45 de 1936, el 6 y el 7 de la misma ley.

Reproduce a continuación el recurrente el siguiente aparte de la sentencia acusada: "De los elementos de convicción que se han analizado, surge el conjunto de testimonios fidedignos que establecen de un modo irrefragable la posesión notoria del estado civil de hijo natural alegada por el actor, de acuerdo con los términos preceptuados por el artículo 399 del Código Civil.

Acusa el recurrente la sentencia en la parte copiada de error de derecho por "haber considerado como un conjunto de testimonios, los testimonios propiamente tales y las posiciones absueltas por las demandadas Cecilia viuda de Sanclemente y Soledad de Varón, para hacer de ambos medios de prueba la misma apreciación, como si de tanto el uno como el otro surgiera el conjunto de testimonios fidedignos de que habla el artículo 399 del Código Civil siendo así que ese conjunto de testimonios no puede resultar de pruebas de distinta naturaleza jurídica y de distinta índole procesal, como son la testimonial y la de confesión".

Con tal error de derecho, concluye el demandante en casación, infringió el Tribunal el precepto contenido en el artículo 601 del Código Judicial, dejando de aplicarlo, pues tal precepto expresa que las pruebas se aprecian de acuerdo con su estimación legal. Y el sentenciador apreció la prueba de confesión en desacuerdo con la estimación legal de ella, para estimarla como prueba testimonial cambiándole así su esencia o natu-

raleza jurídica. Y con esta violación del artículo 601 citado, el Tribunal incurrió en la del artículo 399 del Código Civil que lo llevó a dar por establecida, en esa forma ilegal la posesión notoria, y sobre esa falsa base confirmó la declaración de filiación natural, con lo cual quebrantó el artículo 4º en su ordinal 5º de la Ley 45 de 1936 y el 6 y el 7 de la misma ley".

Otro aspecto de este mismo cargo lo destaca el recurrente al considerar las posiciones en sí, esto es en su contexto, en relación con las cuales manifiesta que el Tribunal no tomó en consideración la respuesta de los absolventes de "sí es cierto" dada a la pregunta de que "sí era verdad que Marino Torres era hijo natural de su hermano Abraham y sobrino de ellas".

"Habría incurrido en error de derecho —afirma el recurrente— al tener como prueba de estado civil esa respuesta, porque el estado civil no se establece con confesión de personas distintas del pretendido padre. El Tribunal, pues no consideró tales preguntas y respuestas ,pero sí incurrió en errores de hecho y de derecho al darle valor probatorio a esas posiciones o confesiones, para dar por establecida la posesión notoria que no alcanzó a establecer el conjunto de testimonios, porque en tales respuestas ninguna de las absolventes dio cuenta del tiempo determinado, del número determinado de años durante los cuales pudo realizarse la posesión notoria".

"El Tribunal al admitir como prueba de la posesión notoria la manifestación hecha de "ser cierto" que Marino "desde su más tierna infancia fue llevado por don Abraham a su casa para su crianza y educación y que allí permaneció durante mucho tiempo" agregando que allí se levantó "bajo el cuidado de ellas" y de donde salió "cuando contrajo matrimonio", incurrió en errores de hecho y de derecho al dar por demostrada la posesión notoria por el término que exige la ley, sin que en las respuestas anteriores se halle determinado de manera precisa y concreta el número de años que pudo durar el tratamiento de padre a hijo, y sin que en el juicio aparezca —por otra parte— la prueba legal del matrimonio de don Marino, de donde hubiera podido haberse por lo menos colegido el tiempo que permaneció en la casa de las absolventes y bajo su cuidado.

Luégo repite el recurrente que estos errores consistentes en haber admitido como probado un hecho que no lo está y en aceptar como prueba: unas manifestaciones indeterminadas, para admitir como establecida de un modo irrefragable la posesión notoria, "hicieron infringir al Tribunal el artículo 592 del Código Judicial, pues admitió contra tal estatuto la existencia y verdad de los hechos constitutivos de la posesión notoria alegada por el actor, como si hubieran sido demostrados "de manera plena y completa según la ley", y con tal infracción, quebrantó el artículo 7º de la Ley 45 de 1936 y 399 del Código Civil, mediante la cual se declaró en el fallo la filiación natural, materia de la demanda, violándose con ello los artículos 4º ordinal 5 y 6 de la Ley 45 de 1936.

"Y con todos los errores que he glosado —concluye el recurrente este Capítulo de su acusación— en esta demanda de casación, con violación de todos los textos del Código Judicial y de la ley sustantiva citadas y el fallo recurrido, (sic) se violaron también los preceptos de los artículos 1.312 y 1.321 del Código Civil, aplicándolos indebidamente, pues por el primero se concede derecho para intervenir en el inventario a los herederos testamentarios o abintestato y por el segundo se ordena la restitución de los bienes al heredero".

SE CONSIDERA:

La aplicación que hace el fallador de las contestaciones dadas por las señoras Durán viuda de Sanclemente y Durán de Varón al pliego de posiciones que les fue formulado, en las cuales afirman el conocimiento que tienen de hechos concretos relacionados con la posesión de estado de Marino Torres de la calidad de hijo natural de Abraham Durán, es absolutamente correcto y en esa forma no ve la Corte que haya cometido violación de la ley el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

En cuanto a que se comete violación de la ley al aceptar una prueba que no es precisamente la que la ley indica, observa la Corte que la declaración jurada de las personas hecha en forma de posiciones sobre hechos de que tienen conocimiento no pierde por ello la calidad de testimonio, que en este caso, en que emana de los mismos allegados del solicitante o demandante que a la vez son demandados varios de ellos, es perfectamente admisible y produce efectos probatorios iguales por lo menos a las declaraciones de testigos extraños.

En efecto: El artículo 613 del Código Judicial establece que en las posiciones "las preguntas han de versar sobre hechos personales del absolvente o del que tiene conocimiento", de donde resulta que la misma ley le otorga a las declaraciones en posiciones el carácter de testimonio, naturalmente en lo que se refiere a hechos de que

tiene conocimiento el absolvente, pues en lo que respecta a hechos personales constituyen obviamente la prueba de confesión. En otros términos: la declaración en posiciones tiene carácter doble en materia probatoria, cuando se interroga sobre hechos del mismo absolvente y hechos que conoce: confesión cuando contesta afirmativamente sobre hechos personales y testimonio cuando esa contestación afirmativa cubre hechos que él no ha ejecutado, que los ha ejecutado otro pero de los cuales tiene conocimiento. Es esto lo que ocurre en el presente caso con respecto a los actos de Abraham Durán y de otras personas en relación con Marino Torres o Durán pues versan sobre elementos constitutivos de la posesión de estado de hijo natural de éste respecto de aquél.

Estando establecido que Marino Torres goza de la posesión notoria de estado de hijo natural de Abraham Durán en forma que determina el artículo 6º de la Ley 45 de 1936, y habiéndolo reconocido así el Tribunal en el fallo acusado, es innecesario ocuparse de los otros capítulos de acusación.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia materia del recurso, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en el juicio sobre filiación natural y petición de herencia de Marino Torres Durán contra Cecilia Durán viuda de Sanclemente, Soledad Durán de Varón y señorita Domicia Durán, el 19 de octubre de 1956.

Costas a cargo del recurrente.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Hernando Morales, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.



ACCION DE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO PROVENIENTE DE UTILIDADES EN INTERES SOCIAL. — PAGO DE DEUDAS HEREDITARIAS

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

HISTORIA DEL JUICIO

Entre los señores Eliseo Navarro, Dionisio Jiménez y Roberto Glaser se constituyó, por medio de documento firmado el 20 de octubre de 1904, una ASOCIACION cuyo objeto era la explotación del Faro de "Bocas de Ceniza".

Según este contrato el interés social se dividió en diez acciones y se nombró Gerente al señor Eliseo Navarro.

La primera función de que habría de ocuparse el Gerente consistía en obtener del Gobierno Nacional la concesión respectiva la que fue otorgada por un término de 40 años. (Ver folios 30, C. 6, escritura pública 633 de la Notaría de Cartagena, septiembre de 1939).

La financiación la hizo el asociado Glaser, a quien correspondieron dos acciones en la Compañía. Se acordó igualmente que la distribución de utilidades se harían mensualmente. (Escritura 107 de 1909, C. 1, folios 2 y s.).

Por escritura 406 del 2 de julio de 1912 (cuaderno 2 folio 1), Roberto Glaser transfirió a título de venta a Hermann Spann todos sus derechos en la asociación. A Eliseo Navarro le sucedieron sus herederos Ernesto Navarro y Teresa Navarro Torres (cuaderno 9, folio 5) adjudicándoseles a cada uno el diez por ciento del veinte por ciento que pertenecía a su padre y en la partición se dijo que "para los efectos de representación ante el Gobierno y terceros, figurará el señor Ernesto Navarro E. como sucesor del cesionario, pero teniendo entendido que el otro diez por ciento fue adjudicado a Teresa Navarro de Torres, y que siempre que ésta o su esposo lo pidieran, está obligado a exihibirles el título de concesión".

A Ernesto Navarro le sucedió a su muerte su esposa Rosa Elena viuda de Navarro, en calidad de cónyuge supérstite y sus hijos legítimos Elida Navarro de Segrera, Gladys Navarro de Vergara, Eliseo José Navarro e Iris Teresita Navarro (folios 40, cuaderno 9). La esposa sobreviviente continuó administrando la Asociación (cuaderno 2, folios 5 vuelto) la cual "presentó cuentas" según confiesa en posiciones, "le asignó cuentas de gastos a Spann y "efectivamente fue administradora". La concesión terminó el 11 de julio de 1946 y la señora Rosa Elena hizo la entrega al Gobierno.

Desde el mes de julio de 1939, se omitió por parte del Administrador de la Asociación entregar las utilidades correspondientes al demandante y lo mismo hizo la señora Rosa Elena hasta que entregó, por lo cual aquél demandó a ésta, en su propio nombre, y a la sucesión del señor Ernesto Navarro, representada por ella y por sus hijos legítimos Eliseo José Navarro, Iris Teresita Navarro, Elida Ignacia Navarro de Segrera y Josefina Gladys Navarro de Segrera para que verifiquen el pago correspondiente, junto con los perjuicios y costas del juicio.

El Juez del conocimiento, que lo fue el Primero Civil del Circuito de Cartagena, puso fin a la primera instancia por sentencia que lleva fecha 2 de julio de 1952, por medio de la cual fue condenada la sucesión de Ernesto Navarro representada por la señora Rosa Elena y por sus hijos mencionados al pago de $ 15.830.01, por concepto de las mensualidades que la Empresa del Faro de "Bocas de Ceniza", dejó de pagarle al demandante Spann en el segundo semestre de 1939 y en los años subsiguientes de 1944, con los intereses legales desde cuando la obligación se hizo exigible hasta que se verifique el pago; y, condenando a la señora Rosa Elena viuda de Navarro a pagar también al demandante la suma de $ 1.515.04.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena en sentencia de 30 de abril de 1956 modificó la del a **quo** en la siguiente forma:

"a) Condénase a Elida Ignacia Navarro de Segrera, Josefina Gladys de Vergara, Eliseo José Navarro, como herederos de Ernesto Navarro a pagar al demandante la suma de $ 12.869.50, más los intereses legales desde la notificación de la demanda; y

"b) Absuélvese a la señora Rosa Elena Villarreal viuda de Navarro de todos los cargos formulados contra ella en la demanda.

"Sin costas".

Contra este fallo se alzó en Casación el señor Spann y es la oportunidad de decidir acerca de él, cumplidas como están las ritualidades de regla.

CARGOS:

Inicia el recurrente la acusación con la siguiente manifestación: "Voy pues a demostrar que la sentencia de 30 de abril de 1956 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que modificó la de primera instancia, violó la ley sustantiva, con violación directa". Luégo sigue la formulación y demostración del cargo en la siguiente forma:

"1. La sentencia de 2 de julio de 1952 del señor Juez Civil del Circuito de Cartagena, condenó a la sucesión de Ernesto Navarro, representada por sus herederos, hijos legítimos, Eliseo, Iris Teresita Navarro, Elida Ignacia Navarro de Segrera y Josefina Gladys Navarro de Vergara. La sentencia de segundo grado que acuso reconoce en su parte motiva dice: (sic) Elida N. de Segrera, Josefina Gladys N. de Vergara, Eliseo José e Iris Teresita Navarro Villarreal son causahabientes a título universal de don Ernesto, según resulta comprobado con la copia del auto del Juzgado Segundo Civil del Circuito, que los tuvo como herederos de aquél, en su calidad de hijos legítimos y en el correspondiente juicio sucesorio (folios 40 y vuelto del cuaderno 6); deben pues responder de la suma de $ 12.869.50 que don Ernesto dejó de entregarle al demandante (artículo 1.441 del C. C.).

"No obstante este reconocimiento, ya en la parte resolutiva dice: a) Condénase a Elida Ignacia Navarro de Segrera, Josefina Gladys de Vergara, Eliseo José Navarro, como herederos de Ernesto Navarro, a pagar al demandante, la suma de doce mil ochocientos sesenta y nueve pesos con cincuenta centavos ($ 12.869.50) más los intereses legales desde la notificación de la demanda que dio origen a este juicio....."

"Al quedar la sentencia como lo expresa el fallo, excluyó a uno de los herederos demandados, como consta en la primera petición de la demanda, heredero condenado en el fallo de primera instancia y recoocido en el fallo de segunda, en la parte motiva, como obligado con los herederos mencionados en él a la prestación a que se condena. Se excluyó sin razón a Iris Teresita Navarro.

"Para tal exclusión de la condena, contra el reconocimiento en la parte motiva, contra la evidencia de los autos, donde consta tal calidad, el fallo no expresa razón alguna, y se ignoran las razones que tuviera el sentenciador para en la sentencia de segunda instancia haber variado las relaciones procesales, los extremos de la litis, si ello no fue objeto de controversia, el demandado no lo pidió, ni esa obligación por parte del excluído fue objeto de controversia.

"El fallo que acuso se halla, pues, en manifiesta contradicción con la disposición legal expresa, que estatuye que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas (no cita la disposición) en armonía con la que preceptúa (tampoco la cita) que el hacer acto de heredero (sic), le sucede en sus obligaciones transmisibles, sin otra excepción que la consagrada para el caso de inventario" (sic).

Afirma luégo que la sentencia violó los artículos 1.441, 1.302 y 1.411 del Código Civil. Acusa igualmente el fallo de violación por error de hecho en la apreciación de la prueba de los artículos 1.494 y 1.602 del Código Civil 645 y 637 del Código Judicial y numeral 3º del 383 C. C.

Se extiende a continuación el recurrente en la demostración de que Iris Teresita Navarro es heredera, fue reconocida como tal por el Juez y está obligada como tal conjuntamente con sus hermanos al pago de la deuda.

SE CONSIDERA:

No cabe duda que en el fallo de segunda instancia fue omitida, posiblemente por inadvertencia, la heredera Iris Teresita Navarro entre los obligados a pagar la deuda que se reclama, pero es claro qué tal omisión tiene como resultado relevar a esta heredera de la obligación y hacerla recaer sobre los otros en lo que a ella le corresponde, lo que constituye una violación clara del artículo 1.411 del Código Civil que establece que las deudas hereditarias se dividen entre los herederos a prorrata de sus cuotas y en el caso presente la exclusión de una heredera impone a cada uno de los otros una obligación mayor que la que corresponde a la proporción con la cuota, pues en vez de pagar cada uno la cuarta parte de aquella tiene que pagar la tercera, quedando libre de la deuda la cuarta y sin que su derecho herencial se menoscabe.

Es por lo tanto el caso de CASAR el fallo recurrido.

SENTENCIA QUE DEBE REEMPLAZAR DICHO FALLO

Pretende el recurrente que debe reproducirse la sentencia de instancia, cosa inaceptable, puesto que el único motivo de casación operante es el que se ha mencionado. Las alegaciones de que hubo error en la apreciación de los documentos de descargo presentados por la señora Villarreal de Navarro no tiene base de ninguna clase, ni constituyen un error que aparezca manifiestamente en los autos. Se reproducirá por tanto la sentencia del Tribunal con la agregación de la señorita Iris Teresita Navarro entre los obligados.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada el 30 de abril de 1956 en este juicio y en su lugar,

FALLA:

Condénase a Elida Ignacia Navarro de Segrera, Josefina Gladys Navarro de Vergara, Eliseo José Navarro e Iris Teresita Navarro Villarreal, como herederos de Ernesto Navarro, a pagar al demandante, seis días después de la ejecutoria de la presente sentencia, la suma de doce mil ochocientos sesenta y nueve pesos, con cincuenta centavos ($ 12.869.50), más los intereses legales desde la notificación de la demanda que dio origen a este juicio. Absuélvese a Rosa Elena Villarreal viuda de Navarro de todos los cargos formulados contra ella en la demanda.

Sin costas.

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

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

CUANDO EL RECURSO ES DOBLE Y LA CORTE ENCUENTRA FUNDADO UNO DE LOS CARGOS FORMULADOS, NO ES NECESARIO ESTUDIAR LOS DEMAS CARGOS NI LA OTRA DEMANDA

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

En relación con el memorial anterior, firmado por el abogado doctor Otto Barrios Guzmán apoderado de algunos recurrentes, es el caso de expresar que conforme a las voces del artículo 538 del C. J.: "Si la Corte encuentra fundada alguna de las causales alegadas, infirma el fallo acusado y dicta en su lugar la resolución que corresponda".

Esta disposición no distingue y se aplica tanto cuando hay un solo recurrente como cuando son varios. La Corte encontró fundada la causal primera alegada por el recurrente señor Spann, debidamente representado y la declaró, prescindiendo de las otras, en obedecimiento de la disposición copiada.

En el hecho la Corte resolvió igualmente y en sentido favorable el primer cargo hecho por el recurrente que representa a los señores Eliseo Navarro Villarreal, Gladys Navarro de Vergara y Elida Navarro de Segrera o sea el autor del memorial que se considera, aunque ese cargo fue presentado bajo un aspecto distinto cual es el de incongruencia o falta de consonancia entre la sentencia y las peticiones oportunamente deducidas, puesto que en cuanto al fondo es coincidente con el cargo primero de la demanda de casación del señor Spann que acogió la Corte, casando el fallo materia del recurso.

En los términos anteriores queda resuelto el memorial de que se ha hecho mérito.

Notifíquese.

ALFREDO COCK ARANGO

Jorge Soto Soto, Secretario.

TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — LA ACCION DE PETICION DE HERENCIA Y LA DE REIVINDICACION, RESPONDEN EN NUESTRO REGIMEN CIVIL A DISTINTOS CONCEPTOS JURIDICOS Y SE HALLAN GOBERNADAS POR NORMAS DIFERENTES. — TERMINOS Y CONDICIONES PRESCRITAS PARA MODIFICAR EL PLANTEAMIENTO INICIAL DE UN DEBATE. — ANTES DE ABORDAR EL ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES PROPUESTAS POR LOS LITIGANTES, EL FALLADOR DEBE EXAMINAR COMO PRIMER ASPECTO, EL REFERENTE A LA PERSONERIA DE LAS PARTES. — FACULTADES QUE CONFIERE AL COMPRADOR LA ADQUISICION DE DERECHOS EN UNA SUCESION

1.—Cuando el recurrente habla de violación de las normas sustantivas ,de su errónea interpretación y de su no aplicación, que son nociones jurídicas distintas, debe expresar claramente los conceptos de tales infracciones. Todas estas fallas no sólo son contrarias a la técnica de este recurso, sino que dificultan por la falta de método y de claridad el estudio de la demanda.

2.—La acción de petición de herencia y la de reivindicación, son acciones que responden en nuestro régimen civil a distintos conceptos jurídicos y que se hallan gobernadas por normas diferentes.

En efecto, la petición de herencia, según enseña el artículo 1.321 del Código Civil, es en resumen una acción que compete al heredero de igual o mejor derecho a fin de que el putativo sea condenado a restituír la posesión de los bienes del causante o una cuota de ellos. Es en definitiva, como lo ha dicho la Corte en sus fallos, una controversia ventilada entre el demandante y demandado con el fin de establecer a cuál de ellos corresponde el todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero suyo. Como se ve la naturaleza de esta acción está indicando que no puede ser instaurada sino por el heredero, cuyo carácter de tal, no es transmisible.

A su vez, la reivindicación, es al tenor del artículo 946 del Código Civil una acción de dominio cuyo objeto es una cosa singular, determinada y cierta, cuya procedencia está subordinada a la comprobación judicial de los cuatro elementos fundamentales que jurídicamente la configuran. Son, pues, dos acciones distintas, pero que pueden ser acumuladas y ejercitarse simultáneamente, teniendo en cuenta que el criterio y la doctrina sobre acumulación de acciones compatibles, es hoy más amplio que antaño, en virtud del principio de la economía procesal así llamado por los doctrinantes y la jurisprudencia contemporánea.

3.—El planteamiento inicial de un debate no puede ser modificado, sino mediante enmienda de la demanda realizada en los términos y condiciones prescritos en el artículo 208 del Código Judicial.

4.—El fallador procede acertadamente al examinar como primer aspecto, antes de abordar el estudio de las pretensiones propuestas por los litigantes, el referente a la personería de las partes, porque según jurisprudencia de esta Corte, sin aquella capacidad jurídica la acción no puede prosperar por carecer de uno de sus elementos esenciales.

5.—La compra de derechos herenciales, ha dicho la Corte, sea en abstracto o vinculada a uno o más bienes no dá al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo, pero no le dá, ni puede darle desde el momento de la compra la propiedad de determinado inmueble (artículo 1.967 del C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Joaquín Navia Belalcázar, hablando en nombre de la sucesión ilíquida de Máximo Collazos, y pare ella, demandó por la vía ordinaria con acción real y personal al señor Alfonso Garcés Valencia, para que por sentencia definitiva se le condenara a restituír para la causa mortuoria nombrada el inmueble cuyos linderos se expresan en los hechos de la demanda, solicitando igualmente fuera condenado el demandado al pago de los frutos civiles desde la fecha en que entró en posesión del inmueble hasta que lo restituya.

Para fundar su demanda formuló los siguientes hechos:

"Primero.—En el juicio de sucesiones acumuladas de María Digna Ayala viuda de Collazos, Eulogia Collazos viuda de Osorio y Joaquín A. Collazos, le fueron adjudicados al señor Máximo Collazos varios bienes y uno de ellos, el siguiente: Una casa que linda así: Oriente, la calle novena (9ª); occidente, predios de Julio Giraldo y de dichas sucesiones; norte, casa de Joaquín A. Collazos; sur, casa de Julio Giraldo.

"Segundo.—Los anteriores son los linderos de esa propiedad en la época en la cual se protocolizó el mencionado juicio por medio de escritura número 925 de fecha 30 de noviembre de 1923 de la Notaría 2ª de este Circuito.

"Tercero.—A la dicha casa le fueron hechas las mejoras de diversa índole, una de ellas consistente en levantar un segundo piso, tal como hoy existe la propiedad, la cual tiene una extensión superficiaria de 387 metros cuadrados, aproximadamente, y se determina por los siguientes linderos: Oriente, la calle novena; occidente, pared medianera al medio, con posesión de los herederos de Justiniano Lloreda; sur, casa del doctor Antonio José Olano Barona; y norte, la carrera 5ª en parte y también la pared o paredes medianeras con posesión de los herederos de Justiniano Lloreda. Esta casa, situada en Cali, es de dos plantas y se ubica en el cruce suroeste de la carrera 5ª con la calle 9ª, distinguida en su puerta de entrada por la carrera con el número 8-86 y por la calle con los números 5-6 a 22.

"Cuarto. — El señor Máximo Collazos murió poco tiempo después de haber heredado el bien descrito. El juicio de sucesión de tal causante no ha sido arreglado hasta la fecha. Legítimos herederos suyos son Joaquín, Efraín y María Jacoba Collazos, a título de hijos legítimos del causante y como hijos únicos. Estos tres herederos no habían dispuesto en modo alguno, en favor de alguien, de los derechos vinculados a la sucesión de su padre. Y no digo de bienes de ella, porque éstos sólo vienen a determinarse, a singularizarse, una vez efectuada la partición, o, por lo menos, dictado el decreto de posesión efectiva de la herencia cuando sólo hay un solo heredero.

"Quinto.—Sólo el día 14 de julio de 1951 y ante el Notario Primero de este Circuito, por medio de la escritura número 2.074 vinieron a disponer y dispusieron esos herederos, en favor mío, por venta, de los derechos hereditarios que tenían en la fecha de la venta en la sucesión de su padre señor Máximo Collazos, a la cual ha seguido perteneciendo la casa descrita antes, pues al morir este actor figuraba en su patrimonio la dicha propiedad.

"Sexto.—La señora Mariana Vásquez a la muerte de su legítimo esposo señor Máximo Collazos no pudo disponer, y jurídicamente no dispuso, del inmueble de que se viene hablando, pues ella ni vendió derechos hereditarios en él a terceros, ni a ella jamás le fue adjudicado tal bien en la sucesión de su marido, lo cual no se ha liquidado hasta la fecha.

"Séptimo.—Es hoy poseedor irregular, con título no justo, el señor Alfonso Garcés Valencia, del inmueble de que se viene hablando en los hechos anteriores. Al efecto, él compró tal bien a la sociedad "Carlos Leib e Hijos Limitada", de esta ciudad, mediante escritura número 3.174 de fecha 12 de septiembre de 1951, de la Notaría Primera de esta ciudad'.

Al contestar el traslado, el demandado por medio de apoderado negó algunos de los hechos del libelo, se opuso a que se hicieran las declaraciones allí impetradas y después de hacer una detallada relación de las escrituras por medio de las cuales adquirió el dominio de la finca materia de este litigio, le denunció el pleito a la sociedad denominada "Carlos Leib e Hijos Limitada", en su carácter de inmediata antecesora en la propiedad del bien. A esta denuncia del pleito sucedió una serie de denuncias cuyo detalle menciona la parte motiva del fallo recurrido. Tanto el demandado Garcés Valencia como a quienes les fue denunciado el pleito propusieron la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio.

Surtidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali, desató la litis, absolviendo al demandado por sentencia de fecha 4 de agosto de 1955, ordenando la cancelación de las inscripciones de la demanda

y condenando en costas al demandante en cumplimiento de lo prescrito en el Decreto-Ley número 0245 de 3 de octubre de 1951. El demandante apeló del fallo del Juzgado y el Tribunal una vez surtidos los trámites de la segunda instancia confirmó aunque por distintas razones la providencia del Juez de primera instancia.

Interpuso la parte demandante el recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal del Distrito Judicial de Cali de fecha 14 de mayo de 1957, el cual, una vez concedido se tramitó en debida forma y ha llegado el momento de decidirlo a lo cual se procede.

LA DEMANDA

La demanda de casación, es en síntesis una impugnación formulada en términos muy generales contra la sentencia recurrida, y aunque se aducen varias causales no se exponen en cargos o capítulos separados como lo prescribe el artículo 531 del Código Judicial. Es de advertir además, que cuando el recurrente habla de violación de las normas sustantivas, de su errrónea interpretación y de su no aplicación que son nociones jurídicas distintas no expresa claramente los conceptos de tales infracciones. Todas estas fallas no sólo son contrarias a la técnica de este recurso, sino que dificultan por la falta de método y de claridad el estudio de la demanda, la cual procede a considerarse, no obstante las deficiencias anotadas.

Afirma el actor en su libelo y lo reitera en la demanda de casación el recurrente, que el título originario de propiedad que tiene la parte demandante sobre el inmueble objeto del litigio, proviene de la adjudicación hecha a Máximo Collazos en las sucesiones acumuladas de María Digna Ayala viuda de Collazos, Eulogia Collazos viuda de Osorio y Joaquín Collazos.

En realidad, al folio 23 del cuaderno número 3 obra una copia auténtica de la escritura número 925 de 30 de noviembre de 1923, por la cual, fueron protocolizadas las sucesiones mencionadas. De acuerdo con la cuenta de partición allí efectuada, se le adjudicó a Máximo Collazos para el pago de deudas sucesorales, entre otros bienes una casa de doble piso construída sobre paredes de adobe y cubierta con teja de barro con su correspondiente lote de terreno. Esta casa se le adjudicó a Collazos con el objeto de venderla para pagar con su producto a los acreedores, cuyos créditos quedaron así garatizados, sin perjuicio, como es natural entenderlo, de los derechos que a aquellos les otorga expresamente el artículo 1.411 del Código Civil.

El señor Máximo Collazos, dice el hecho cuarto de la demanda, murió poco tiempo después de haber heredado (sic) el bien descrito. Su juicio de sucesión no ha sido liquidado hasta la fecha. Herederos legítimos del causante son sus hijos Joaquín, Efraín y María Jacoba Collazos, quienes no habían dispuesto en modo alguno de los derechos vinculados a la sucesión de su padre y agrega el demandante en el hecho quinto de su libelo:

"Sólo hasta el día 14 de julio de 1951, por medio de la escritura número 2.074 vinieron a disponer en favor mío (Joaquín Navia Belalcázar), por venta de los derechos hereditarios que tenían en la fecha de la venta en la sucesión de su padre, señor Máximo Collazos, a la cual ha seguido perteneciendo la casa antes descrita, pues al morir este señor figuraba la dicha propiedad".

Son del siguiente tenor las principales cláusulas de la precitada escritura pública número 2.074:

"Primero.—Que los exponentes Joaquín Collazos Vásquez, Efraín Collazos Vásquez y María Jacoba Collazos Vásquez, son los únicos herederos del señor Máximo Collazos, en su calidad de hijos legítimos del causante. Segundo.—Que los exponentes aceptan la herencia de su legítimo padre ya nombrado, que se les confirió desde el momento de la muerte de éste, ocurrida en Cali el 8 de octubre de 1924, con beneficio de inventario. Tercero.—Que mediante el expresado beneficio de inventario ceden y traspasan por valor recibido todos sus derechos hereditarios en la sucesión de su legítimo padre señor Máximo Collazos al doctor Joaquín Navia Belálcázar, vecino de Cali, facultándolo para hacerse reconocer como subrogatario de los exponentes y promover con dicho carácter la sucesión del señor Máximo Collazos y para reclamar y obtener la restitución de cualesquiera bienes pertenecientes a la herencia, que se encuentren en poder de terceras personas. Cuarto.—Que el precio de esta venta es la suma de mil doscientos pesos ($ 1.200.00) moneda corriente que los exponentes confiesan haber recibido a su entera satisfacción de manos del cesionario doctor Navia Belalcázar".

Y es con el título antes citado con el cual el actor ha promovido esta acción indistintamente denominada por el demandante de petición de herencia y de reivindicación, confundiendo así dos acciones que responden en nuestro régimen

civil a distintos conceptos jurídicos y que se hallan gobernadas por normas diferentes.

En efecto, la petición de herencia, según enseña el artículo 1.321 del Código Civil, es en resumen una acción que compete al heredero de igual o mejor derecho a fin de que el putativo sea condenado a restituír la posesión de los bienes del causante o una cuota de ellos. Es en definitiva, como lo ha dicho la Corte en sus fallos, una controversia ventilada entre el demandante y demandado con el fin de establecer a cuál de ellos corresponde el todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero suyo. Como se ve, la naturaleza de esta acción está indicando que no puede ser instaurada sino por el heredero, cuyo carácter de tal, no es transmisible.

A su vez, la reivindicación, es al tenor del artículo 946 del Código Civil una acción de dominio cuyo objeto es una cosa singular, determinada y cierta, cuya procedencia está subordinada a la comprobación judicial de los cuatro elementos fundamentales que jurídicamente la configuran. Son, pues, dos acciones distintas, pero que pueden ser acumuladas y ejercitarse simultáneamente, teniendo en cuenta que el criterio y la doctrina sobre acumulación de acciones compatibles, es hoy más amplio que antaño, en virtud del principio de la economía procesal así llamado por los doctrinantes y la jurisprudencia contemporánea.

En el presente litigio, los términos en que está concebida la demanda, le dan a la acción un carácter reivindicatorio y así la denominó el propio demandante en su alegato de conclusión presentado ante el Juzgado del Circuito, en los siguientes términos:

"....no hay duda de que la acción reivindicatoria propuesta es procedente, y de que, por lo mismo, mi demanda debe ser decretada de conformidad, condenando al demandado al tenor de ella".

Con posterioridad a la anterior declaración en escrito presentado ante el Tribunal con fecha 25 de julio de 1956, dijo el propio demandante:

"La acción ejercitada es la de petición de herencia, convertida en reivindicatoria por haber pasado los bienes hereditarios a manos de terceros que no los poseen a título de herederos".

Como se advertirá, ha existido por parte del demandante el propósito de cambiar la faz de este litigio, y aun cuando el planteamiento inicial de un debate no puede ser modificado, sino mediante enmienda de la demanda realizada en los términos y condiciones prescritos en el artículo 208 del Código Judicial, no obstante ello, el Tribunal consideró este negocio desde el ángulo de las dos acciones y después de un detenido estudio sobre el particular, concluyó que cualquiera o cualesquiera de las que se hubiese propuesto incoar el actor, ninguna de ellas podía ser viable por falta de personería sustantiva de la parte actora.

Acertadamente procedió el Tribunal a examinar como primer aspecto, antes de abordar el estudio de las pretensiones propuestas por los litigantes, el referente a la personería de las partes, porque según jurisprudencia de esta Corte, sin aquella capacidad jurídica la acción no puede prosperar por carecer de uno de sus elementos esenciales. Así lo dijo el sentenciador en los siguientes términos:

"La transmisión hecha por los señores Joaquín, María Jacoba y Efraín Collazos al doctor Joaquín Navia Belalcázar, de los derechos hereditarios de aquellos en la sucesión intestada de Máximo Collazos, no incluye derecho alguno en el inmueble perseguido en el juicio. Ni la autorización conferida al mismo doctor Navia Belalcázar para reclamar para la mortuoria expresada la casa en cuestión, como si fuera de ésta, tiene objeto válido alguno, ya que ni como mandatario de la herencia o de sus presuntos representantes actuales, los Collazos Vásquez, ni como subrogatario de éstos en derechos herenciales de los mismos, tiene acción ya sea de petición de herencia o de reivindicación de bienes hereditarios o de reivindicación común para adelantar el presente juicio contra el actual demandado y con el objeto de recuperar para la mortuoria, o para sí mismo, el inmueble perseguido. El asunto adquiere así el carácter de un presupuesto procesal por carecer el actor del derecho que reclama, sea que lo exija para la mortuoria de Máximo Collazos, o para aquel mismo, pues careciendo del derecho reclamado, carece igualmente de la personería sustantiva suficiente o necesaria para instaurar la acción o acciones que se han querido ejercitar por el presente litigio".

Acoge la Corte la anterior consideración del Tribunal que constituye en definitiva la base jurídica de la sentencia acusada, no sin antes advertir, que es la falta de un presupuesto de la acción lo que en realidad existe en el presente proceso.

Pero para el recurrente es errada la anterior conclusión del sentenciador y la combate en su demanda en los siguientes términos:

"Por el antedicho camino de las violaciones directas de la ley sustantiva, de su interpreta-

ción errónea, y de la indebida aplicación o la falta de aplicación de sus disposiciones al caso del pleito, cayó o llegó el Tribunal de Cali, en la sentencia recurrida, al absurdo de desconocer toda validez legal a la cesión que de sus derechos hereditarios en la sucesión de Máximo Collazos me hicieron los tres hijos legítimos de éste, para declarar mi c a r e n c i a de derecho para promover el presente litigio. Al desconocer así mis derechos y los efectos de la cesión, el Tribunal incurrió en violación directa, por falta de aplicación al caso del pleito ,de las disposiciones legales sustantivas contenidas en los artículos 740, 745, 673, 785, 789, 1.008, 1.011, 1.298, 1.299, 1.321, 1.322, 1.323, 1.324, 1.325, 946, 1.602, 1.849, 1.857, 1.866, 1.967 del Código Civil".

Resulta a todas luces infundada la acusación, pues el sentenciador no desconoció la cesión efectuada por los Collazos Vásquez de sus derechos hereditarios a favor de Navia Belalcázar, sino que solamente se concretó a declarar que tal título no era apto para reivindicar el inmueble objeto de esta litis, ni él le confería al cesionario la personería adecuada para la acción o acciones que se propuso instaurar. Y en realidad, la escritura pública número 2.074 de 14 de julio de 1951 de la Notaría Primera de Cali, por la cual los Collazos Vásquez vendieron a Navia Belalcázar por la suma de $ 1.200.00 sus derechos hereditarios en la sucesión de su legítimo padre Máximo Collazos, no puede, procesalmente hablando, servir de base para una acción reivindicatoria, porque la compra de tal clase de derechos, ha dicho la Corte, sea en abstracto o vinculada a uno o más bienes no dá al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectivo, pero no le dá, ni puede darle desde el momento de la compra la propiedad de determinado inmueble. (Artículo 1.967 del Código Civil). De donde se deduce que el actor carece de personería sustantiva en la acción o acciones por él intentadas, como en definitiva lo dijo el Tribunal, sin haber incidido por ello en las violaciones de la ley sustantiva denunciadas por el recurrente.

En pie las razones de orden legal expuestas por el Tribunal de Cali como fundamento de su sentencia resulta ineficaz el recurso que se ha considerado.

SENTENCIA:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha catorce (14) de mayo de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el juicio ordinario seguido por Joaquín Navia Belalcázar contra Alfonso Garcés Valencia.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

OPOSICION A LA ADJUDICACION DE UN BALDIO. — EL DICTAR FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA SIN HABERSE DECIDIDO EL INCIDENTE SOBRE OBJECIONES A LA CUANTIA DE LA DEMANDA, NO CONSTITUYE VIOLACION DE LA LEY NI MOTIVO DE NULIDAD ALEGABLE POR LAS CAUSALES 1ª O 6ª DE CASACION

1.—La nulidad por haberse dictado fallo de segunda instancia sin haberse decidido las objeciones a la cuantía de la demanda, no encaja en la causal contemplada por el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, como es obvio, y en diferentes oportunidades lo ha resuelto esta Corporación.

2.—El hecho de no haber decidido el incidente sobre tasación de la cuantía antes de dictar el fallo de fondo puede ser una irregularidad, una informalidad, pero en forma alguna constituye un caso de violación directa de ley sustantiva, ni aun indirecta, tanto porque el artículo 393 del Código Judicial no es una disposición sustantiva, como porque la fijación de la cuantía no incide en el resultado final del juicio en que discute derechos, salvo que se tratara de fijar competencia que no es el caso por cuanto ésta fue señalada en la demanda principal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

BREVIA RESEÑA DEL ASUNTNO:

Tomás Rosero presentó demanda el 25 de noviembre de 1952 ante el Juez 2º Civil del Circuito de Pasto, contra Zoila Villota para que se declare:

"PRIMERO.—Que Rosero tiene mejor derecho que Zoila Villota de Arango a que el Estado colombiano le adjudique a título de cultivador o colono un lote de terreno denoimnado "Guaico del Azufral', situado en Consacá, parte integrante del extinguido Resguardo de Indígenas de Consacá y comprendido por los siguientes linderos. . . .

"SEGUNDO.—Que por lo tanto Zoila Villota de Arango no tiene derecho a que el Estado le adjudique el lote de terreno antes descrito, porque ese terreno pertence a Tomás Rosero, ya que la Villota de Arango no ha sido poseedora; y, en cambio Rosero es antiguo adjudicatario del citado terreno "Guaico del Azufral";

"TERCERO.—Que por tanto se disponga que el Ministerio de Agricultura y Ganadería, División de Recursos Naturales, Sección Baldíos, debe hacer la adjudicación del dominio del referido lote de terreno, expidendo en favor de mi poderdante el correspondiente título de adjudicación a título de cultivador o colono, para lo cual se enviará a dicho Ministerio original el expediente; y

"CUARTO.—Que en caso de oposición se condene a los opositores a pagar las costas del presente juicio".

RESUMEN DE LOS HECHOS

Tomás Rosero, diciéndose indígena de la Parcialidad de Consacá, extinguida en virtud de Resoluciones 29 y 32 de 5 de diciembre de 1950 y de 7 de mayo de 1951, del Ministerio de Agricultura y Ganadería, por medio de las cuales fueron declarados baldíos los respectivos terrenos y se dispuso que podían ser materia de adjudicación en favor de los indígenas que habían recibido adjudicación por el respectivo Cabildo, obtuvo una adjudicación de esta clase por Acuerdo dictado en 1939, aprobado por la Alcaldía de Consacá, y en virtud de ella le fue entregado el terreno llamado "Guaico del Azufral".

Rosero ha venido poseyendo pacíficamente el fundo, sembrándolo de café, plátano, árboles frutales, maíz, yuca, fríjoles etc. y actualmente se encuentra en posesión de él.

La señora Villota de Arango pretende derechos al mismo terreno por virtud de una adjudicación que le hizo el extinguido Cabildo del Resguardo

de Consacá, adjudicación respecto de la cual se aplica la orden dada por el Ministerio de Agricultura y Ganadería al Alcalde de dicho Municipio para que fueran amparados los indígenas que habían recibido adjudicación anterior.

Rosero presentó oposición a la solicitud de adjudicación hecha por la señora Villota el 8 de agosto de 1951, por medio de memorial de 31 de marzo de 1952, oposición que fue admitida por el Ministerio, mediante Resolución de 2 de junio del mismo año en la cual se ordenó pasar el expediente a la justicia ordinaria para que las partes hagan valer sus derechos, lo que dio origen al presente juicio.

La base de la acción en derecho invocada por el opositor son los artículos 762, 775, 770, 792, Ley 200 de 1936; Ley 96 de 1946.

La demandada contestó el libelo demandatorio negando los hechos y oponiéndose a que se hagan las declaraciones solicitadas, objetó la cuantía de $ 3.001 fijada, propuso las excepciones perentorias de "CARENCIA DE DERECHO PARA DEMANDAR Y CARENCIA DE PERSONERIA SUSTANTIVA EN EL DEMANDANTE". Igualmente contrademandó, para pedir: 1. Que por lo tanto no tiene derecho indígena sino de raza blanca; 2. Que por lo tanto no tiene derecho a que se le adjudique en la Comunidad Indígena terrenos; 3. Que carece de derecho para oponerse a la adjudicación solicitada por la señora Villota; y que debe pagar los perjuicios morales y materiales por el apoderamiento del inmueble y de las mejoras del terreno el cual debe restituír con los frutos naturales y civiles a contar de la fecha en que se apoderó del "Guaico del Azufral" hasta la fecha en que tenga lugar la restitución. Pidió condenación en costas.

La sentencia de primer grado se dictó el 1º de enero de 1955, y por medio de ella el Juez absolvió a ambas partes. El Tribunal en su fallo de segundo grado revocó el de primer grado y en su lugar declaró que Tomás Rosero tiene mejor derecho que su contrincante sobre el terreno, lo absolvió de los cargos de la demanda de reconvención y dispuso la remisión del expediente al Ministerio de Agricultura y Ganadería para los fines legales. Condenó en costas a la parte vencida.

El apoderado de la señora Villota de Arango interpuso recurso de casación y habiéndose agotado los trámites de ritual se pasa a fallar acerca de él.

DEMANDA DE CASACION:

Los cargos que formula el recurrente son:

"1º. Infracción directa de ley sustantiva (artículo 7º de la Ley 89 de 1990, numeral 4º y artículos 75, 76, y 77 del Decreto-Ley 1.421 de 1940, Decreto-Ley 74 de 1898 y artículo 142 del C. J.

"3º. Violación de ley sustantiva por falta de apreciación de la prueba de la parte demandada;

"4º Error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba.

"5º. Apreciación errónea de la declaración de la demandada y de otra producida por la misma demandada;

"6º. Aplicación indebida de ley sustantiva.

"7º. NULIDAD DEL JUICIO (artículo 520-6º).

"8º. No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes (artículo 520, 2, C. J.)."

Por razón de los efectos, se procederá a estudiar primeramente la Causal de Nulidad.

"Dice el recurrente: "El Tribunal incurrió en la causal prealudida, por cuanto siendo de su deber el examen del proceso, no lo hizo y falló en segunda instancia, a pesar de existir pendiente el incidente de objeciones a la cuantía de la demanda de reconvención, promovido por el apoderado de Tomás Rosero, cuaderno número 2 y cuyas objeciones no han recibido fallo alguno.

El señor Procurador Delegado en lo Civil en relación con este cargo dice lo siguiente:

"Tal omisión procesal, de existir, no está originada en causal de nulidad del proceso, y en consecuencia, no dá base para fundar el cargo, de conformidad con el numeral 6º del artículo 520 del C. J."

El recurrente hace valer el artículo 393 del Código Judicial que dice: "Los incidentes, salvo disposición especial, no suspenden el curso del juicio, pero la sentencia definitiva no se pronuncia, mientras estén pendientes aquellos cuyo resultado puede influír en la decisión final".

Examinado el cuaderno 2 de este expediente se encuentra que el señor Juez, en auto de 10 de marzo de 1953, admitió la objeción que hizo el apoderado de Tomás Rosero a la cuantía estimada en $ 10.000.00 para la acción en reconvención y no aparece ninguna tramitación subsiguiente del incidente ni el fallo respectivo. Debe tenerse en cuenta que Rosero estimó la acción principal en $ 3.001.00 como quedó expresado en la historia del asunto.

SE CONSIDERA:

Tiene razón el señor Procurador Delegado en lo Civil, porque en realidad la causal alegada no encaja en la causal contemplada por el numeral 6º del artículo 520 del C. J., como es obvio, y como en diferentes oportunidades lo ha resuelto esta Corporación.

El demandante en casación ha hecho también el cargo de violación de ley sustantiva por infracción directa que hace consistir en que tanto el Juez como el Tribunal infringieron el artículo 393 del C. J., al dictar sentencia, sin haber antes fallado el incidente sobre objeciones a la fijación de la cuantía en la demanda de reconvención.

El hecho de no haber decidido el incidente sobre tasación de la cuantía antes de dictar el fallo de fondo puede ser una irregularidad, una informalidad, pero en forma alguna constituye un caso de violación directa de ley sustantiva, ni aun indirecta, tanto porque el artículo copiado no es una disposición sustantiva, como porque la fijación de la cuantía no incide en el resultado final del juicio en que discute derechos, salvo que se tratara de fijar competencia que no es el caso por cuanto ésta fue señalada en la demanda principal.

Por tanto, se rechazan ambos cargos: el de nulidad y el de violación de ley sustantiva con base en el nó cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 393 del Código Judicial, pero no cabe duda de que existe verdadero motivo de vacilación acerca de la cuantía de la demanda que, en este caso, es elemento necesario para el otorgamiento del recurso, cuantía que por otra parte fue objetada, sin haberse llegado a decidir acerca de la objeción; y, es, por tanto, el caso de que se cumpla lo prevenido por el artículo 524 del Código Judicial haciendo estimar por peritos designados por el Tribunal dicha cuantía

En consecuencia, devuélvase el presente negocio al Tribunal de origen, para que por medio de peritos designados por él sea estimada la cuantía del juicio y, con base en dicha estimación, resuelva sobre concesión o negación del recurso de casación interpuesto. En el caso de que sea otorgado éste, volverá el expediente a la Corte para tramitación y decisión del recurso mismo.

Publíquese ,cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL y cúmplase.

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

CUANDO EXISTE RECLAMO SOBRE LA CUANTIA DEL JUICIO SUJETO A ESTA CONDICION, NO PROCEDE EL RECURSO DE CASACION MIENTRAS NO SE HAYA ESTABLECIDO DICHA CUANTIA

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

Al darse por notificado del fallo de 25 de junio p.p. el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil manifestó a manera de simple anotación lo siguiente:

"Al decidir el recurso y habiendo ya esa H. Sala entrado en el fondo del mismo, observó que la cuantía de la acción no había sido debidamente fijada por el Tribunal sentenciador.

"Pero sobre tal asunto en forma alguna otorga la ley competencia a la Corte para pronunciarse en casación, ya que el único evento procesal en que tal materia pudiera ser tocada, lo sería al admitir el recurso. Y el inciso del artículo 529 del Código Judicial lo prohibe expresamente al establecer: "La Corte no puede declarar inadmisible el recurso por razón de la cuantía de la demanda".

"En la forma en que esa H. Corte ha abocado al estudiar el fondo del recurso, ha sido tanto como si lo hubiera erigido en causal de casación. Cuestión totalmente inadmisible".

Aunque el señor Procurador delegado en lo Civil advierte que lo que se acaba de expresar lo hace como simple anotación, la Sala considera, no solamente conveniente sino necesario RATIFICAR su doctrina que está totalmente respaldada por los principios y por la técnica de casación.

Lo que ha dicho la Corte en la providencia mencionada, no es que la cuantía de la acción no fue debidamente fijada por el Tribunal sino algo muy distinto o sea que estando objetada dicha cuantía y no habiéndose decidido sobre la objeción, no estaba autorizado el Tribunal para conceder el recurso, sin que se estableciera en forma adecuada esa cuantía; por eso se dijo en la providencia tachada por el señor Procurador 1º Delegado lo siguiente: "Pero no cabe duda de que existe verdadero motivo de vacilación acerca de la cuantía de la demanda que, en este caso, es elemento necesario para el otorgamiento del recurso.

Si la cuantía no hubiera sido objetada, operaría naturalmente la disposición del artículo 529 del Código Judicial, pero no se puede imponer arbitrariamente al litigante un riesgo como es el que implica un recurso cuando éste es condicionado a determinados factores, como es el de casación, cuando esos factores no están establecidos y ese litigante ha reclamado en forma debida.

En consecuencia la Corte reafirma la doctrina sentada en la providencia de que se trata; o sea que, CUANDO EXISTE reclamo sobre la cuantía del juicio sujeto a esta condición, no procede el recurso de casación mientras no se haya establecido en debida forma dicha cuantía

Comuníquese al señor Delegado Primero en lo Civil de la Procuraduría General de la Nación e insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

EL ENDOSO PARA EL COBRO DE UNA LETRA IMPLICA EL OTORGAMIENTO DE UN CONTRATO DE MANDATO. — EL MANDATO JUDICIAL NO CONSTITUYE AL ABOGADO EN CRIADO, NI AL MANDANTE EN AMO. — RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL MANDANTE POR DAÑOS CAUSADOS A TERCEROS POR EL MANDATARIO EN LA EJECUCION DEL ENCARGO

1. — Cuando se endosa una letra para el cobro se otorga simplemente un mandato, con todas las vinculaciones y consecuencias del mencionado contrato, que por su naturaleza admite cualquier forma de constitución pues es esencialmente contractual; así: el encargo puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, entre los cuales se encuentra el endoso restrictivo de instrumentos negociables.

2.—Ni el que contrata un abogado para que le represente en un litigio o en otra actividad propia de su instituto es amo, ni el abogado que acepta el mandato y lo ejerce es criado, pues la ley ni siquiera quiso clasificar este contrato, es decir el de prestar servicios, como resulta del tenor del artículo 2.144 del Código Civil que dice: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato".

En esto la ley colombiana no ha hecho otra cosa que seguir la tradición romana que lo estatuyó de la misma manera y por circunstancias especiales de que dan cuenta los textos.

Así: "dicit Paulus, libro octavo ad edictum: secut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus.."—(Esta obligación que suele nacer entre el señor y el procurador, da lugar aunque algunas veces no se haya contraído una obligación de mandato a la acción de mandato; lo que ocurre porque el procurador obra como en su propia cosa.....) (Paulo, libro VIII sobre el edicto, reproducido en el Digesto de Justiniano, Libro III, Título III. De Procuratoribus et deffensoribus, Ley 42 v. 3).

Resulta de lo anterior, que no procede contra el "endosante al cobro" de una letra, la acción de perjuicios por culpa extracontractual, por ser el endosatario mandatario de aquel y nó su dependiente ni mucho menos su criado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

I—HISTORIA DEL LITIGIO:

El señor Tomás Bastidas fue demandado ante el señor Juez del Circuito de Ipiales por el señor Aniceto Ramírez por perjuicios provenientes de que este último, por medio de apoderado, solicitó y obtuvo el embargo de una camioneta Marca Ford, modelo 1951, placas del Departamento de Nariño, 3032, denunciándola como de propiedad del quebrado en un juicio de quiebra promovido contra Gerardo Bravo Mejía por el señor Bastidas, camioneta que no era de propiedad de Bravo Mejía sino de Aniceto Ramírez.

La camioneta permaneció inactiva durante todo el tiempo que duró el secuestro, cuyo levantamiento fue negado por el Juez de Ipiales, pero el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto lo otorgó por medio de auto fechado el 22 de julio de 1955.

Surtidos los respectivos trámites, el señor Juez de la causa dictó sentencia el 27 de marzo de 1957, negando las peticiones de la demanda y el Tribunal confirmó el mencionado fallo por providencia fechada el 23 de octubre de 1957, que ha sido materia del recurso de casación que se pasa a estudiar, surtidos como están los trámites correspondientes.

Este negocio fue originalmente repartido al señor Magistrado doctor Arturo Valencia Zea pero, por desacuerdo en la Sala sobre el proyecto por él presentado, pasó al Magistrado en turno.

II—DEMANDA DE CASACION:

Dice el recurrente: "CAUSAL DE CASACION.—Invoco la causal primera del artículo 520 del Código Judicial consistente en ser la sentencia del Tribunal Superior violatoria de ley sustantiva por dos (2) aspectos; por infracción directa y por interpretación errónea, habiendo incurrido el Tribunal en error de derecho por la la interpretación errónea como paso a demostrarlo.

"CAPITULO PRIMERO.—INFRACCION DIRECTA DE LEY SUSTANTIVA.—En la presente controversia se trata de reconocer y pagar la obligación de indemnizar los perjuicios emanados de un hecho culposo, cometido en la tramitación judicial de "un juicio de quiebra" con base en unas letras de cambio endosadas por el señor Tomás Bastidas al doctor Sixto Enríquez de los Ríos, con endoso restrictivo ,y por consiguiente con aplicación a la ley de instrumentos negociables y sobre letras de cambio. El Tribunal de Pasto, al negar el reconocimiento y pago de tales perjuicios, aplicando la teoría de "Mandato sin representación", violentó las siguientes disposiciones de carácter sustantivo:

"A). El artículo 39 de la Ley 46 de 1936 sobre instrumentos negociables y sobre letras de cambio, en su numeral 2º dice que: "El endoso es restrictivo en los siguientes casos..... "2. Cuando constituye al endosatario en agente del endosante". El señor Bastidas, al endosar las dos letras al doctor Enríquez de Los Ríos, lo hizo mediante endoso restrictivo porque al extenderlo manifestó en las letras que lo hacía para la cobranza; expresión que constituye un mandato directo para cobrar, constituyéndolo en "agente del endosante" y sabido es que un agente no es otra cosa que un comisionista o sea un verdadero "mandatario" y todos los actos que ejecuta éste lo hace, por cuenta y riesgo de su mandante, de acuerdo con el artículo del mandato del Código Civil que dá la definición del mandato, de donde nace la responsabilidad civil en contra del mandante; en nuestro caso, en contra del endosante restrictivo, señor Bastidas.

"Al efecto nuestra legislación mercantil, al definir el mandato comercial, le dá el nombre de "Comisión" cuando versa sobre una o más operaciones mercantiles individualmente determinadas (artículo 333 del Código de Comercio) y cuando obra a nombre de su comitente "sólo éste queda obligado a favor de los terceros que trataron con aquel", lo establece el artículo 362 del mismo Código, agregando en su inciso 2º: "El Comisionista, sin embargo conserva, respecto del comitente y terceros, los derechos y obligaciones del mandatario comercial", de donde se deduce la responsabilidad civil por todos los actos y contratos que ejecute el comisionista.

"El Tribunal, en sentencia materia del recurso, hizo caso omiso de esas disposiciones de carácter sustantivo, violándolas directamente.

"B). También quebrantó el artículo 9º de la Ley 26 de 1922, sobre endoso y sus efectos de la letra de cambio que dice: "El endoso en que se omite la expresión de valor recibido o la fecha, no transfiere la propiedad de la letra al endosatario, el cual se considera como mero comisionista para su cobro, con personería bastante para hacerla efectiva judicial o extrajudicialmente, sin necesidad de otro poder; y, por consiguiente, para todos los efectos legales la letra así endosada se tiene entre las partes y respecto de terceros como de propiedad del endosante".

"De lo anterior se deduce que la letra de cambio endosada con expresión "a la cobranza" no transfiere la propiedad de la letra y sólo confiere la facultad expresa de un mero comisionista para su cobro, con personería bastante para su efectividad, sin necesidad de otro poder, y por consiguiente con responsabilidad para el endosante de soportar las consecuencias, las culpas y todos los riesgos del proceso civil para el cobro de las letras de cambio.

"Esta disposición no se halla derogada, está en plena vigencia, porque la ley sobre instrumentos negociables no tiene carácter derogatorio sino adicional, reformatorio y reglamentario, como así lo expresó la misma Comisión que estudió y presentó el proyecto de ley sobre instrumentos negociables, al legislador colombiano de 1923. Tal artículo tiene el carácter de complementario y adicional porque entraña la misma doctrina del artículo 39 de la citada Ley del 23. Y al exigir el Tribunal en la aludida sentencia "nuevo poder" para así vincular la responsabilidad del endosante, quebrantó también esta disposición especial sobre "letras de cambio", porque tal disposición es igual que el artículo 39 y 40 de la ley sobre instrumentos negociables otorgan personería suficiente para efectuar el cobro sin necesidad de otro poder; lo que quiere decir que la frase "valor para la cobranza", confiere de por sí poder amplio y suficiente para todas las resultas en el cobro de la letra; es decir, constituye un verdadero mandato. Y sabido es que el mandato

otorga, también, de por sí y en contra del mandante, el cumplimiento de todas las obligaciones que a su nombre haya contraído o hecho nacer por su culpa, el mandatario. Así lo establece y ordena el artículo 2.186 del C. C. cuyo principio sustantivo también fue quebrantado por el Tribunal.

"C). El artículo 2.341 del Código Civil también resultó violentado (sic) por el Tribunal, como principio general: "'El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro es obligado a la indemnización". Y fue el propio endosante, el señor Bastidas, quien cometió la culpa gravísima de haber ordenado a su endosatario o abogado, doctor Enríquez, que entable la respectiva acción, cobre y lo represente, denunciando como de propiedad del quebrado Bravo Mejía la camioneta en referencia, dándole todas las especificaciones de este vehículo, marca, modelo, número de placas, número del motor, afiliación, color etc., todo lo cual se deduce sin mayor esfuerzo de la demanda de quiebra intentada con base en las letras, lo cual es de simple sentido común y natural, ya que todo abogado actúa con base en los datos, elementos, pruebas y demás características de los objetos y bienes que deben perseguirse en el respectivo juicio. Por otra parte el endosatario al cobro y abogado no tiene razón de conocer cuáles son los bienes de propiedad del ejecutado o quebrado para denunciarlos en el respectivo juicio; y, por tales razones, la culpa del secuestro que se hizo en la demanda de quiebra debe cargarse al propio endosante de las letras, en su calidad de mandante, por virtud del endoso respectivo; culpa ésta que se deduce automáticamente por el sólo hecho de la cancelación y levantamiento del secuestro, como así lo tiene establecido esa H. Corte en las casaciones citadas en la misma sentencia del Tribunal".

SE CONSIDERA:

Contrariamente a lo preceptuado por la técnica, el demandante en casación no señala los apartes de la sentencia en los cuales se cometió el error de derecho acusado, que trajo como consecuencia la violación de la ley, pero no obstante esto entra la Corte a estudiar el cargo:

Dice el Tribunal en el fallo acusado: "De los artículos transcritos se infieren consecuencias importantes como estas: que el endoso restrictivo realiza una negociación del instrumento ;y que el tenedor del instrumento puede exigir judicialmente el pago en su propio nombre...."

"En el caso de autos no existe mandato judicial para el endosatario; su actividad resulta de ser tenedor del instrumento, con facultad por eso, para cobrarlo judicialmente, pero sin representar al endosante o mandante, fenómeno que la jurisprudencia reconoce con el nombre de mandato sin representación".

Esto es erróneo fundamentalmente: cuando se endosa una letra para el cobro se otorga simplemente un mandato, con todas las vinculaciones y consecuencias del mencionado contrato, que por su naturaleza admite cualquier forma de constitución pues es esencialmente contractual; así: el encargo puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, entre los cuales se encuentre el endoso restrictivo de instrumentos negociables.

Naturalmente este error de derecho por parte del Tribunal, condujo a la violación de las disposiciones relacionadas con el endoso restrictivo y con el mandato, especialmente el artículo 39 de la Ley 46 de 1923, y el artículo 2.149 del Código Civil y habrá de casarse la sentencia por tal violación, por cuanto ella incidió en el fallo, ya que el fundamento del mismo estriba en no tener el abogado doctor Sixto Enríquez de los Ríos la calidad de mandatario del señor Tomás Bastidas, por el hecho de haber recibido del mismo, en endoso para el cobro, unas letras de cambio a|c de Gerardo Mejía, con las cuales promovió juicio de quiebra contra el último, denunciándole entre otros bienes la camioneta Ford citada al principio de este fallo.

SENTENCIA DE INSTANCIA:

En armonía con lo prevenido por el artículo 538 del Código Judicial no es el caso de considerar las otras causales alegadas y se procede a decidir sobre lo principal del pleito.

El problema es muy simple: El abogado Enríquez, obrando con mandato de Tomás Bastidas, conferido en una letra endosada al cobro, embargó una camioneta que luégo resultó ser de propiedad de Aniceto Ramírez, quien pretende que el mencionado abogado incurrió en culpa extracontractual por el embargo, de donde se originaron perjuicios al señor Ramírez.

Pero como en el caso de culpa delictual "los amos responden del daño causado por sus criados o sirvientes con ocasión del servicio prestado por estos a aquellos; pero no responderán si se probase o apareciere que en tal ocasión los

criados o sirvientes se han comportado de un modo impropio, que los amos no tenían medio de prever o impedir empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente; en este caso recaerá toda la responsabilidad del daño sobre dichos criados o sirvientes". (Artículo 2.349 del Código Civil). El demandante Ramírez pretende que el abogado Enríquez obraba como criado o sirviente de Bastidas y que con ocasión del servicio prestado por aquél debe responder éste, Bastidas, en calidad de amo.

Esta pretensión es insólita e inadmisible, porque ni el que contrata un abogado para que le represente en un litigio o en otra actividad propia de su instituto es amo, ni el abogado que acepta el mandato y lo ejerce es criado, pues la ley ni siquiera quiso clasificar este contrato, es decir el de prestar servicios como abogado, en la casilla del arrendamiento de servicios, como resulta del tenor del artículo 2.144 del Código Civil que dice: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato".

En esto la ley colombiana no ha hecho otra cosa que seguir la tradición romana que lo estatuyó de la misma manera y por circunstancias especiales de que dan cuenta los textos.

Así: **dicit Paulus, libro octavo ad edictum; secut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus.....**" (Esta obligación que suele nacer entre el señor y el procurador, da lugar aunque algunas veces no se haya contraído una obligación de mandato a la acción de mandato; lo que ocurre porque el procurador obra como en su propia cosa....) (Paulo, libro VIII sobre el Edicto, reproducido en el Digesto de Justiniano, Libro III, Título III. De Procuratoribus et deffensoribus, Ley 42 v. 3).

Resulta de lo anterior, que no procede contra el "endosante al cobro" de una letra, la acción de perjuicios por culpa extracontractual, por ser el endosatario mandatario de aquél y nó su dependiente ni mucho menos su criado.

Por lo tanto, se habrá de acoger el fallo de primera instancia aunque nó por las razones que el Juez expone sino por las que se contiene en el cuerpo de esta providencia.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, con fecha veintitrés de octubre de 1957, en el juicio ordinario promovido por el señor Aniceto Ramírez, contra el señor Tomás Bastidas, por perjuicios; y, en su lugar, confirma la sentencia de primer grado dictada por el señor Juez del Circuito de Ipiales con fecha veintisiete (27) de marzo de mil novecientos cincuenta y siete (1957) cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"En atención a lo expuesto, el Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley absuelve al demandado, señor Tomás Bastidas O., de notas civiles conocidas, de los cargos contra él formulados por el señor Aniceto Ramírez por conducto de su apoderado doctor Carlos Córdoba Ordóñez, en demanda de veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955).

"Se condena en costas al demandante (Decreto número 243 de 1951)".

Sin costas en casación.

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

Alfredo Cock Arango—Ignacio Escallón— José Hernández Arbeláez—Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada—Arturo Valencia Zea, con salvamento de voto.—**Jorge Soto Soto**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL H. MAGISTRADO DR. ARTURO VALENCIA ZEA

El siguiente proyecto de sentencia no fue aceptado por la Corte y como insisto en que los mandantes deben responder de los daños que causen los mandatarios a terceros en la ejecución de su encargo, lo transcribo como salvamento de voto a la anterior sentencia.

I—ANTECEDENTES

El señor ANICETO RAMIREZ demandó al señor Tomás Bastidas para que fuese condenado a pagarle los daños que le ocasionó por haber denunciado, embargado y secuestrado una camioneta de su propiedad, marca FORD, modelo 1951, con placas 30-22 de Nariño, en el juicio especial de quiebra que dicho señor Bastidas propuso contra el señor Gerardo Bravo Mejía ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Pasto.

Alegó como hechos los siguientes:

1º. El 28 de abril de 1954, el doctor Sixto Enríquez de los Ríos, obrando como mandatario del señor Tomás Bastidas, de acuerdo con el endoso al cobro de dos letras de cambio, libradas a su favor, demandó la quiebra del señor Gerardo Mejía.

2º. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto al decretar la quiebra, decretó el embargo y secuestro de los bienes del quebrado, y en concreto, de la camioneta marca FORD, Modelo 1951, como de propiedad del quebrado Bravo Mejía.

3º. Tal camioneta fue secuestrada el 22 de septiembre de 1954, secuestro verificado en la persona del Síndico doctor Geremías Albornoz.

4º. Tal camioneta no era de propiedad del quebrado, sino del señor Aniceto Ramírez, quien solicitó la cancelación del embargo y el levantamiento del secuestro.

5º. El Tribunal Superior de Pasto, por auto de 1º de julio de 1955 decretó el levantamiento del secuestro de la camioneta expresada por haber encontrado que el demandante señor Aniceto Ramírez, era propietario de la misma.

6º. En virtud de tal secuestro se ocasionaron graves perjuicios al demandante, por cuanto la camioneta dejó de trabajar en el servicio de transportes durante nueve meses y medio, pues se hallaba afiliada a la Empresa "TRANSPORTADORA DE IPIALES LIMITADA", de donde fue sustraída para el secuestro.

El Juzgado Civil del Circuito de Ipiales, por sentencia de 27 de marzo de 1957 absolvió al demandado, señor Tomás Bastidas, de los cargos de la demanda.

Subida aquella sentencia en apelación al Tribunal Superior de Pasto, éste por sentencia de octubre 23 del mismo año de 1957, confirmó la sentencia de primer grado en todas sus partes.

II—DEMANDA DE CASACION

El demandante interpuso recurso de casación contra la aludida sentencia del Tribunal Superior de Pasto y en la respectiva demanda de casación se le hacen varios cargos por la causal 1ª del artículo 520 del C. J.

Se resumen así los mencionados cargos:

La sentencia del Tribunal Superior de Pasto viola la ley sustantiva por dos aspectos: por infracción directa y por interpretación errónea:

a)—La infracción directa.

La infracción directa consistió en haberse violado los siguientes textos legales: el artículo 39 de la Ley 46 de 1923 sobre instrumentos negociables; el artículo 9º de la Ley 26 de 1922 y el artículo 2.341 del C. C.

Se violó el artículo 39 de la Ley 46 de 1923, por cuanto el endoso que de las letras de cambio hizo el demandado al abogado doctor Sixto Enríquez, fue un endoso restrictivo. En virtud de tal endoso el endosatario fue apenas un agente del endosado, o sea un mandatario. El abogado del señor Bastidas obró como simple mandatario o agente de aquél, conforme lo establece el artículo 362 del Código de Comercio.

Se violó también el artículo 9º de la Ley 26 de 1922, según el cual el endoso en que se omite la expresión de "valor recibido" no transfiere al endosatario la propiedad de la letra, el cual se considera como mero comisionista para su cobro.

En consecuencia, para todos los efectos legales

la letra así endosada se tiene entre las partes y respecto de terceros como de propiedad del endosante.

De lo cual se deduce, agrega el recurrente, que una letra de cambio endosada con la expresión "al cobro" o "para la cobranza", no transfiere la propiedad de la letra y sólo constituye al endosatario en un mero comisionista para su cobro con personería bastante para su efectividad, sin necesidad de otro poder.

Y se violó el artículo 2.341 del Código Civil, por cuanto desconoció la culpa gravísima que cometió el demandado señor Bastidas, en razón de haber ordenado a su endosatario y abogado para que denunciara un bien que no era de propiedad del deudor.

b)—La interpretación errónea.

La violación de ley sustantiva por interpretación errónea, se hace consistir en que el Tribunal después de aceptar la causación de los perjuicios negó su condena con fundamento en los siguientes párrafos de tal sentencia:

"De modo que la facultad de cobrar judicialmente, emana de la ley (artículo 54) y cuando el endosatario no tiene poder especial para obrar en juicio, en nombre del endosante, su actitud es la de mandatario sin representación, pues su facultad emana de la ley, no del endosante.

"En el caso de autos no existe mandato judicial para el endosatario; su actividad resulta de ser tenedor del instrumento, con facultad, por eso, para cobrar judicialmente, pero sin representar al endosante o mandante, fenómeno que la jurisprudencia reconoce con el nombre de mandato sin representación. Mandato, por cuanto no podría obrar judicialmente si no se hubiere endosado el instrumento; pero sin representación, ya que su facultad no nace del poder sino de su calidad de tenedor del instrumento, con carácter de endosatario al cobro".

Finalmente, cita el recurrente este otro párrafo de la sentencia del Tribunal:

"Es, pues, la calidad del endosatario al cobro fuente del ejercicio de una acción para obtener el pago del instrumento. Si a eso se agrega poder, entonces, el mandato sería representativo; la actividad procesal del endosatario emanaría de la voluntad explícita del endosante y asumiría éste la responsabilidad de los actos cumplidos por el mandatario. No en el caso contrario, se repite, cuando la gestión del endosatario no emana de la voluntad directa del endosante sino de facultad nacida de su propia calidad, según el artículo 54 de la ley sobre instrumentos negociables. La responsabilidad por culpa, por este aspecto, no puede recaer sobre el endosante de marras y actual demandado Tomás Bastidas".

Dice el recurrente, que este argumento fue el que sirvió de base al Tribunal para confirmar la sentencia de primer grado. Y agrega:

"Pero tal argumentación y aplicación del principio de mandato sin representación, entraña una interpretación errónea de la ley sobre instrumentos negociables, por las siguientes razones:

"1ª.—Porque desconoce el espíritu y naturaleza del endoso restrictivo en cuya expresión "gráfica" el endosante constituye su agente exclusivo al endosatario para cobrar y quien asume el carácter de mandatario. Es decir, en la expresión "valor al cobro" o "para su cobranza", va envuelto y suscrito el poder para dicho cobro, sin necesidad de otro poder, ha dicho la ley, lo cual es legal y científico, ya que el poder puede ser dado u otorgado por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo, indispensables según lo preceptuado por el artículo 2.149 del C. C....."

"2ª.—La razón anterior se reafirma legalmente con base en el artículo 9º de la Ley 26 de 1922, que reemplazó al artículo 787 del Código de Comercio, cuyo principio desbarata más claramente el argumento del Tribunal cuando establece que los endosos en que se omite la expresión de valor recibido o la fecha no transfiere la propiedad de la letra al endosatario y confiere a éste el carácter de mero comisionista para cobrar, sin necesidad de otro poder..."

"De tal manera que si el Tribunal hubiese tenido en cuenta esta disposición, no hubiera cometido el grave error de derecho al afirmar que la calidad del endosatario al cobro es "fuente del ejercicio de una acción" que si a ello se agrega otro poder, entonces el mandato sería representativo...."

"3ª.—También cometió error de derecho el Tribunal cuando afirma que la facultad de cobrar judicialmente emana de la ley que cuando el endosatario no tiene poder especial para obrar en juicio, en nombre del endosante, su actitud es de mandatario sin representación porque su facultad para obrar emana de la ley no del endosante. Tal afirmación, para nuestro caso, es errónea, inaplicable, porque la facultad de cobrar no emana de la ley. Esa facultad emana directa y exclusivamente del "endoso al cobro", puesto por voluntad expresa del endosante y por

lo tanto constituye un verdadero poder para cobrar...."

"De tal manera que esta facultad para la efectividad del cobro, es decir, el poder mismo, emana de la voluntad del endosante, puesta en aquella frase y por tanto no nace de la ley, como lo dice el Tribunal...."

"4ª.—Por la misma razón anterior, es erróneo lo que afirma el Tribunal cuando dice que en el caso de autos no existe mandato judicial para el endosatario; que su actividad resulta de ser tenedor del instrumento, con facultad para cobrarlo judicialmente pero sin representar al endosante o mandante.

"5º.—El mismo Tribunal en otra parte reconoce que el endoso restrictivo confiere un mandato pero agrega "sin representación, ya que su facultad no nace del poder sino de la calidad de "tenedor" del instrumento...."

"6º.—Que la calidad de tenedor del instrumento y la facultad de cobrar judicialmente no emana de la ley sino de la propia voluntad del endosante lo tiene ya establecido, como doctrina constante, esa H. Corporación: al efecto, en casación de 17 de junio de 1941, G. J., 1937, página 578, estableció lo siguiente: 'El endoso al cobro es restrictivo y para que él constituya al endosatario en agente del endosante, se hace indispensable que en el cuerpo del cheque (o letra) se haga uso de alguna expresión que manifieste la voluntad del endosante de convertir al endosatario en su agente....' Este concepto está respaldado con la autoridad de expertos tratadistas sobre derecho cambiario, y así Arturo Davis expone: 'Un endoso regular no puede transformarse por la exclusiva voluntad del legislador, en endoso o comisión de cobranza. Para ello es indispensable que las partes lo digan en forma inequívoca, ya sea por medio de la alocución "valor al cobro" u otra equivalente....' El profesor Víctor Cock, basado en comentaristas americanos a la ley de aquel país, de donde se tomó la nuestra, al estudiar el numeral 2º del artículo 39, se expresa así: "El caso del numeral 2º ocurre principalmente cuando el endoso se hace exclusivamente para el cobro del instrumento, por ejemplo páguese al Banco X que lo cobrará por mi cuenta. En tal caso o bien usando otras expresiones similares, el Banco X será un agente o mandatario para presentar el documento y recibir el pago de él por cuenta de "A", quien a pesar del endoso mencionado continuará siendo el propietario del instrumento. Por otra parte, un endoso hecho en la forma dicha equivale a una notificación hecha al público en general, es decir, a cualquier persona que trate con el endosatario de que éste es un simple agente del endosante, y que tal endosante continúa como propietario del instrumento".

Fuera de estas razones, aún agrega otras el recurrente, encaminadas a la casación del fallo recurrido.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

I. Al folio 22 vuelto y 23 del cuaderno primero obran copias de las letras de cambio libradas a la orden del señor Tomás Bastidas O. y aceptadas por el señor Gerardo Bravo. Son dos letras de cambio cada una por la suma de $ 2.500.00.

Ambas letras fueron endosadas al doctor Sixto Enríquez de los Ríos, "para su cobranza" por el señor Bastidas el día 20 de abril de 1954

II. El doctor Sixto Enríquez de los Ríos presentó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto las letras mencionadas y con fundamento en ellas inició juicio de quiebra contra el señor Gerardo Bravo. Entre los bienes denunciados como de propiedad del deudor se hizo figurar la camioneta marca FORD, Modelo 1951, placas de Nariño número 30-22. Secuestrada la mencionada camioneta se comprobó posteriormente que no era de propiedad del deudor sino del señor Aniceto Ramírez; se ordenó, en consecuencia, el levantamiento del secuestro y entrega de tal bien a su propietario.

III. El Tribunal reconoce en su sentencia que el propietario de la camioneta sufrió perjuicios en razón del secuestro; pero no los decretó por cuanto estimó que el señor Bastidas al endosar las letras de cambio al doctor Sixto Enríquez de los Ríos, se despojó de la propiedad o titularidad de las mismas. Por tanto, si alguien debe indemnizar perjuicio sdebe ser el endosatario y no el endosante.

El recurrente dice: En los endosos para el cobro el endosante no se despoja de la propiedad de la letra; simplemente constituye mandatario con facultades para el cobro. Los mandantes responden de los perjuicios que causen los mandatarios en el ejercicio de su mandato.

Tal es, en síntesis, lo que se discute en este pleito.

IV. La Corte decide la presente controversia jurídica con la ayuda de estas dos ideas:

1ª. En los endosos de letras de cambio "para su cobro" o "para su cobranza", el endosante no se despoja de la propiedad o titularidad de las

mismas; tales endosos restrictivos representan apenas la constitución de un apoderado o mandatario. En esta forma el endosatario es un agente o mandatario del endosante.

2ª. Los mandantes responden civilmente de los perjuicios que los mandatarios causen a terceros en el desempeño de su encargo, cuando obran siguiendo órdenes o instrucciones del mandante.

a)—**Los endosos de instrumentos negociables para el cobro dan al endosatario el carácter de agente o mandatario del endosante.**

V. El artículo 39 de la ley de Instrumentos Negociables dice:

"El endoso es restrictivo en los siguientes casos: 2º Cuando constituye al endosatario en agente del endosante".

El endosatario se constituye en agente del endosante cuando el endoso se hace exclusivamente para el cobro. En este sentido se expresan los tratadistas nacionales Víctor Cock (Derecho Cambiario Colombiano, 2ª edición 1949, número 93) y Emilio Robledo Uribe (Instrumentos Negociables, Bogotá, 1950, página 35).

La expresión del citado ordinal 2º del artículo 39 de la ley de I. N. que dice que el endosatario es "agente del endosante", es equivalente a la del mandatario y más específicamente a la de comisionista. La comisión es una de las variedades del mandato comercial. (C. de Co., artículo 332).

La sentencia recurrida sostiene la tesis de que el endosatario de un instrumento negociable para el cobro es tenedor del instrumento y, por tanto, titular o propietario del mismo.

Esta tesis debe rectificarse. Ciertamente el endoso de instrumentos negociables para el cobro hace al endosatario tenedor del instrumento. En virtud de tal tenencia puede cobrar el instrumento y ejercer todos los derechos del endosante, sin necesidad de un poder especial. Pero no todo tenedor de un instrumento negociable es tenedor en debida forma. Los tenedores en debida forma y quienes debe considerarse siempre como propietarios o titulares del instrumento, son únicamente los que reúnen los requisitos señalados por la ley de I. N.

Bien, el tenedor de instrumentos negociables que lo adquirió para el cobro no es tenedor en debida forma.

En el sentido expresado advierte el doctor Emilio Robledo (ob. cit. página 36): "El endosatario de endoso restrictivo es tenedor en debida forma? No. Porque en cuanto se refiere a las acciones que el endosante tenía contra las partes obligadas, sólo éstas se le ceden, nada más; y sabemos que el poder adquirir contra dichas partes un mejor derecho que el cedente, es lo que constituye un tenedor en debida forma".

Si el endosatario de endoso restrictivo especialmente de "endoso para el cobro" no es titular del instrumento, es porque aquella titularidad no se desplazó del endosante al endosatario.

En resumen: el endosatario de instrumento negociable para el cobro es apenas un mandatario del endosante; y en términos más concretos: un comisionista para el cobro.

b—**El mandante responde de los daños causados por el mandatario en el ejercicio del mandato en los casos en que está obligado a seguir sus órdenes e instrucciones.**

VI. Toda persona responde del daño causado por aquellas que estuvieren a su cuidado (C. C. 2347) o que estuvieren a su servicio cuando el daño se causa con ocasión del servicio prestado por el sirviente a su amo (C. C. 2349).

En general, todo mandatario se hace cargo de ejecutar uno o varios negocios por cuenta y riesgo del mandante (C. C. 2142). En consecuencia, debe ceñirse rigurosamente a las instrucciones que reciba del mandante (C. C. 2157). En forma clara el artículo 377 del Código de Comercio puntualiza que "el comisionista deberá sujetarse estrictamente en el desempeño de la comisión a las órdenes que hubiere recibido de su comitente".

No cabe, pues, duda que los mandatarios y especialmente los comisionistas en el desempeño de sus funciones se encuentran sometidos a las órdenes e instrucciones del mandante o comitente. Son servidores o sirvientes de quien les encargó el mandato.

Pudiera creerse que la norma inscrita en el artículo 2349 del Código se refiriera únicamente a las relaciones que se establecen entre patrono y trabajador, mediante un contrato de trabajo. Pero no es así. La palabra **amo** no es equivalente a la de **patrono**, ni las de **criados** o **sirvientes** a la de **trabajador**.

La palabra **amo** indica a quien está facultado para dar órdenes o impartir instrucciones y la de sirviente a cualquier persona vinculada a otro por un contrato de servicios en virtud del cual debe ejecutar aquellas órdenes o instrucciones.

En todos los contratos de servicios que colocan a una persona en una situación jurídica de de-

pendencia frente a otra constituyen contratos de trabajo regidos por el Código del Trabajo.

Según este Código hay contrato de trabajo cuando a una persona mediante una continuada dependencia y siguiendo órdenes del patrono se obliga a prestar servicios a otra por una determinada remuneración. Pero la palabra **amo** que emplea el 2349 tiene un alcance superior como igualmente la palabra sirviente.

En resumen: el artíiculo 2349 del C. C. comprende no sólo las relaciones jurídicas que engendran contratos de trabajo sino cualquier otro contrato de servicio saunque no impliquen una continuada dependencia ni sean remunerados, es decir, no constituyan un contrato de trabajo regido por el Código del Trabajo.

La interpretación propuesta tiene respaldo en la tradición. El 2349 es fiel traducción del tercer párrafo del artículo 1384 del Código de Napoleón que responsabiliza a "los patronos (**maitres**) y comitentes (**commettant**) del daño causado por sus criados (**domestiques**) y sirvientes (préposés) dentro de las funciones a que se dediquen".

Don Andrés Bello tradujo las palabras **maitres** y **commettants** por la de **amos**; la de **domestiques** por la de **criados** y la de **préposés** por la de **sirviente.**

Tal traducción es buena por cuanto la palabra **amo** indica a la "persona que tiene predominio o ascendiente decisiva sobre otra u otras" (Diccionario de la Real Academia, acepción 5); y la palabra **maitre** indica en la lengua francesa a quien tiene criados o personas a su cuidado; y **commettants**, a quien se sirve do etro para un encargo o servicio.

Según los juristas franceses el **maitre** es una especie de comitente. Así, la responsabilidad del tercer párrafo del artículo 1384 es responsabilidad de comitente en relación con los daños que sus sirvientes causen a terceros.

Para efectos de una interpretación exacta del 2349 del C. C., la palabra **commettant** (comitente) debe mirarse como equivalente a la de **amos** y la de **préposés** a la de sirviente.

El expositor francés Luis Joserand (Cours de droit civil positiv francés II, número 508, 3ª edición, 1939), advierte: "La comisión (prépositon) es una noción muy amplia; no es un contrato determinado, sino una relación jurídica **genérica**, una situacin jurídica resultante de toda convención por la cual una persona encomienda a otra el ejercicio de una función, de una empresa, de una tarea cualquiera"

En el mismo sentido se pronuncian los expositores H. Mazeaud y L. Mazeaud (Traité théorique et pratique de la responsabilité civil, 4ª edición, T. 1º 1947, números 869 y ss.).

De lo anteriormente expuesto se deduce claramente que la relación jurídica contemplada por el 2349 y que se forma entre amos y sirvientes, no implica necesariamente una continuada subordinación del sirviente al amo. Sino que se refiere a cualquier relación jurídica, ocasional o intermitente, pero en virtud de la cual una persona se obligue a ejecutar un servicio o tarea por cuenta de otra.

Dentro de la misma orientación se mueve la actual doctrina germana. El parágrafo 831 del Código Civil alemán dice :"Quien designa a otro para un asunto (gestión) está obligado a la indemnización del daño que el otro cause antijurídicamente a un tercero en la ejecución del asunto (o gestión)" (1ª proposición).

Según los intérpretes alemanes la aplicación del parágrafo 831 exige que alguien haya nombrado a otro para un determinado asunto o gestión. La gestión o asunto puede ser de hecho o de derecho, de especie superior o inferior, consistir en un acto aislado o en una actividad permanente. El nombramiento puede ser retribuído o gratuito y hacerse por virtud de mandato de contrato de servicios, o de obra, o bien de alguna otra manera.

En general, se exige que el sirviente o gestor ha de estar subordinado a las órdenes o instrucciones que reciba de quien le encargó el asunto (Enneceserus Nº 236).

De donde se deduce claramente que según esta doctrina para que alguien tenga la calidad de **amo** en relación con un sirviente, no se exige invariablemente la condición de un contrato de trabajo, pues la gestión puede consistir en un acto aislado o en una actividad permanente y tener su origen en cualquier clase de contrato.

En esto coincide perfectamente la doctrina alemana con la doctrina francesa.

VII. En resumen: el alcance de la responsabilidad por el hecho ajeno a que se refiere el artículo 2349, exige los siguientes requisitos:

1º. La escogencia que el amo haga del sirviente para que le preste determinado servicio, determinada tarea, o determinada gestión. Se estima que existe escogencia del sirviente por parte del amo, todas las veces que éste ordena o permite que otra persona ejerza una función que se encuentra dentro del círculo de sus actividades.

2º La existencia de un lazo de subordinación que debe traducirse en la facultad que tiene el

amo de dar órdenes o instrucciones al sirviente o trabajador.

Desde este punto de vista no se gobiernan por el 2349 aquellas gestiones o servicios que alguien realiza para otro cuando el sirviente tiene iniciativa para realizar el trabajo, es decir, no tiene que recibir órdenes ni instrucciones del amo.

3º. Que el sirviente haya causado un daño a un tercero en el ejercicio de la función que se le encargó.

Los usos sociales indicarán en cada caso concreto cuándo el daño se ha causado en ejercicio de la función y cuándo el daño que causa el sirviente es extraño al ejercicio de tal función. La doctrina ilustra este punto con el siguiente ejemplo: el conductor de un coche tirado por caballos a quien se encarga la conducción de mercancías de un sitio a otro, si detiene el coche y bajándose del mismo causa una lesión a una persona, mientras que los caballos sin conducción se desbocan y causan lesión a otra persona, se tienen dos clase de daños que se rigen por estas reglas: el daño causado por los caballos es daño causado en el ejercicio de la función que se le había encomendado al conductor; en cambio, el daño causado por el conductor a su enemigo es daño extraño al ejercicio de la función.

VIII. **El caso de autos.** — Se sabe, según lo expuesto, que el endosatario de las dos letras de cambio tiene la calidad de agente o mandatario del endosante. Este mandatario o agente estaba obligado a seguir las órdenes o instrucciones del mandante, especialmente en lo relativo al denuncio de bienes como de propiedad del ejecutado. Por tanto, claramente se comprometió la responsabilidad del demandado en este juicio.

° ° °

En consecuencia, se imponía la casación del fallo recurrido en razón de haber cometido la sentencia del Tribunal un error de derecho en la interpretación del artículo 39 de la Ley de I. N., como igualmente por haber dejado de aplicar al caso de autos el artículo 2349 del C. C.

Fecha ut-supra.

ARTURO VALENCIA ZEA

PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION BOGOTA

POSESION NOTORIA DEL ESTADO CIVIL. — SU PRUEBA. — EN LA ESTIMACION DE ESTA EL JUEZ HA DE SEGUIR UN CRITERIO MUY ESTRICTO. — PARA QUE LA CORTE COMO TRIBUNAL DE CASACION PUEDA VARIAR LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS QUE HIZO EL JUZGADOR DE INSTANCIA, PORQUE HUBO EN ELLO ERROR DE HECHO, SE REQUIERE QUE ESE ERROR SEA MANIFIESTO

1.—Es bien sabido, y lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, que las disposiciones de la Ley 45 de 1936, sobre investigación de la paternidad natural, deben interpretarse siempre con criterio estricto pues la misma naturaleza de los hechos que esa ley admite probar, está indicando cuánto cuidado debe poner el juzgador en la apreciación de los elementos probatorios que obren en el juicio. Esto es apenas natural porque el estado civil de las personas, aparte de interesar al derecho privado, en las relaciones puramente patrimoniales, es cuestión de orden público. No puede aceptarse que en asunto de tanto interés social se pueda aplicar el criterio general sobre pruebas testimoniales; en asuntos judiciales entre particulares y que miran sólo al interés privado el criterio, en materia de prueba testimonial, es más amplio y lo consagra la ley cuando dá valor de plena prueba al dicho de dos testigos que cumplen con los requisitos legales sobre el testimonio. Pero en tratándose de la investigación de paternidad natural, que autoriza la Ley 45 de 1936, este estatuto, que es de excepción, debe ser interpretado con criterio de restricción.

Cuando, se alegan como causales para obtener el reconocimiento de hijo natural, las previstas en los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936 y tanto las relaciones sexuales estables como la posesión notoria del estado de hijo natural, se quieren demostrar por medio de testigos, que es la única forma de hacerlo, la ley es por demás exigente y requiere que las declaraciones de testigos sean tan claras, precisas y evidentes, qu ese conjunto de declaraciones lleven al Juez a la convicción de que los hechos alegados están probados de manera irrefragable, es decir, que no admitan la menor duda. Y es al Juez a quien compete determinar en su fuero de juzgador, si las pruebas lo convencen ó si ellas hacen nacer la duda acerca de los hechos que se le ponen de presente en el juicio.

Tratándose de filiación legítima o filiación natural, el artículo 399 del Código Civil, no debe aplicarse con un criterio distinto Pero no debe olvidarse que la citada disposición pide que la posesión notoria del estado civil se demuestre por un conjunto de testimonios (no son suficientes dos testigos) y de modo que al Juez no le quede ni la menor duda sobre la real existencia de la posesión notoria del estado de hijo respecto al presunto padre.

2.—El Juez tiene un poder discrecional, amplio y suficiente, para apreciar en cada caso cuál es la validez de las pruebas; y únicamente en el caso de que exista un error evidente en la apreciación de tales medios de prueba o que el sentenciador no los haya querido ver puede la Corte desestimar la apreciación a que él haya llegado.

Pero el error de hecho debe ser de tal naturaleza que surja de manera evidente y que sea de tal forma palpable que la determinación del Juez resulte absurda. Mientras ese error evidente, en las condiciones anotadas, no exista, entonces el juicio del fallador de instancia es intocable en casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila).

Ante el Juez Primero en lo Civil del Circuito de Cali, Alfonso Gómez Orejuela, por medio de apoderado, presentó demanda contra Emilia Torres de Gómez, Jorge Enrique Gómez y Rosalbina

Gómez, representantes de la sucesión de Jaime Gómez, en su calidad de herederos testamentarios, para obtener las siguientes declaraciones:

"Primera: Que el doctor Alfonso Gómez Orejuela es hijo natural de los señores Jaime Gómez ya fallecido y de la señorita María Francisca Orejuela, quien vive, y en consecuencia goza de los derechos que la ley reconoce a tales hijos naturales. Segunda. — Que, como consecuencia tiene derecho a intervenir, por su calidad de hijo natural, en la sucesión testamentaria de su padre para que sean efectivos los derechos patrimoniales que sobre la herencia le reconocen las leyes. Tercera.—Que los demandados deben pagar las costas del juicio en caso de oposición".

Como hechos fundamentales, presenta los siguientes:

Entre los años de 1904 y 1906 Jaime Gómez y María Francisca Orejuela mantuvieron relaciones maritales "como consecuencia de haber sido seducida ésta por aquél, en edad escolar siendo una niña"; fruto de tales relaciones fue el hijo de ambos Alfonso Gómez Orejuela, quien nació en Cali el 5 de febrero de 1906; las relaciones amorosas de Jaime Gómez y María Francisca Orejuela fueron de dominio público, lo mismo que el nacimiento del hijo de ambos; que los vecinos y amigos de los citados Gómez y María Francisca, recuerdan como esta última "cuando iba o regresaba de la escuela 'se entraba' a la tienda de comercio de don Jaime; y como despus de nacido el hijo Alfonso ella visitaba casi diariamente con su hijo al señor Jaime Gómez; Alfonso Gómez Orejuela fue llevado por Jaime Gómez a vivir a la casa de éste, en donde le prodigaba las atenciones y cuidados de padre bondadoso, atendió a sus necesidades, lo mantuvo en el colegio de San Luis de la ciudad de Cali y lo presentó en público y privado como hijo suyo "hasta el punto de que el hijo desde su infancia, es decir desde que estuvo bajo el cuidado inmediato del padre, usa los dos apelildos: Gómez, por su padre y Orejuela, por su madre". Alfonso Gómez Orejuela permaneció al lado de su padre hasta cuando sus parientes maternos lo llevaron al lado de su madre, "hecho que produjo enfriamiento en las relaciones de padre e hijo y en general en toda la familia".

Jaime Gómez falleció en Cali el 6 de febrero de 1953; otorgó testamento; y, además de los herederos que en el testamento reconoció, y que responden a los nombres de Jorge Enrique Gómez y Rosalbina Mera, dejó como cónyuge sobreviviente a Emilia Torres.

En derecho invoca las disposiciones de la Ley 45 de 1936, pero no especifica cuáles de las causales determinadas en el artículo 4º de esa ley deben aplicarse al caso en litigio.

Los demandados se opusieron, negaron dasi todos los hechos, y desconocieron el derecho que alega el actor.

El Juez de primer grado, consideró, con toda razón que el demandante apoya sus pedimentos en dos de los casos contemplados en la Ley 45 de 1936, artículo 4º, a saber: relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre de Alfonso Gómez Orejuela; y posesión notoria por parte del mismo Gómez Orejuela del estado de hijo natural de Jaime Gómez.

Estudia el Juez las pruebas presentadas por el actor para demostrar sus pretensiones, pruebas que consisten, principalmente en declaraciones de testigos, y dice: "Este Juzgado considera que la prueba testimonial aducida por la parte actora no demuestra en forma plena y completa las causales de paternidad alegadas en la demanda, razón por la cual deberán negarse las peticiones del actor, sin que sea necesario entrar al estudio de las excepciones perentorias propuestas por el doctor Jorge E. Cruz en la contestación de la demanda". Negó la declaración de filiación natural solicitada por Alfonso Gómez Orejuela. La sentencia del Juez tiene fecha 22 de noviembre de 1954.

El actor no se conformó con lo resuelto por el Juez e interpuso el recurso de apelación para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y esa superioridad, en sentencia de cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis, hace nuevamente el estudio cuidadoso y detenido de la prueba testimonial, y en algunos apartes de esa providencia se expresa así:

"La demanda aparece inspirada en las normas y doctrinas aplicables a la posesión notoria del estado civil como base para el reconocimiento de la paternidad natural por ministerio de la justicia. Es cierto que la ley exige en estos casos del juzgador una especial atención en el examen de la prueba y una actividad vigilante en su producción, para evitar que se altere la verdad y se consuman atropellos atentatorios de la tranquilidad de las familias y lesivos de los patrimonios herenciales, por ello corresponde a los jueces y tribunales el cumplir estas normas para la cabal aplicación de la ley la justicia. Dentro del sistema probatorio especial ordenado por la ley y jurisprudencia sobre la materia, existe en el juzgador un ejercicio de poderes discrecionales

para calificar sus probanzas. Y es claro que este criterio debe estar inspirado en la austeridad y equilibrio con que deben examinarse los medios aducidos para demostrar la paternidad natural pretendida por medio de declaratoria judicial. Planteado como ha sido el debate, es menester estudiar si con los elementos probatorios allegados a los autos, se llega a considerar probada la existencia de relaciones sexuales y estables. Ahora en lo concerniente a la causal sobre posesión notoria del estado civil es sabido que ella consiste de acuerdo con la ley en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como a tál, 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 a hijo de dicho padre o madre a virtud de aquel tratamiento. Según lo prescrito por los artículos pertinentes de la Ley 45 de 1936, y los artículos 398 y 399 del Código Civil, la posesión notoria de que se trata, deberá haber durado diez años continuos por lo menos y se ha de probar por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de manera irrefragable".

"Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que la regulación legal de la prueba al respecto, significa claramente que los hechos constitutivos de la posesión notoria del estado de que se viene hablando, debe aparecer de manifiesto en su alcance por modo inequívoco y con tal claridad que vengan a ser los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario del padre".

Como la demanda alega también las relaciones sexuales estables entre Jaime Gómez y María Francisca Orejuela, el sentenciador se detiene a estudiar si las pruebas presentadas dan asidero para deducir si las tales relaciones sexuales estables existieron realmente y si de ellas nació el actor Alfonso Gómez Orejuela.

Como en el caso de la posesión notoria alegada, en este de las relaciones sexuales estables se traen como pruebas las declaraciones de varias personas y las analíza una por una para terminar declarando que las pruebas presentadas ,en sentir del Tribunal, adolecen de vaguedades de imprecisión de dudas, y que no llevan al convencimiento pleno ni de que existieron las relaciones sexuales estables entre Jaime Gómez y María Francisca Orejuela, por los años de 1904 y 1906, ni que el actor haya demostrado la posesión notoria del estado de hijo natural del presunto padre; y dice la sentencia:

"Si de acuerdo con el debate no se han demostrado los hechos que la ley señala como constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natral, porque dan lugar a diversas interpretaciones y que del mismo tono es lo relativo a las relaciones estables, es fácil deducir que las pruebas producidas, no son hábiles para la declaratoria de filiación natural invocada".

Como consecuencia de sus apreciaciones el Tribunal confirmó la sentencia apelada.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el actor el recurso de casación, que pasa a resolverse.

o o o

LA DEMANDA DE CASACION

Cuatro cargos formula el recurrente y los enuncia así: "Primero: Acuso la sentencia proferida por el H. Tribunal de Cali de ser violatoria, por infracción directa, de los artículos 639, 696 y 697 del Código Judicial y de los artículos 398 y 399 del Código Civil, violación que a su turno aparejó, también por infracción directa de los artículos 1º y 4º del ordinal 5º de la Ley 45 de 1936, a causa de error de hecho manifiesto en los autos, en que se incurrió como consecuencia de la apreciación errónea de las pruebas consistentes en las declaraciones de los testigos.... Es, pues, del todo evidente que hubo una apreciación errónea de esta prueba y una violación de los artículos 696 y 697 del Código Judicial que dan valor probatorio pleno a las declaraciones de los testigos que concuerdan en el tiempo modo y lugar, como hemos visto que ocurre en el presente caso. De esta manera y como consecuencia de la apreciación errónea de esos testimonios, han resultado ostensiblemente violados los artículos 1º y 4º, ordinal 5º de la Ley 45 de 1936.

Segunda.—Acuso la sentencia...., de ser violatoria por infracción directa de los artículos 693, 696 y 977 del Código Judicial violación que a su turno aparejo, también por infracción directa, la de los artículos 1º y 4º, ordinal 4º de la Ley 45 de 1936 en virtud de haberse incurrido en error de hecho, manifiesto en los autos, a consecuencia de la apreciación errónea de las pruebas consistentes en las declaraciones de los testigos.... En forma distinta a la adoptada para estimar al prueba aducida para demostrar la posesión del estado civil, el Tribunal al considerar las declaraciones para establecer las relaciones sexuales estables entre don Jaime y la señora María Francisca prescinde totalmente del análisis

de esos testimonios..... Sin tal análisis afirma tranquilamente que no se ha demostrado lo de las relaciones sexuales entre los dos presuntos padres. Es cierto que el Juez tiene facultad para apreciar la prueba testimonial, pero la H. Corte puede, en casación, estimar si el Tribunal incurrió en error.... Tercera.—Acuso la sentencia..... de ser violatoria, por interpretación errónea del artículo 399 del Código Civil la cual aparejó violación, por infracción directa del artículo 4º ordinal 5º y de los artículos 6º y 7º de la Ley 45 de 1936 El artículo 399 del Código Civil se refería a la filiación legítima y desde la vigencia de la Ley 45 de 1936 ella se aplica a la filiación natural. Pero la aplicación de esta norma para este caso es diferente, pues en la filiación legítima es más fácil establecer de modo irrefragable la posesión del estado civil, pues se supone que los hijos viven en la casa de sus padres y se supone también que en la partida o registro de nacimiento se han dado los nombres de los progenitores. Al pretender interpretar este artículo con el criterio que debe aplicarse a la filiación legítima, lo violó, y al incurrir en esa violación, violó por consiguiente el artículo 4º, numeral 4º de la Ley 45 de 1936, y el 6º de la misma. Cuarta.—Acuso la sentencia..... de ser violatoria por infracción directa de los artículos 693, 696, y 697 del Código Judicial violación que a su turno aparejó, también por infracción directa, la de los artículos 1º y 4º, ordinales 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, en virtud de haberse incurrido en error de hecho, manifiesto en los autos, a consecuencia de la falta de apreciación de las pruebas consistentes en las declaraciones de los testigos...."

Se considera :

Los cargos enunciados, tienen todos el mismo fundamento, o sea, que el Tribunal incurrió en error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial presentada por el actor, sólo en el cargo tercero se plantea el caso de infracción directa de la ley por interpretación errónea del artículo 399 del C. C.

Precisa, pues, determinar si evidentemente el sentenciador se equivocó en la apreciación de las declaraciones de los tetsigos o si las ignoró, para poder deducir de allí si realmente existen los errores de hecho, alegados por el recurrente, y que dieron como resultado la violación directa de los textos legales citados en la misma demanda de casación.

Es bien sabido, y lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, que las disposiciones de la Ley 45 de 1936, sobre investigación de la paternidad natural, deben interpretarse siempre con criterio estricto pues la misma naturaleza de los hechos que esa ley admite probar, está indicando cuánto cuidado debe poner el juzgador en la apreciación de los elementos probatorios que obren en el juicio. Esto es apenas natural porque el estado civil de las personas, aparte de interesar al derecho privado, en las relaciones puramente patrimoniales, es cuestión de orden público. No puede aceptarse que en asunto de tánto interés social se pueda aplicar el criterio general sobre pruebas testimoniales; en asuntos judiciales entre particulares y que miran sólo al interés privado el criterio, en materia de prueba testimonial es más amplio y lo consagra la ley cuando dá valor de plena prueba al dicho de dos testigos, que cumplen con los requisitos legales sobre el testimonio. Pero en tratándose de la investigación de paternidad natural, que autoriza la Ley 45 de 1936, este estatuto, que es de excepción, debe ser interpretado con criterio de restricción.

Cuando, como en el caso presente, se alegan como causales para obtener el reconocimiento de hijo natural, las previstas en los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936 y tanto las relaciones sexuales estables como la posesión notoria del estado de hijo natural, se quieren demostrar por medio de testigos, que es la única forma de hacerlo, la ley es por demás exigente y requiere que las declaraciones de testigos sean tan claras, precisas y evidentes, que ese conjunto de declaraciones lleven al Juez a la convicción de que los hechos alegados están probados de manera irrefragable, es decir, que no admitan la menor duda. Y es al Juez a quien compete determinar en su fuero de juzgador, si las pruebas lo convencen o si ellas hacen nacer la duda acerca de los hechos que se le ponen de presente en el juicio.

El Juez tiene un poder discrecional, amplio y suficiente, para apreciar en cada caso cual es la validez de las pruebas; y únicamente en el caso de que exista un error evidente en la apreciación de tales medios de prueba o que el sentenciador no los haya querido ver puede la Corte desestimar la apreciación a que él haya llegado.

Pero el error de hecho debe ser de tal naturaleza que surja de manera evidente y sea de tal forma palpable que la determinación del Juez resulte absurda. Mientras ese error evidente, en las condiciones anotadas, no exista, entonces el juicio del fallador de instancia es intocable en casación.

En el presente caso se observa que tanto el Juez de primer grado como el Tribunal en la sentencia acusada, hicieron un minucioso estudio de la prueba testimonial, analizando una a una las declaraciones de los testigos concluyendo que no fueron suficientes para llevar al convencimiento del Tribunal la demostración de los hechos alegados por el actor.

No se advierte que en la apreciación de las pruebas haya incurrido el Tribunal en evidente error de hecho, y al contrario se ve que el estudio del material probatorio fue realizado con suficiente cuidado y con sano criterio.

Mal pudo el Tribunal violar el artículo 399 del Código Civil, cuando no aceptó la posesión notoria de hijo natural de Alfonso Gómez Orejuela respecto de Jaime Gómez, porque este texto exige que la posesión notoria del estado civil "se probará por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable" y como los testimonios presentados en el juicio no convencieron al sentenciador sobre la existencia de los hechos alegados para demostrar esa posesión notoria, interpretó rectamente el artículo citado, al no aceptar la existencia de tal posesión notoria. No es que el artículo 399 debe aplicarse con un criterio distinto cuando se trate de filiación legítima o filiación natural. No. Lo que el artículo pide es que la posesión notoria del estado civil se demuestre por un conjunto de testimonios (no son suficientes dos testigos) y de modo que al Juez no le quede ni la menor duda sobre la real existencia de la posesión notoria del estado de hijo respecto al presunto padre.

Lo dicho es suficiente para concluír que los cargos propuestos contra la sentencia acusada no prosperan.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, pronunciada en el juicio sobre filiación natural propuesto por Alfonso Gómez Orejuela contra la sucesión de Jaime Gómez, sentencia que tiene fecha cinco de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis.

No aparecen costas en el recurso.

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

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

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA DECIDIR CONTROVERSIAS SOBRE DERECHOS EN AGUAS DE USO PUBLICO. — LA PROPIEDAD DE LAS AGUAS DE USO PUBLICO NO ES REIVINDICABLE POR LOS PARTICULARES, PERO EL DERECHO A SU USO Y APROVECHAMIENTO PUEDE RECLAMARSE POR LA VIA ORDINARIA. — DERECHO DE RIBERANIA

1.—La disputa sobre el derecho de aguas, aun cuando éstas originalmente sean bienes de uso público y de propiedad de la Nación, no sale de la competencia del fuero ordinario, por el hecho de que el Gobierno por medio de Decretos haya instituído autoridades encargadas de procurar el aprovechamiento por los ciudadanos de esas aguas en forma administrativa; ni tampoco la ley ha excluído a los Jueces y funcionarios del Organo Jurisdiccional de la facultad de decidir sobre derechos ya establecidos con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

Esas leyes y esos Decretos no han sido dictados con el objeto de modificar el sistema jurisdiccional del país, en lo que tiende a decidir sobre derechos privados, de donde resulta que, sea que la acción tenga por objeto reivindicar la propiedad como en el de que se trate de reivindicar el uso, son competentes los jueces ordinarios.

2.—Existe una disposición de carácter general en nuestro Código Civil a la cual están subordinadas todas las reglas sobre aguas. Tal disposición es el artículo 677 que establece que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales "son bienes de la Nación de uso público en los respectivos territorios", lo que dicho en forma llana significa que el dominio de ríos y aguas pertenecen al Estado.

Pero esa misma norma dispone que no obstante esta domanialidad estatal, el uso y goce de las aguas pertenece a los habitantes que hayan cumplido determinados requisitos y dentro de las limitaciones de la misma ley.

Los artículos 892 a 894 del mismo Código Civil establecen los derechos y obligaciones que otorgan e imponen las leyes en lo tocante al uso y goce de las mencionadas aguas, por parte de los particulares y de manera especial de los dueñns de predios riberanos.

El derecho que consagra el artículo 892 citado a tales riberanos, no es propiamente una servidumbre, porque carece en el hecho de los caracteres propios de este fenómeno que limita el dominio. Según Joserand, notable tratadista francés, constituye "un derecho real sui generis destinado para los riberanos", naturalmente en Colombia, en consonancia con las prescripciones reglamentarias, como lo dispone en forma clara el artículo 678 del mismo Código Civil.

Conforme a esta doctrina, la acción propia para reclamar el derecho al uso por parte de quien ha sido privado de él teniendo derecho, según lo que se acaba de indicar, tiene que corresponder a ese derecho especial de carácter real que no es ni puede ser el de propiedad, la que permanece en cabeza del Estado, no solamente por la naturaleza de las cosas sino por declaración expresa del legislador hecha con el objeto de corregir erradas interpretaciones anteriores en el Decreto 1.381 de 1940 que tiene valor legislativo.

En otros términos, el derecho real sui generis de que se trata o sea el de "uso y aprovechamiento, de aguas de propiedad del Estado" puede ser reclamado por medio de una acción ordinaria distinta de la de reivindicación del dominio de esas mismas aguas.

3.—No se puede invocar derecho de riberanía sobre acueductos artificiales que conducen aguas, para aprovecharse de ellas en su propio predio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

HISTORIA DEL NEGOCIO:

En demanda presentada por los señores Julia Restrepo Bernal, Pablo, Luis, Helena, Margarita, Inés Javier, Julia y Martín Bernal Restrepo y Alfonso Cuartas a nombre de este último de sus hijos menores Ignacio, Lucía, Amparo, Marta Elena, Clara Inés, Rodrigo, Alfonso, Luis Fernando y Humberto Cuartas Hoyos pidieron que, con citación y audiencia de la señora Lucila Cuartas de Cuartas y previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que los demandantes son dueños absolutos y exclusivos de todas las aguas que discurren por el acueducto que viene de la finca señalada en el numeral 3. de la presente demanda hasta llegar a las indicadas en los numerales 1. y 7. de la misma, en la proporción de tres cuartas partes para el predio del número 1 y de otra cuarta parte para el predio determinado en el numeral 7;

"b) Que igualmente los mismos demandantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto por donde pasan las aguas que vienen de la finca delimitada en el hecho 3, hasta llegar a las especificadas en los puntos 1 y 7 de la presente demanda;

"c) Que como consecüencia, la demandada Cuartas está obligada a restituírnos inmediatamente en el uso y goce completos de las aguas que están tomando y capta actualmente del acueducto que pasa por su finca delimitada en el hecho 12, cegando totalmente la tubería instalada allí para derivación;

"d) Que la restitución debe verificarla con las prestaciones correspondientes; y con las costas del juicio si diere ocasión a él'.

Los siguientes son los hechos fundamentales de las súplicas:

"1. El señor Bernardo Bernal Bravo fue dueño de una finca denominada "La Esmeralda", situada en la fracción de Belén de este Municipio, compuesta por dos lotes llamados "Altavista" y "La Montañita", que lindan respectivamente así: "Por el Norte con la calle que va para "Altavista" hasta un callejón que va para "El Tuno"; éste arriba hasta una puerta de golpe que está al occidente y al frente de un cerco de chamba; por este cerco abajo, lindando con Pedro A. y Juan de D. Pabón y otro heredero de Miguel Pabón; por el sur y siguiendo cerco abajo, lindando con Marco C. Saldarriaga, hasta encontrar con un zanjón; y siguiendo el cerco divisorio con Francisco Alvarez y Pedro Uribe, hasta llegar a la calle que viene de "El Rincón" para "Altavista"; y, por éste el primer lindero, hasta el oriente. (sic). El segundo lote: "La Montañita" linda: Por un costado con predio de José de los Santos Valencia hasta llegar a la quebrada "Canguereja"; por ésta arriba con cerco divisorio, con terreno de los herederos de Pablo A. Medina, hasta encontrar un mojón que está cerca de la quebradita ya mentada; de aquí línea a la cabecera, colindando con terrenos de David Ortega; y, por la cabecera, con propiedad de Francisco Ramírez y Wenceslao Pulgarín, de donde se va a tomar el primer lindero". 2 Este bién que acaba de identificarse por su situación y linderos lo hubo el señor Bernal Bravo por compra al señor Marco A. Restrepo M. según escritura número 1913 de 18 de agosto de 1919, de la Notaría Primera que en copia debidamente registrada se acompaña. 3. El mismo señor Bernal Bravo fue dueño de otra finca, situada en el mismo paraje de la anterior, un poco más arriba y cuyos linderos son: "Por el norte o frente con terrenos de María Teresa Medina y hermanas; por un costado con predio de Alejandro Medina; por la cabecera con finca de herederos de Teresa Posada; y por el otro costado con terrenos de David Ortega, después de Antonio Cardona y el mismo comprador"; 4. Este inmueble lo hubo el mismo señor Bernal D. por compra a Lisandro A. Gutiérrez y Trinidad Medina, según escritura número 840 del 11 de marzo de 1926, de la Notaría Segunda de este Circuito, que igualmente se acompaña a esta demanda. 5. Juntamente con las fincas descritas, el señor Bernal Bravo adquirió también el dominio de las aguas que prestan sus servicios domésticos y agrícolas en la finca "La Esmeralda" y de las cuales se ha servido desde que vino a ser dueño de los fundos mencionados, primero él y luego sus causahabientes; 6. El señor Bernal Bravo murió hace algún tiempo y los bienes de que se viene hablando fueron distribuídos entre sus herederos que son los demandantes, señora Restrepo viuda de Bernal y señores Bernal Restrepo. Las respectivas hijuelas de adjudicación se allegarán oportunamente a los autos; 7. Los señores Ignacio, Lucía Amparo, Marta Helena, Clara Inés, Rodrigo, Alfonso, Luis Bernardo y Humberto Cuartas Hoyos, todos menores y a quienes representa su padre el señor Alfonso Cuartas son dueños de una finca situada en el paraje de "Altavista', fracción de Belén de este Distrito, alinderada así: "Por el oriente con una calle de servidumbre que conduce de la fracción de Belén

a la vereda "El Tuno"; por el sur con la misma calle de servidumbre que conduce de la fracción de Belén a la vereda de "El Tuno", en parte; y en parte con propiedad de los herederos de Juan y Luis Medina; por el occidente con propiedad de los herederos de Luis y Juan Medina; y por el norte con propiedad de los señores Joaquín Uribe, Enrique Agudelo, de la señorita Sandino y de Alberto Jaramillo; 9. Adquirieron este bien los menores expresados por compra a Paulina Delgado y otros, por escritura número 4.620 de 9 de junio de 1954, pasada en la Notaría Cuarta de este Circuito, anexa a los autos; 9. Las aguas que nacen en el predio de los demandantes, señora Restrepo viuda de Bernal y los nombrados Bernal Restrepo en el hecho 3 de esta demanda, nos corresponde en dominio a todos, en la proporción de tres cuartas partes para la señora Restrepo viuda de Bernal y los nombrados Bernal Restrepo; y de una cuarta parte para los señores Cuartas Hoyos; 10. Las aguas en referencia fueron traídas a los fundos en referencia, delimitadas en los numerales 1. y 7. por acueducto construído y sostenido a nuestras expensas, cubierto a tramos y en parte descubierto, primero por nuestros antecesores en el dominio y luégo por nosotros mismos; 11. El derecho de dominio sobre las aguas y el acueducto a que nos estamos refiriendo, consta claramente en los títulos acompañados a la demanda y así lo demostraremos plenamente en el debate probatorio del presente juicio; 12. El acueducto que conduce las aguas desde la finca señalada en el numeral 3. de esta demanda a las que se determinan en los puntos 1. y 7. de la misma, pasa en parte por un predio que posee la señora Lucila Cuartas de Cuartas en la fracción de Belén, paraje de "Altavista" de este mismo Municipio y que linda: "Por el frente con la calle 'Altavista"; por un costado con propiedad de Germán Mejía y Enrique Agudelo; en parte, y en lo restante con un callejón de servidumbre; y con propiedad de Adriano Cadavid; por el otro costado con propiedad de Luis Medina L. hoy de Pablo Saldarriaga, hasta llegar a la quebrada, y después con propiedad de Carlos Restrepo y Jesús Alvarez; y por el centro con propiedad de Adriano Cadavid"; 13. En el trayecto del acueducto a que se refiere el hecho anterior, los dueños de la finca allí descrita conectaron al acueducto de nuestra propiedad una tubería metálica y por ella han venido captando aguas de nuestra pertenencia para aprovecharla en los usos y menesteres de la finca de la citada señora Cuartas de Cuartas; 14. Ni la expresada señora Cuartas de Cuartas ni sus antecesores en el dominio de la finca ya indicada, han llegado a ser dueños de la parte del agua que han captado de nuestro acueducto, sin nuestro consentimiento y contra nuestra voluntad, agua que nos pertenece exclusivamente, en la proporción de que hablamos anteriormente Es decir tres cuartas partes a la señora Restrepo viuda de Bernal y a los señores Bernal Restrepo, y la otra cuarta parte a los otros demandados Cuartas Hoyos".

Contestó la demandada que por su finca discurre una corriente de agua de uso público y que como ella es riberana de dicha corriente, se ha venido aprovechando del agua para los menesteres de su propiedad desde tiempo inmemorial y en los términos de la ley. Se opuso, por consiguiente, a las peticiones de la demanda y propuso las excepciones de ilegtimidad de la personería sustantiva de la parte demandante; inexistencia de la obligación, prescripción, inepta demanda y la genérica.

El Juez de primera instancia —6º Civil del Circuito de Medellín— falló el 23 de agosto de 1956, en la siguiente forma:

"Primero. Se declaran no probadas las excepciones propuestas. Segundo. Declárase que los demandantes son dueños absolutos y exclusivos de todas las aguas que discurren por el acueducto que viene de la finca señalada en el numeral 3. de la presente demanda hasta llegar a las propiedades indicadas en los numerales 1. y 7. de la misma, en la proporción de tres cuartas partes para el predio del numeral 1. y de otra cuarta parte para el predio determinado en el numeral 7; Tercero. Declárase que los mismos demadantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto por donde pasan las aguas que vienen de la delimitada en el hecho 3., hasta llegar a las especificadas en los puntos 1. y 7. de la presente demanda; Cuarto. Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declara que la demandada señora Lucila Cuartas de Cuartas está obligada a restituír a los demandantes, inmediatamente se ejecutoríe esta sentencia, en el uso y goce completos de las aguas que está tomando y capta del acueducto que pasa por su finca delimitada en el hecho 12, cegando totalmente la tubería instalada allí para la derivación de aquellas; Quinto. Se condena a la demandada en costas y no se hacen las demás declaraciones deprecadas"

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de 23 de abril de 1957, que es materia del recurso de casación, CONFIRMO la del Juez a quo "con la única excepción del ordinal 2. que queda así: la demandada no tiene

derecho al uso de las aguas que discurren por el acueducto que viene de la finca señalada en el ordinal 3. de la demanda y que va a las propiedades indicadas en los ordinales 1. y 7. de la misma. Costas de ambas instancias a cargo del recurrente pero sólo en las dos terceras partes del total (Decreto Ley 243 de 1951, artículo 2.)."

Recurrió en casación la señora Cuartas, recurso que le fue otorgado previo avalúo, y estando cumplidos los trámites de ritual se pasa a decidir, empezando por examinar el cargo 4. fundado en la causal 6 —NULIDAD— por razones obvias.

CAUSAL SEXTA ALEGADA:

Por razón de su naturaleza y efectos, se considera en primer término la causal de nulidad.

Dice el recurrente que "el ordinal 2. de la parte resolutiva del fallo reglamentó o estatuyó sobre el uso y distribución de las aguas materia del litigio, pues prohibió a la demandada el uso de dichas aguas, y le ordenó en el aparte Cuarto destruír las obras de captación que había hecho, cegando la cañería o tubería instalada llegó a la conclusión de que no se había acreditado el dominio privado de las aguas, y por consiguiente habían de tenerse como aguas de propiedad del Estado de uso público.

De aquí deduce el recurrente que se ha incurrido en la nulidad contemplada por el ordinal 1 del artículo 448 del C. J. es decir la de incompetencia del Tribunal para conocer del asunto, en relación con lo cual cita la Ley 113 de 1928 en su artículo 9º y Decreto 1.381 de 1940 en sus artículos 2, 5, 7, 14 y 16.

La disputa sobre el derecho al uso de aguas, aun cuando éstas originalmente sean bienes de uso público y de propiedad de la Nación, no sale de la competencia del fuero ordinario, por el hecho de que el Gobierno por medio de Decretos haya instituído autoridades encargadas de procurar el aprovechamiento por los ciudadanos de esas aguas en forma administrativa; ni tampoco la ley ha excluído a los jueces y funcionarios del Organo jurisdiccional de la facultad de decidir sobre derechos ya establecidos con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

Esas leyes y esos Decretos no han sido dictadas con el objeto de modificar el sistema jurisdiccional del país, en lo que tiende a decidir sobre derechos privados, de donde resulta que, sea que la acción tenga por objeto reivindicar la propiedad como en el de que se trate de reivindicar el uso, son competentes los jueces ordinarios.

No prospera el cargo.

Definido lo relacionado con la causal sexta de casación, entra la Corte a estudiar los otros cargos de la demanda acusatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha 23 de abril de 1957.

PRIMER CARGO:

Dice el recurrente:

"CAUSAL.—Se formula este cargo dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial. Se expresa así: La sentencia acusada es violatoria de ley sustantiva por aplicación indebida. Las normas sustantivas violadas son los artículos 892, 893, 895 del Código Civil, artículo 2º del Decreto Ley 1.381. Se violaron, además, los artículos 471 del Código Judicial y 593 de la misma obra".

Continúa el recurrente: "La violación de la ley proviene de la errada apreciación de unas pruebas (En subsidio no estimación las que individualizarán en el curso del cargo); lo que llevó al Tribunal a incurrir en errores de hecho que indicaré que aparecen de manifiesto en los autos, y que también se demostrarán en la forma debida".

Así formulado el cargo pasa el demandante en casación a su demostración.

Dice así: "Contiene el fallo acusado en su parte resolutiva la única modificación que hizo al fallo de primera instancia, confirmado en todo lo demás; su texto: "Confirma el fallo apelado con la única excepción del ordinal 2º que queda así: La demandada no tiene derecho al uso de las aguas que discurren por el acueducto que viene de la finca señalada en el ordinal 3º de la demanda y que van a las propiedades indicadas en los ordinales 1º y 7º de la misma" Debemos pues ir a la parte resolutiva del fallo de primera instancia, para tomar lo demás que interese destacar en este primer aspecto del cargo formulado. De ella tomamos el aparte Cuarto: "Como consecuencia de las declaraciones anteriores, se declara que la demandada señora Lucila Cuartas de Cuartas está obligada a restituír a los demandantes inmediatamente se ejecutorie esta sentencia, en el uso y goce completo de las aguas que está tomando y capta actualmente del acueducto que pasa por su finca delimitada en el hecho 12, cegando totalmente la tubería instalada allí para la derivación de aquellas". ¿Cómo entender la parte resolutiva en estos dos numerales desta-

cados? Es indudable que el ordinal cuarto en el fallo de primera instancia, era consecuencial de las declaraciones previas del mismo, la primera de las cuales fue revocada y modificada sustancialmente en su contenido por el Tribunal. En efecto ella declaraba el dominio privado de los demandantes sobre las aguas materia del litigio, y es obvio que a esta declaración tenía que seguir la de restitución en el uso y goce, elementos del dominio según nuestro derecho y según nuestra doctrina. Pero como revocó la declaración de dominio privado, es necesario definir el alcance de esta revocatoria y el contenido del fallo en su ordinal segundo. Debemos acudir a la parte motiva: Dice el Tribunal: "El Juzgado declaró que los demandantes son dueños absolutos y exclusivos de las aguas que discurren por el acueducto y dueños también de éste. En lo tocante a las aguas apenas se debe declarar que la demandada no tiene derecho al uso de ellas. No habiéndose comprobado que se trata de aguas de dominio privado, quienes se están aprovechando de ellas en forma legal, apenas tienen derecho al uso de las mismas. De suerte que en esta parte debe enmendarse la sentencia". Dice, además, el fallo en otros de sus apartes, particularmente párrafos 2º y 3º del folio 28 vuelto; párrafo final del folio 29 y 29 vuelto, lo que complementa el sentido de párrafo transcrito: "Que las aguas nacen en predios de diferentes dueños, lo que hace que deban tenerse como bienes de la Nación de Uso Público". Así si se dá su sentido verdadero al párrafo transcrito. No es que los demandantes no hayan probado que son los dueños del agua, es que no se ha establecido que no son aguas de dominio privado".

Continúa el recurrente: "Pero resulta que el Tribunal no hizo en la parte resolutiva esta declaración sobre el dominio público de las aguas, con base en las deducciones y confrontaciones que la sentencia expresa; sino que en el numeral modificado decidió sobre el uso de estas aguas, y como para el Tribunal son aguas de Dominio Público, resulta que estatuyó, no sobre el uso o goce que corresponde al dominio privado, sino sobre el especial derecho de uso de las aguas de dominio público. ¿Pero fue este el debate que las partes plantearon el fallador? Nos corresponde ahora examinar los términos de la demanda y la respuesta, con el fin de conocer la extensión del debate y su contenido.

"La transcripción del petitum de la demanda es importante en el cargo: "En virtud de las razones expuestas, los que suscriben la presente demanda.... demandan en juicio ordinario de mayor cuantía a la señora Lucila Cuartas de Cuartas, mayor y de este vecindario, para que con su citación y audiencia se pronuncien por ustedes las siguientes declaraciones: a) Que los demandantes son dueños absolutos y exclusivos de toda las aguas que discurren por el acueducto...; b) Que igualmente los mismos demandantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto por donde pasan las aguas..... c) Que como consecuencia, la demandada Cuartas de Cuartas está obligada a restituírnos inmediatamente en el uso y goce completos de las aguas que están tomando; d)..... La acción se funda en el artículo 946 del Código Civil y en sus concordantes de la misma obra". La relación de hechos está acorde con las peticiones de la demanda; se afirma propiedad de los demandantes sobre fundos, sobre el agua, sobre el acueducto; la posesión de la demandada en las aguas; los actos de captación en el trayecto de acueducto que atravieza su predio; afirman la existencia de títulos en su favor, tanto para las aguas como para el acueducto o cauce. No hay pues la menor duda de que la demanda ejercita la acción reivindicatoria de las aguas y la acción reivindicatoria del cauce o acueducto. No alcanzó a suponer qué contestación de demanda podría producir el efecto de modificar el contenido de la demanda que se examina. Sin embargo, en el mismo cuaderno, a folios 36 y siguientes, está la respuesta, que es negativa o de desconocimiento de todos los hechos con excepción de los hechos 12 y 13. Al hecho 12 se responde así: "Por mi finca discurre una corriente de agua de uso público, por acueducto de mi propiedad"; y al hecho 13. "Mi finca como riberana que es, se ha venido sirviendo desde tiempo inmemorial, del agua a que me referí al dar contestación al hecho anterior". Se opone a las pretensiones de la demanda y propone excepciones".

"Es decir, se trata de un debate planteado en ejercicio de la acción reivindicatoria.

"Hemos visto ya cómo el Tribunal, en los ordinales 2º y 4º de la parte resolutiva de lo que viene a ser su fallo y en lo que respecto a las aguas, hace una declarción sobre uso de un bién público. ¿Por qué el Tribunal hizo tal pronunciamiento?

"A folios del cuaderno número 4 —29 vuelto— el Tribunal hace en los párrafos 3º y 4º un desarrollo cuyas partes atinentes al cargo se destacan: "Alega la parte demandada..... Sólo se sabe que los actuales propietarios de la finca

"La Esmeralda" como sus antecesores en el dominio han venido usando de esas aguas.... Pero aquí sólo se trata de saber si la opositora tiene derecho a derivar las aguas, por el hecho de pasar el cauce por su propiedad. En tales términos ha venido a quedar planteado el litigio" y a folios 30: "Y si se hubiere establecido que realmente el cauce es natural y que por tanto, el predio de la demandada, como riberano tuviera derecho al uso del agua conforme al artículo 892 del Código Civil....." Surge aquí el manifiesto y evidente error de hecho del Tribunal, expresado en la transcripción última.

Para el Tribunal no se trata de una acción reivindicatoria sobre las aguas, sino de un debate sobre un derecho de uso de esas aguas. Aguas que él ha encontrado, con arreglo a los hechos y al derecho, que son de dominio público. Llegó el Tribunal a este error de hecho por razón de la errónea estimación de los apartes de la demanda y respuesta que se refieren a las aguas; lo que se llevó a deducir una acción diferente de la que se instauró sobre el contenido del debate procesal. Pero si la H. Corte estima que la modificación del contenido del debate, la hizo el Tribunal, por no estimar probatoriamente la demanda y la respuesta presento como causa subsidiaria del error de hecho la no estimación de estos escritos en los apartes propuestos.

"En lo relativo a la acción reivindicatoria de las aguas, se violaron por el fallador en la forma expresada, los artículos 667, 892, 893, 895, en concordancia con el artículo 2º del D. L. 1.381 de 1940; en cuanto se les dio aplicación para decidir un debate planteado requisitos previstos en el artículo 531 del Código Judicial, la infirmación de la sentencia no puede prosperar, ya que la competencia de la misma Corte está circunscrita y condicionada por esos requisitos. Y esto debe operar no solamente en la formulación de los cargos, sino igualmente en su desarrollo y demostración; defectos de que se resiente, de manera muy notoria, el libelo acusatorio de que se estudia.

"En efecto: Al formular el primer cargo, con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente afirma la violación de la ley sustantiva, dizque por aplicación indebida de los artículos 892, 893, 895, del Código Civil, artículo 2º del Decreto Ley 1.381 de 1940, 946, 950, 951, 677 del Código Civil, y los artículos 471 y 593 del Código Judicial. No explica de ningún modo si la supuesta violación es directa o indirecta, aunque en sus ligeras divagaciones el demandante llega hasta afirmar que a las supuestas violaciones alcanzó el Tribunal por error de hecho en la interpretación de la demanda y su respuesta; pues que consideró que el debate planteado consistía en un derecho a aguas de uso público cuando en la demanda se proponía concretamente una acción reivindicatoria. Es decir que el demandante formula el cargo sobre la causal primera, y en cambio, en el desarrollo y su demostración, se refiere a un cargo de la causal segunda. Al refutar el cargo de inconsonancia, habrá oportunidad para demostrar si el Tribunal se pronunció o nó en desacuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el juicio.

"El cargo está dirigido esencialmente a demostrar que fueron violados por el fallador los artículos 677, 893, 894 y 895 en concordancia con el 2º del Decreto-Ley 1.381 de 1940, por cuanto se les dio aplicación para decidir un debate propuesto sobre aguas de **dominio privado** por los demandantes, siendo para regir el derecho al uso de aguas de dominio público, en primer término y en segundo, que fueron violados los artículos 946, 950 y 951 del Código Civil, por cuanto no fueron aplicados a un caso por ellos regulado, porque el sentenciador entendió que no se trataba de acción reivindicatoria de aguas, sino de una controversia sobre preferencia en el uso de aguas de dominio público.

"Es cierto que la aplicación indebida de la ley sustantiva puede estar determinada por errores de hecho y de derecho en la falta de estimación o en la defectuosa apreciación de determinadas pruebas. Lo que es inadmisible en técnica de casación es que se aleguen primero errores de hecho en la interpretación de la demanda y su respuesta, para, luégo, en subsidio, llegar hasta calificar esas piezas de medios probatorios susceptibles de errónea apreciación o de falta de estimación de ellas....

"En efecto, la demanda, o sea la petición inicial de un juicio tiene una calidad peculiar inmodificable; somete a la decisión jurisdiccional una relación jurídica, con la enumeración de los hechos y la invocación de los preceptos de derecho que el demandante considera la sustentan.

"Y la respuesta constituye la aceptación o rechazo de esa situación jurídica, o su reconocimiento con modificaciones sustanciales o adjetivas, o con la proposición de una nueva situación legal que la enerva o interfiere fundamentalmente. Los puntos litigiosos no se definen fundamental y lógicamente, de manera unilateral con la demanda, sino con su contestación, es decir, conjuntamente con los dos. Y esos extre-

mos del litigio pueden sufrir modificaciones, no sólo en el evento de la oportuna enmienda de la demanda, sino en todos los momentos procesales oportunos para excepcionar. Oportunidad esa que no se agota con la simple respuesta de la demanda.

"Los demandantes en el juicio establecieron una acción de dominio, es cierto, y esta situación es lógica porque realmente la acreditaron plenamente al través de las instancias. Si la demandada hubiera aceptado ese planteamiento sin posteriores modificaciones, la cuestión controvertida hubiera sido ésta: definir en los fallos de instancia si los demandantes son o nó dueños de la corriente de agua y del acueducto artificial que la conduce. Pero la opositora, en vez de admitir aquella posición jurídica como litigiosa, desvió el debate con natural criterio defensivo hacia el plano jurídico del uso de unas aguas de dominio público. Lo contrario sería aceptar la doctrina procesal, evidentemente errónea, de que los puntos de la controversia se definen con la demanda, subestimando el planteamiento que puede hacer, en la forma ya indicada la parte demandada.

"Si lo que busca la demanda de casación es hacer triunfar la tesis de la aplicación indebida de los preceptos sustantivos que regulan el uso de las aguas de dominio público, como también la falta de aplicación de los que norman el dominio privado, supuestas violaciones que, según el recurrente fueron determinadas por errores de hecho en la interpretación de la demanda y la respuesta, queda demostrado que el problema en litiigo fue modificado sustancialmente por la opositora, cuando afirmó que las aguas eran de uso público, tesis que aunque rechazada por los actores en el juicio fue admitida por el Tribunal.

"'De manera muy clara el Tribunal dio correcta aplicación al artículo 895 del Código Civil, cuando sostuvo que, por tratarse de aguas que discurren por un cauce artificial, la demandada no puede servirse de ellas. Pues aunque el Decreto 1.381 estableció que las aguas de dominio público continúan siéndolo, pese a que corran por cauce artificial, ello no implicó una modificación sustancial al artículo 895, en lo que respecta al uso de los riberanos. No existe, pues, la aplicación indebida, ni la falta de aplicación que invoca el recurrente, ya que la restitución y las pretensiones que ordena la sentencia, son una consecuencia de la carencia de derecho en la demanda para servirse del acueducto y de las aguas".

Hasta aquí el opositor. Ocurre que el recurrente propuso también la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial, naturalmente con base en las mismas circunstancias alegadas en la presente, lo que obliga a la Corte a definirse primeramente sobre ella, pues es claro que si existiere tal incongruencia en el hecho quedaría resuelto el primer cargo.

TERCER CARGO

Dice el recurrente:

"Causal 2ª.—Se formula este cargo dentro de la Causal Segunda que expresa el artículo 520 del Código Judicial por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes. Para demostrar el cargo, debo proceder a hacer la comparación entre el petitum de la demanda y la parte resolutiva del fallo del Tribunal.

"En el caso que se examina, para facilitar tal comprobación debe completarse, en el sentido ordenado por el Tribunal, la parte resolutiva de su fallo; textualmente dice: "En mérito de las precedentes consideraciones el Tribunal administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo apelado con la única excepción del ordinal segundo que queda así: "La demandada no tiene derecho al uso de las aguas que discurren por el acueducto que viene de la finca señalada en el ordinal 3º de la demanda y que va a las propiedades indicadas en los ordinales 1º y 7º de la misma".

"La comparación operaría así:

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

A) Que los demandantes son dueños absolutos y exclusivos de todas las aguas que discurren por el acueducto que viene de la finca señalada en el numeral 3º de la presente demanda hasta llegar a las indicadas en los numerales 1: y 7º de la misma en la proporción de....

B) Que igualmente los mismos demandantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto por donde pasan las aguas que vienen de la finca delimitada etc.

C) Que como consecuencia, la demandada Cuartas está obligada a restituírnos inmediatamente en el uso y goce completo de las aguas que está tomando y capta actualmente del acueducto....

La acción se funda en el artículo 946 C. C. y concordantes.

RESOLUCION DEL TRIBUNAL

1). Se declaran no probadas las excepciones propuestas.

2). La demandada no tiene derecho al uso de las aguas que discurren por el acueducto que viene...

3). Declárase que los mismos demandantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto.

4). Como consecuencia de las declaraciones anteriores se declara que la demandada está obligad a restituír a los demandantes...

"Es protuberante la diferencia que aparece en el aparte a) del petitum y el ordinal 2º de la condena del Tribunal.

"En efecto, se pide una declaración sobre el dominio absoluto de los demandantes sobre las aguas; y el Tribunal no sólo no hace tal declaración sino que produce una nueva que no le era solicitada: la de que la demandada no tiene derecho al USO DE LAS AGUAS.

"Pero si queremos entender un poco esta declaración del Tribunal, y la interpretación con arreglo a la parte motiva, se encuentra que para el Tribunal no sólo los demandantes no demostraron dominio sobre las aguas, sino que no se demostró el dominio privado en general, lo que quiere decir que el uso que se quiso prohibir o se prohibió por el Tribunal fue el uso que corresponde a unas aguas de Dominio Público. Es evidente que el Tribunal incurrió en esta causal por dos aspectos: a) Por no haber decidido sobre un punto materia del litigio; y b) Por haber decidido sobre un punto que no le había sido sometido.

"Incide el cargo en la parte resolutiva de la sentencia, por cuanto de prosperar, la sentencia sería casada en sus numerales 1º, 2º y 4º en cuanto al agua se refiere, y 5º.

"La Corte debe casarla, y, en su lugar, producir la sentencia que haya de reemplazarla.

"En cuanto a al contestación de la demanda, que es la otra pieza que determina la extensión de la relación jurídico-procesal, ninguna modificación podría traer en las condiciones del petitum".

CONTESTACION DE LA PARTE OPOSITORA AL CARGO

"REPLICA DEL CARGO DE LA CAUSAL 2ª.

Asevera el recurrente que la sentencia del Tribunal no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en el debate. Con lo cual pretende configurar un cargo contra el fallo mencionado. Fundándose en la Causal 2ª del artículo 520 del C. J.

"Al desarrollar el cargo sostiene que hay incongruencia entre la parte resolutiva de la sentencia dictada por el Tribunal y las peticiones de la demanda, por cuanto la parte petitoria plantea el problema de una acción reivindicatoria, y el fallo decidió en cambio sobre el derecho al uso de las aguas de dominio público, negando a la demandada el derecho a servirse de tales aguas.

"En la réplice al primer cargo se hizo un análisis de la naturaleza de la acción formulada en la demanda; de la facultad que tiene el demandado para modificar los planteamientos, adjetiva, sustancial o fundamentalmente. Por reiterada jurisprudencia la Corte ha sostenido que la comparación o balanceo entre las peticiones de la demanda y las conclusiones del fallo, no se hace solamente entre tales extremos, sino de conformidad con el planteamiento conjunto del problema litigioso, que se deduce naturalmente de ambas piezas. Es por esto por lo que el artículo 520 del Código Judicial, en su numeral 2º, habla de las pretensiones de las partes y no únicamente, de las pretensiones de la demanda. La acción es la facultad que tiene subjetivamente el actor que se considera titular de un derecho, para suplicar la protección jurisdiccional. La excepción, en cambio, no es la negación rotunda y a secas de la parte demandada sobre esa situación jurídica, sino la afirmación de que tal situación se halla modificada o extinguida. La relación jurídica procesal se estructura de conformidad con estos presupuestos; y la resolución jurisdiccional, lógicamente, sólo puede moverse dentro de esos límites.

"Los actores en el juicio demandaron la reivindicación de aguas que han poseído por un lapso mayor de treinta años, ya que don Bernardo Bernal, el causante, adquirió el dominio sobre ellas y construyó el cauce, desde el año de 1919. La demandada sostiene que son aguas de dominio público y que se sirve de ellas como propietaria riberana. Es decir, que la posición jurídica alegada por ella modificó sustancialmente la polémica judicial, por lo que respecta al planteamiento hecho por los actores, y sobre estos extremos del litigio recayó la resolución del Tribunal. Lo que excluye, lógicamente, el cargo de incongruencia afirmado por el recurrente.

"De otro lado, el fallo aludido no es ajeno a las

pretensiones reivindicantes formuladas en el libelo inicial del debate, si se tiene en cuenta que la parte resolutiva declara el dominio sobre el acueducto o cauce artificial. Y aunque no es lógica ni jurídica la aplicación que hace el Tribunal del Decreto 1.381 del 40 para inhibirse de hacer las declaraciones de domino sobre las aguas, ya que éste fue estructurado bajo el régimen anterior (artículo 985 del Código Civil) y se consolidó así una situación jurídicamente inamovible, invulnerable y a cubierto de toda violación o desconocimiento como derecho adquirido, aquella decisión judicial está conforme con una de las peticiones iniciales de la parte demandada, o sea el dominio púbilco sobre las aguas que corren por el cauce o acueducto artificial ya mencionado.

"Este cargo debe pues rechazarse".

SE CONSIDERA:

Existe una disposición de carácter general en nuestro Código Civil a la cual están suboridnadas todas las reglas sobre aguas Tal disposición es el artículo 677 que establece que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales "son bienes de la Nación de uso público en los respectivos territorios", lo que dicho en forma llana significa que el dominio de ríos y aguas pertenecen al Estado.

Pero esa misma norma dispone que no obstante esta domanialidad estatal, el uso y goce de las aguas pertenece a los habitantes que hayan cumplido determinados requisitos y dentro de las limitaciones de la misma ley.

Los artículos 892 o 894 del mismo Código Civil establecen los derechos y obligaciones que otorgan e imponen las leyes en lo tocante al uso y goce de las mencionadas aguas, por parte de los particulares y de manera especial de los dueños de predios riberanos.

El derecho que consagra el artículo 892 citado a tales riberanos, no es propiamente una servidumbre, porque carece en el hecho de los caracteres propios de este fenómeno que limita el dominio. Según Joserand, notable tratadista francés, constituye "un derecho real **sui generis**, destinado para los riberanos", naturalmente en Colombia. en consonancia con las prescripciones reglamentarias, como lo dispone en forma clara el artículo 678 del mismo Código Civil.

Conforme a esta doctrina, la acción propia para reclamar el derecho al uso por parte de quien ha sido privado de él teniendo derecho, según lo que se acaba de indicar, tiene que corresponder a ese derecho especial de carácter real que no es ni puede ser el de propiedad, la que permanece en cabeza del Estado, no solamente por la naturaleza de las cosas sino por declaración expresa del legislador hecha con el objeto de corregir erradas interpretaciones anteriores en el Decreto 1.381 de 1940 que tiene valor legislativo, (de donde se desprende que era inoperante la acción de dominio tal como fue propuesta).

En otros términos, el derecho real **sui generis** de que se trata o sea el de "uso y aprovechamiento, de aguas de propedad del Estado" puede ser reclamado por medio de una acción ordinaria distinta de la de reivindicación del dominio de esas mismas aguas; pero si se examina detenidamente la demanda se observa que no obstante su falta de técnica, en el fondo se refiere a esta facultad de reclamar el derecho real del uso y utilización de las aguas ya adquirido por la captación dentro de predio riberano, derecho que no puede ser impedido por otros aun riberanos sino por medios jurídicos, distintos de la toma arbitraria de las mismas aguas captadas.

En las súplicas de la demanda aparece esa intención, pues en el literal c) se lee: "Que como consecuencia, la demandada Cuartas de Cuartas, está obligada a restituírnos inmediatamente en el uso y goce completos de las aguas que está tomando y capta actualmente del acueducto que pasa por la finca delimitada en el hecho 12, cegando totalmente la tubería instalada allí para la reivindicación".

El Tribunal, por consiguiente ,hizo uso de la facultad interpretativa que otorga al fallador de instancia la ley y decidió en consecuencia.

Planteadas así las cosas, no cabe considerar que haya incongruencia entre el fallo del Tribunal y la demanda intestada y no procede el cargo que sobre esta base formula el recurrente contra la sentencia, o sea el que se basa en el ordinal 2º del artículo 520 del C. J.

Como se dijo al entrar a considerar el cargo primero, las circunstancias alegadas para sustentarlo son las mismas que se aducen para sostener el tercero o ea el de incongruencia y por consiguiente tampoco puede prosperara aquél.

SEGUNDO CARGO:

Dice el recurrente: "Se formula este cargo dentro de la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial. Se expresa así: La sentencia acusada es violatoria de la ley sustantiva, por aplicación in-

debida. Las normas sustantivas violadas son los artículos 946, 950, 951 y 762 del C. C.

"La violación de la ley proviene de la errónea estimación de las pruebas (en subsidio de falta de estimación), las que se individualizarán en el curso del cargo; lo que llevó al Tribunal a incurrir en errores de hecho que aparecen de modo manifiesto en los autos, y que se demostrarán en forma debida.

"Así formulado el cargo debe procederse a su demostración.

"El ordinal 3º de la parte resolutiva del fallo dice así: "Declárase que los mismos demandantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto por donde pasan las aguas que vienen de la finca delimitada en el hecho 3º hasta llegar a las especificadas en los puntos 1º y 7º de la presente demanda". Esta declaración de la sentencia se corresponde perfectamente con el ordinal b) de las peticiones de la demanda, que expresa la pretensión de dominio y la reivindicación de los demandantes sobre el cauce: "Que igualmente los mismos demandantes son dueños absolutos y exclusivos del acueducto por donde pasan las aguas que vienen de la finca delimitada en el hecho 3º hasta llegar a las especificadas en los puntos 1º y 7º de la presente demanda". De esta comparación y en particular del texto de la parte resolutiva, no cabe duda de que el Tribunal declaró la reivindicación impetrada sobre el cauce.

"Pero para el Tribunal decretar esta reivindicación era necesario que los demandantes reunieran los requisitos que establece el artículo 946 del C. C., para la viabilidad de la acción y en particular que se encontraran dentro de una de las hipótesis del artículo 950 o del 951 de la misma obra.

Agrega luégo el recurrente que el Tribunal ha debido encontrar el lleno de esos requisitos en la prueba aducida por el actor y que debía haber examinado los títulos exhibidos por éste y continúa:

"Previamente debe observarse que el cauce o acueducto cuya reivindicación se pretende empieza en una de las fincas de don Bernardo Bernal Bravo (la señalada en el hecho 3º de la demanda), atraviesa propiedades de varios dueños, de conformidad con las constancias de la Inspección ocular entre otras la de la demandada, (página 58 del C. 3º), y es éste un hecho admitido en el fallo.

"La reivindicación, como es obvio, se pretendía sobre toda la extensión del cauce y así fue decretada.

"En efecto, —continúa el recurrente en casación los Bernal Restrepo y doña Gilma Restrepo viuda de Bernal presentan como títulos suyos las hijuelas de la partición en el juicio de sucesión de don Bernardo Bernal Bravo, que obran a folios 35 y siguientes del mismo cuaderno. Pues bien ni en las hijuelas de partición de cada uno de los demandantes, ni en las escrituras públicas de donación se transfirió, ni en todo ni en parte, derecho de dominio de don Bernardo Bernal Bravo sobre el acueducto que se reivindica. Y como los actores no presentaron ningún otro título, resulta que han enfrentado a la posesión de mi mandante, los títulos y la posesión de don Bernardo Bernal Bravo, que no es parte en este juicio, ni como sucesión ni como sociedad conyugal ilíquida.

"Basta leer uno a uno los títulos expresados, para encontrar que el cauce o acueducto materia de reivindicación no aparece en ellos. En las escrituras públicas de donación se habla de una servidumbre de acueducto, pero es la que corresponde al predio del donatario sobre el predio del donante, con base en la donación que contiene. En lo que respecta a las menores Cuartas Hoyos, su título es la E. P. 4.620 de junio 9 de 1954, que obra a folios 9 y siguientes del C. N. 1, otorgada por Paulina Delgado y otros a Alfonso Cuartas en representación de sus hijos. Tampoco este título se refiere en absoluto al cauce o acueducto materia del litigio. Carecen igualmente estos demandantes de titulación.

El recurrente repite con ampliaciones el anterior argumento y luégo dice:

"De este examen exhaustivo de las pruebas aptas para determinar un título en cabeza de los demandantes o de alguno o algunos de ellos. Se concluye que los demandantes comparecieron a la acción reivindicatoria sin ningún título traslaticio de dominio.

"El error del Tribunal consistió en haber llevado el examen a títulos anteriores, extraños al litigio que se ha planteado, por estudiar ligeramente los títulos de los actores sin darse cuenta de que en nada se referían al cauce que se reivindica.

"La Comisión de este error hizo que el Tribunal decretara la reivindicación en ausencia de un presupuesto o condición necesaria de la acción: la propiedad en el actor o en los actores; o la posesión regular.... Y concluye: "No probado el dominio ni la posesión regulr, mi mandante quedaba amparada por la presunción consagrada en el artículo 762 del C. C. también

violado. Luégo dice: "Incide el cargo en la parte resolutiva de la sentencia en la siguiente forma: Corregido el error de hecho del Tribunal y establecido el hecho verdadero de que los demandantes no han acreditado ni dominio ni posesión regular, se dará preferenciaa la posesión de mi mandante; no se declarará dominio sobre el acueducto o cauce y se respetará la posesión. En esta forma se aplicará debidamente el estatuto de la reivindicación contenido en los artículos citados como violados del Código Civil. Se destruyen los numerales 1º, 3º y 4º en cuanto al cauce y 5º de la parte resolutiva del fallo del Tribunal.

Como observación especial hace el recurrente referencia "a que la acción incoada se refiere a reivindicación de varios bienes y que la sentencia se amolda a ello".

SE CONSIDERA:

No puede perderse de vista que las aguas que hoy conduce a su predio la demandada señora Lucila Cuartas de Cuartas son tomadas por medio de una tubería enchufada a un acueducto artificial y nó al cauce natural de las aguas de que es riberana y que por tanto hay que admitir la existencia de ese acueducto artificial con anterioridad a la captación que de él hace la demandada.

Sentado esto, no cabe duda de que no hay ejercicio del derecho de riberanía, ya que no se trata de aguas que corren naturalmente por su fundo, y que en consecuencia no le es permitido hacer valer la norma del artículo 892 del C. C. en favor de sus pretensiones.

No ha cometido por tanto el Tribunal error de hecho al decir que no existe derecho por parte de la demandada a derivar aguas de un acueducto artifical construído con anterioridad a su dominio sobre la tierra que cruza ese acueducto sin probar que ha adquirido derecho a hacerlo, emanado del que ha costruído o que utiliza tal acueducto para el servicio de su proipedad; y, especialmente, que no se puede invocar derecho de riberanía sobre acueductos artificiales que conducen aguas, para aprovecharse de ellas en su propio predio.

Por tanto no prospera el cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Jústicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia materia del recurso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín con fecha 23 de abril de 1957, en el juicio ordinario de doña Julia Restrepo de Bernal y otros contra Lucila Cuartas de Cuartas y condena en costas al recurrente.

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

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

FACULTAD DE ACLARAR LAS SENTENCIAS. — SU LIMITE Y OBJETO. — NO SE ACCEDE A ACLARAR EL FALLO ANTERIOR.

La facultad de aclaración, como ha sido resuelto en diversas ocasiones, está limitada a conceptos o frases que tomados conjuntamente con el cuerpo del fallo puedan interpretarse en sentidos diversos y tiene por objeto determinar cuál de esos sentidos es el que el juzgador ha tratado de establecer, pero en ninguna forma hay lugar a este recurso de aclaración con respecto a frases aisladas, lo que carecería de razón.

Y si lo que se pretende es asignarle un sentido determinado que no resulte del conjunto del fallo, la Corte carece de facultad para ello, por cuanto no le es permitido por el artículo 482 del Código Judicial, revocarlo ni reformarlo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

El apoderado de la parte recurrente en memoria de 8 de octubre de 1958 dice:

"Ref.: Sentencia de septiembre 23|58.

"De conformidad con el artículo 482 del Código Judicial atentamente me permito presentar a la H. Sala concepto o frases contenidas en la sentencia referida y que en opinión de la parte recurrente desfavorecida por el fallo ofrecen verdadero motivo de duda.

"Si la H. Corte Suprema de Justicia estima que sobre los conceptos o frases a que me he referido, que no ofrecen verdadero motivo de duda (sic) atentamente solicito que re-examine su decisión de no aclarar la sentencia en este punto solamente (sic): Si las autoridades competentes tienen facultad para reglamentar el uso y goce de las aguas materia del litigio, en los términos de los párrafos que contiene la sentencia a folios 10 que dice: "Pero esta misma disposición dispone que, no obstante esta domanialidad estatal, el uso y goce de las aguas pertenece a los habitantes que hayan cumplido determinados requisitos y dentro de las limitaciones de la misma ley: Es decir, si el párrafo transcrito que es parte de la sentencia tiene el significado literal que presenta".

En el centro del memorial se hace referencia a otras frases de la sentencia de singificado claro, naturalmente tomadas en conjunto con todo el cuerpo del fallo, que es y no puede ser sino uno.

Dice el artículo 482 citado: "La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

"Estas aclaraciones pueden hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación".

Se considera:

La facultad de aclaración, como ha sido resuelto en diversas ocasiones, está limitada a conceptos o frases que tomados conjuntamente con el cuerpo del fallo puedan interpretarse en sentidos diversos y tiene por objeto determinar cuál de esos sentidos es el que el juzgador ha tratado de establecer, pero en ninguna forma hay lugar a este recurso de aclaración con respecto a frases aisladas, lo que carecería de razón.

Y si como resulta del memorial anterior lo que se pretende es asignarle un sentido determinado que no resulte del conjunto del fallo, la Corte carece de facultad para ello, por cuanto no le es permitido por la misma disposición citada y copiada, revocarlo ni reformarlo.

La frase a que se hace especial referencia en el aparte copiado que contiene lo que se postula en el memorial de 8 de los corrientes, tiene sentido perfecto puesto que al referirse a los requisitos de la ley lo que procede es que se consulte ésta, para conocer en qué casos se adquiere el uso y goce de las aguas de uso público por los particulares entre los cuales no se encuentra desde luego el de enchufar en un acueducto, por medio del cual ha captado aguas un riberano, una tubería para derivar esas aguas cuyo uso y goce ha adquirido el riberano por la

captación, conduciéndolas por acueducto construído a sus expensas, lo que sí implica, de acuerdo con la ley, un modo de adquirir esos usos y goce.

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, RESUELVE: No es el caso de hacer ninguna de las aclaraciones solicitadas en el memorial de que se trata.

Notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL conjuntamente con el fallo.

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

FINALIDAD JURIDICA Y ECONOMICA DEL DESLINDE Y AMOJONAMIENTO. — EN ESTAS ACCIONES NO SE DISCUTE EL DOMINIO, NI SIQUIERA LA POSESION, PRECISAMENTE PORQUE EL PROCESO EXIGE QUE SE SURTA ENTRE LOS DUEÑOS DE LAS TIERRAS LIMITROFES.—LA FUERZA VINCULATORIA DE LA SENTENCIA ENTRE LAS PARTES Y QUIENES OCUPEN SU LUGAR JURIDICO TIENE EL SELLO INMODIFICABLE DE LA COSA JUZGADA MATERIAL. — EL DESCONOCIMIENTO DE LA RAYA DIVISORIA POR VIA DE HECHOS POSESORIOS CUMPLIDOS CON INVASION DE LO AJENO CONFIERE AL LESIONADO PLENO DERECHO PARA REIVINDICAR, A FIN DE QUE SE RESTABLEZCA Y RESPETE EL LIMITE PUESTO POR LA JUSTICIA A LOS COLINDANTES

El fin jurídico y económico de que por la justicia se haga la fijación sobre el terreno de mojones para señalar los límites de predios adyacentes no es otro que el de obtener el ordenado y tranquilo desarrollo de las relaciones de vecindad en beneficio directo e inmediato de los intereses particulares vinculados al crecimiento de la riqueza pública. No se discute el dominio, ni siquiera la posesión, precisamente porque el proceso exige que se surta entre los dueños de las tierras limítrofes: ninguno de los propietarios desconoce el derecho de dominio de los otros. La intervención jurisdiccional se justifica entonces por la necesidad de individualizar en el espacio la línea donde termina el señorío de cada uno y empieza el de los demás. Así, el deslinde y amojonamiento en cuanto determina e individualiza al objeto sobre que recae el derecho de dominio tiene aptitud para preparar no pocas veces el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Si, en consecuencia, la demanda de deslinde significa el reconocimiento necesario de dominio ajeno en el predio limítrofe, la determinación judicial ejecutoriada de los linderos sobre el terreno significa igual reconocimiento recíproco de dominio entre las partes que concurrieron a la demarcación, hasta el término de lo que cada una quedó autorizada a poseer. Por ello la fuerza vinculatoria de la sentencia entre las partes y quienes ocupen su lugar jurídico tiene el sello inmodificable de la cosa juzgada material. No cabe entre ellas alegato sobre dominio o posesión por fuera del ámbito señalado en el terreno para cada uno, si no es por causa posterior a la sentencia que puso fin al proceso individualizante de las propiedades. De otra suerte se iría en menoscabo de la paz jurídica y la tranquilidad social en que la cosa juzgada encuentra apoyo.

Si en concreto acontece que la línea limítrofe quedó señalada en definitiva por la justicia, quien puso a las partes en posesión de sus respectivos terrenos, y la ejecutoria fue en oportunidad al registro competente, no hay duda de que el desconocimiento de los linderos por vía de hechos posesorios cumplidos con invasión de lo ajeno confiere al lesionado pleno derecho para reivindicar a fin de que se restablezca y respete el límite puesto por la justicia a los colindantes.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

ANTECEDENTES

Una larga y variada titulación que arranca de de 1869 conduce a demostrar como la finca de Monteverde en el paraje de Tapartó, jurisdicción Municipal de Andes, vino a ser de José Manuel Alvarez y Francisco Mejía P., causantes respectivos de Mariano Alvarez Alvarez y Luis Felipe López Arroyave en las propiedades actuales que allí tienen.

Alvarez Alvarez recibió su fundo en la partición de que trata la escritura pública 285 otorgada en la Notaría de Andes el 31 de marzo de

1951. En tanto que López Arroyave adquirió lo suyo por herencia y por compra a Pascuala Pareja viuda de Arroyave según escritura de la misma Notaría extendida bajo el número 786 en 27 de septiembre de 1948.

Había sucedido que los antiguos condueños José Manuel Alvarez y Francisco Mejía aparentemente convinieran en la partición del inmueble por escritura de la susodicha Notaría, número 288 de 6 de julio de 1908. Pero el 10 de mayo de 1911 fue demandada por Alvarez la nulidad de ese acto en juicio fenecido por sentencia de 5 de marzo de 1917 en que el Tribunal Superior de Medellín declaró rescindida la partición y a la finca de Monteverde en estado de indivisión como si la escritura 288 no hubiera sido otorgada.

Más adelante el propio José Manuel Alvarez inició juicio divisorio contra Francisco Mejía P. el 31 de octubre de 1921. Después de algunas incidencias la partición vino a decretarse el 12 de julio de 1933, y de común acuerdo entre las partes quedó nombrado para efectuarla el agrimensor Fernando Pérez, quien realizó el trabajo que obtuvo aprobación judicial en sentencia del 7 de septiembre de 1934.

Félix Arroyave, causahabiente por compra a Francisco Mejía P. según escritura 568 del 1º de julio de 1926, Notaría de Andes, promovió con fecha 16 de noviembre de 1936 juicio de deslinde y amojonamiento contra José Manuel Alvarez, y de la sentencia que le puso término el 6 de abril de 1937 se copia:

"Primeramente el Secretario dio lectura a la demanda, a la contestación dada por el demandado y a todos los títulos presentados por ambas partes, a fin de ilustrar a los peritos, y fueron interrogados por el suscrito Juez algunos testigos presentados por los litigantes. Acto continuo se procedió al reconocimiento de los predios, por sus correspondientes linderos, y luégo de un detenido estudio de los puntos materia del dictamen los peritos expusieron: 'Hemos tenido a la vista la escritura número 568 de 1º de junio de 1926, otorgada ante el Notario de este Circuito, por medio de la cual vendió Francisco Mejía P. a Félix Arroyave los derechos de dominio de mitad en la finca denominada Monteverde, paraje Tapartó de la jurisdicción de este Distrito; el certificado de registro sobre vigencia actual del registro de la referida escritura; las copias que obran en el juicio referente a las sentencias de primera y segunda instancia, que decretaron la división de bienes comunes entre J. Manuel Alvarez y Francisco Mejía Palacio; lo mismo que el trabajo de partición verificado en dicho juicio por el señor Fernando Pérez, junto con una copia, autenticada por el Notario, del mapa o croquis con que el señor Pérez explicó su dictamen. Y visto lo anterior conceptuamos que la línea divisoria que separa los predios de los señores J. Manuel Alvarez y Félix Arroyave, es la que partiendo del amagamiento Monteverde, en el punto en que confluyen dicho amagamiento y otro, que no tiene nombre particular, sigue en línea recta hasta encontrar la cuchilla El Cardal, por los mismos mojones existentes y a los cuales refiere la línea divisoria trazada por el señor Fernando Pérez en el referido juicio de división, de conformidad con el mencionado trabajo de partición verificado por el señor Pérez. Estas líneas están distinguidas con las letras B Y D en el croquis que hemos tenido a la vista, tomado del juicio referido'. El suscrito Juez no tiene observación alguna qué hacer al anterior dictamen, y por tanto administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley RESUELVE: Señálase como línea divisoria entre los predios de los señores J. Manuel Alvarez y Félix Arroyave la misma a que se refiere el precedente dictamen pericial. Se hace constar que esa línea está demarcada por mojones conocidos. En seguida el Juzgado dejó a las partes en posesión de sus respectivos terrenos".

La paz jurídica así alcanzada no fue sin embargo perdurable.

EL JUICIO

En su demanda inicial Mariano Alvarez Alvarez reivindica de Luis Felipe López Arroyave dos porciones de terreno comprendidas dentro de la heredad que al actor vino a pertenecerle después de ser partida materialmente la finca de Monteverde por el Agrimensor Fernando Pérez.

No poco tesón se ha desplegado en la controversia. Hasta el punto de que cuando a través de inspección ocular los peritos rindieron su dictamen acerca de que "con toda seguridad, los dos lotes de este litigio se encuentran enmarcados dentro del fundo del señor Mariano Alvarez demandante y de los linderos del predio señalados en el hecho primero de la demanda", fueron tachados por error grave y por dolo, con el resultado de que tanto el Juez como el Tribunal hallaron el error grave ausente del dictamen y la acusación de dolo tan temeraria que le impusieron multa al objetante.

El Juez de la causa, Segundo Civil del Circuito

de Andes, saca de la respectiva diligencia de inspección ocular efectuada en 19 de enero y 10 de marzo de 1954, "que la línea divisoria de los fundos que fueron de Manuel Alvarez, hoy de Mariano su hijo y de Félix Arroyave, hoy de Luis Felipe López Arroyave fue la trazada por el doctor Fernando Pérez y que los dos lotes materia de la reivindicación se encuentran dentro de lo que le correspondió en la demarcación a J. Manuel Alvarez". Así lo expresa en el fallo proferido para cerrar la primera instancia con fecha 25 de julio de 1955, donde después de cuidadoso estudio de las pruebas resolvió que las porciones de terreno en litigio son de dominio pleno del demandante Mariano Alvarez Alvarez, condena al demandado Luis Felipe López Arroyave a la restitución con frutos a partir de la contestación de la demanda y al pago de las costas.

En alzada recurrió Luis Felipe López, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín por sentencia que lleva fecha 7 de febrero de 1956 confirmó la de primer grado .

EL RECURSO

La demanda de casación se apoya en la causal 1ª para descomponerla en cuatro cargos que fundamentalmente constituyen una sola acusación:

Se alega que demandada en 10 de mayo de 1911 la nulidad de la partición de 1908, el libelo, de cuyo registro no hay testimonio, apenas se le notificó a Francisco Mejía el 9 de septiembre de 1913, cuando ya desde el 17 de agosto de 1911 por escritura 337 registrada al día siguiente el mismo Mejía había permutado con Eleázar Arroyave una parte de lo que había recibido por la escritura de 1908, objeto de la impugnación Desprende de allí que como según el artículo 474 del Código Judicial no hay identidad jurídica de las personas litigantes sino solamente cuando hay sucesión a título universal, o singular por legado, o enajenación de la parte en el pleito con posterioridad al registro de la demanda si se trata de inmuebles, carece de valor frente a Arroyave y sus causahabientes la sentencia rescisoria de la partición efectuada en 1098, tanto más cuanto que ese fallo aparece registrado en el libro 2º y no en el libro 1º, lo que equivale a no haber sido inscrito en absoluto. Por manera que si ninguno de los títulos sujetos a registro hace fé en juicio sin la competente inscripción, ni surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha del registro (2673 y 2674 Código Civil) la referida sentencia de nulidad es inoponible a Arroyave, quien continúa con titulación iniciada en 1911 con base en el acto de partición de 1908, rescindido frente a Mejía, pero válido para Arroyave y sus causahabientes, esto es frente al demandado López que de Arroyave deriva su título.

El recurrente razona en el sentido de que en 1921 no podía pedirse la partición de una finca dividida desde 1908, puesto que la sentencia rescisoria sin competente registro es como si no existiera; que la partición judicial entre Alvarez y Mejía que concluyó en la **línea Pérez**, es **res inter alios** para Arroyave y sus sucesores que poseen por la **línea Arcila**, con título prevaleciente cuando se remonta a 1908, mientras que el de Alvarez, en conformidad con el fallo acusado, se funda en la partición pedida en 1921 y dotada de firmeza el 12 de julio de 1933. Agrega que la inscripción en el registro a favor de Arroyave "no fue nunca cancelada de otra manera distinta a la inscripción que transfirió este bien a la cónyuge sobreviviente señora Pareja de Arroyave y a la que lo transfirió de esta señora al demandado".

Cuanto al juicio de deslinde promovido por Arroyave, el recurrente le niega valor frente al dominio y posesión que para el demandado invoca con el apoyo deducido del examen de varios testimonios y de los títulos aportados al debate; y porque además considera "apenas lógica y elemental" la doctrina "de que el deslinde no tiene otra finalidad que la de determinar el contenido espacial de dos predios limítrofes, la de trazar y amojonar líneas demarcatorias. La posesión de una de las partes más allá de tales líneas es asunto distinto y extraño al juicio de deslinde. Puede dar lugar —agrega el recurrente— a acciones distintas, posesorias o de reivindicación. El juicio de deslinde no implica, no podría implicar cosa juzgada en relación con la posesión sobre áreas situadas más allá de la línea divisoria. Es más, en el juicio de deslinde no pueden discutirse cuestiones sobre posesión o dominio y aquella es apenas un indicio que puede tenerse en cuenta para la determinación de un lindero, en concurrencia con las demás pruebas aportadas".

Afirma que el sentenciador menospreció los medios probatorios de la posesión de Arroyave y los analiza para deducir que duró sin interrupción desde 1911 hasta la muerte del poseedor, de donde surge el derecho de Luis Felipe López Arroyave. Censura el fallo por no haber declarado la excepción de prescripción, ordinaria o extraordinaria. Y termina la demanda en el sentido de sostener que si según varios testimonios, que

enumera y comenta, las dos porciones en disputa se hallan posedas en parte por cada uno de los dos litigantes, no podía prosperar la reinvindicación, por faltarle el requisito esencial de ser dirigida contra el poseedor, "ya que no podría serle restituída (al actor) una cosa que está en su poder, al menos en parte".

Es así como la impugnación atribuye al sentenciador numerosos errores de hecho y de derecho conducentes al quebranto de no pocas normas sustantivas y en último término a la aplicación indebida de las que gobiernan el juicio reivindicatorio.

SE CONSIDERA:

El fin jurídico y económico de que por la justicia se haga la fijación sobre el terreno de mojones para señalar los límites de predios adyacentes no es otro que el de obtener el ordenado y tranquilo desarrollo de las relaciones de vecindad en beneficio directo e inmediato de los intereses particulares vinculados al crecimiento de la riqueza pública. No se discute el dominio, ni siquiera la posesión precisamente porque el proceso exige que se surta entre los dueños de las tierras limítrofes: ninguno de los propietarios desconoce el derecho de dominio de los otros. La intervención jurisdiccional se justifica entonces por la necesidad de individualizar en el espacio la línea donde termina el señorío de cada uno y empieza el de los demás. Así, el deslinde y amojonamiento en cuanto determina e individualiza el objeto sobre que recae el derecho de dominio tiene aptitud para preparar no pocas veces el ejercicio de la ación reivindicatoria.

Si, en consecuencia, la demanda de deslinde significa el reconocimiento necesario de dominio ajeno en el predio limítrofe, la determinación judicial ejecutoriada de los linderos sobre el terreno significa igual reconocimiento recíproco de dominio entre las partes que concurrieron a la demarcación, hasta el término de lo que cada una quedó autorizada a poseer. Por ello la fuerza vinculatoria de la sentencia entre las partes y quienes ocupen su lugar jurídico tiene el sello inmodificable de la cosa juzgada material. No cabe entre ellas alegato sobre dominio o posesión por fuera del ámbito señalado en el terreno para cada uno, si no es por causa posterior a la sentencia que puso fin al proceso individualizante de las propiedades. De otra suerte se iría en menoscabo de la paz jurídica y la tranquilidad social en que la cosa juzgada encuentra apoyo.

Si en concreto acontece que la línea limítrofe quedó señalada en definitiva por la justicia, quien puso a las partes en posesión de sus respectivos terrenos, y la ejecutoria fue en oportunidad al registro competente, no hay duda de que el desconocimiento de los linderos por vía de hechos posesorios cumplidos con invasión de lo ajeno confiere al lesionado pleno derecho para reivindicar a fin de que se restablezca y respete el límite puesto por la justicia a los colindantes.

Félix Arroyave, con su invocada titularidad proveniente de Francisco Mejía por escritura 568 de 1º de junio de 1926, Notaría de Andes fundó acción de deslinde en el dominio sobre la parte de Monteverde adjudicada a su autor en la división material hecha por el agrimensor Fernando Pérez, y con base citó a juicio a José Manuel Alvarez con el resultado de obtener la demarcación precisamente por la misma línea que Pérez trazara para realizar el reparto de Monteverde. El Juez dejó a las partes en posesión de sus respectivos terrenos, la sentencia hizo tránsito a cosa juzgada, con lo cual las titularidades recíproacs de Alvarez y Arroyave quedaron circunscritas en el tiempo y en el espacio.

Esa situación jurídica estable se encuentra al abrigo de reparos o interpretaciones atinentes a la inoponibilidad para Arroyave de sentencia rescisoria de la partición de 1908, puesto que su aquiescencia solemne a la efectuada en 1934 es ineludible ante el deslinde y amojonamiento de 1937, y deja sin apoyo toda la argumentación en contrario. Del propio modo que pone al margen el fenómeno jurídico de la usucapión, desde luego que para Arroyave y sus causahabientes, esto es para el demandado López Arroyave, no es posible titularidad legítima al traspasar la línea judicialmente amojonada. Y si conforme a su propia declaración así ha poseído desde unos seis años antes de conocer la demanda, ello configura ciertamente el extremo pasivo de la reivindicación para legitimar al actor en la causa, y demuestra a la vez cómo por falta de tiempo no ha podido consumarse la prescripción ordinaria, menos aun la extraordinaria.

Ahora bien: si se invoca prescripción sobre el objeto reivindicado no sería razonable admitir el cargo de no estar probada la posesión de López Arroyave como elemento estructural del fallo restitutorio.

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 de fecha 7 de febrero de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo del recurrente.

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

Ignacio Escallón—José Hernández Arbeláez — Julio Pardo Dávila—Arturo C. Posada— Arturo Valencia Zea— Enrique J. González, Conjuez.— Jorge Soto Soto, Secretario.

RESOLUCION DE UN CONTRATO DE RENTA VITALICIA. — ERROR DE HECHO Y DE DERECHO. — CUANDO OCURRE EL PRIMERO. — INVOCAR UN ERROR DE DERECHO CON BASE EN EL ARTICULO 1759 DEL C. C., ES UN CONTRASENTIDO. — NO PUEDE DECIRSE QUE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO CELEBRADO POR EL QUE SE PRETENDE POSEEDOR NO SE PUEDA TENER COMO UN ACTO DE POSESION. — EL TERMINO RESILIACION NO ES SINONIMO DE RESCISION. — SIGNIFICADO DE ESTOS. — EN EL CARGO DE VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANTIVA, EN CUALQUIERA DE LOS TRES SUPUESTOS EN QUE ELLA PUEDE OCURRIR, A LA CORTE SOLAMENTE LE COMPETE CONSIDERAR UNA CUESTION PURAMENTE LEGAL, PUES LOS HECHOS SE TIENEN COMO LOS HALLO DEMOSTRADOS EL TRIBUNAL

1. — Sabido es que el error de hecho no versa sobre el extremo que se trata de probar sino sobre la existencia de los medios con los cuales se pretende demostrarlo, por lo cual, como ha sido jurisprudencia reiterada, el error de hecho ocurre cuando el fallador da por probado un hecho como consecuencia de haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba que demuestra en forma evidente que tal hecho no existió, o si lo ha tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en consideración un medio probatorio que demuestra evidentemente que tal hecho sí existió.

2.— Conforme a los términos del artículo 520 del Código Judicial el recurrente que invoca, como causal de casación, error de derecho en la apreciación de una prueba debe demostrarlo, lo cual no es posible si no cita las disposiciones sobre valor probatorio contenidas en el Título sobre Pruebas del Código Judicial y en el De la Prueba de las Obligaciones del Código Civil que hayan sido infringidas por el fallador de instancia.

3.—El artículo 1.759 del Código Civil es tan claro en cuanto al pleno valor probatorio que tiene el instrumento público entre los otorgantes respecto de las obligaciones y descargos contenidos en él, que invocar un error de derecho con base en este mismo y único artículo, es un contrasentido. Con mayor razón, si no existe una norma que prohiba probar el cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, nacida de un contrato traslaticio de dominio, por declaración de las partes, hecha en la misma escritura o sin que se haya demostrado debidamente contra la verdad de tal declaración.

4.—No puede decirse que un contrato de arrendamiento celebrado por el que se pretende poseedor no se pueda tener como un acto de posesión, porque tal concepto iría contra normas tan terminantes como la del artículo 762 del Código Civil que al definir la posesión como la tenencia de cosa determinada, considera que existe la posesión bien sea que el que se da por dueño tenga la cosa por sí, o por otro que la tenga en lugar y a nombre de él; y la del artículo 786 ibídem que dice: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio."

5.—El artículo 1.977 del código civil francés, que estatuye la resiliación para el contrato de renta vitalicia, cuando el debirrentista no da las seguridades estipuladas para el pago del precio, puede ser antecedente del artículo 2.296 del código colombiano conforme al cual "Si el deudor no presta las seguridades estipuladas, podrá el acreedor pedir que se anule el contrato", pero no del 2.294, porque en este se contempla un supuesto completamente diferente, como es el pacto de romper el contrato por no pagar el deudor la renta.

El término resiliación no es sinónimo de rescisión, pues la primera, a tenor del inciso 1º del artículo 1.625, ocurre, "cuando dos o más personas que han celebrado un contrato, lo dejan sin efecto de común acuer-

do, en virtud del principio de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen" caso en el cual no cabe hablar de resolución. Y la rescisión se refiere al contrato que adolece de nulidad relativa, esto es, cuando los requisitos que faltan al acto, los exige la ley en consideración a las personas que lo celebren. La aplicación de estos términos con el significado expresado y con las diferencias existentes tanto entre sí como con el vocablo resolución, ha sido consagradas por la Corte en fallo de 9 de mayo de 1938 (Tomo 46, página 484).

La palabra rescisión de que habla el artículo 2.294 del Código Civil por el no pago de la renta, cuando las partes lo han pactado en el contrato, por no compaginarse ni en su causa ni en sus efectos con la nulidad relativa, tanto por los autores como por la jurisprudencia ha sido aceptado que está mal empleada, porque se trata de la resolución del contrato por el no cumplimiento de la prestación a cargo del deudor de la renta, no de vicios del mismo.

Así don Fernando Vélez anota que "la palabra rescisión del artículo no es propia, pues no se trata del caso en que el contrato adolezca de algún vicio, sino del en que no se le cumpla que a lo que da derecho es a pedir, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios" (Tomo VIII, página 326).

Alessandri Rodríguez dice que el acreedor puede pedir la resolución del contrato por falta de pago de la pensión cuando se ha estipulado, refiriéndose al artículo 2.271, del Código de Chile, del cual es copia el 2.294 del colombiano.

La Corte en sentencias de casación de 9 de mayo de 1933, 10 de marzo de 1942 y 9 de marzo de 1943 tiene aceptado que cuando expresamente se estipula que si no se cumple la obligación de pagar la renta, el contrato se rescinde, conforme a lo preceptuado en el artículo 2.294, la acción consagrada es la de resolución "dadas las normas que regulan la rescisión y la resolución" (G. J. número 1.894, página 333, número 1.983, página 108, número 1.993, pág. 46).

6.— Doctrina constante de la Corte y de los tratadistas ha sido que en el cargo de violación directa de la ley sustantiva, en cualquiera de los tres supuesto en que ella puede ocurrir, según los términos del artículo 520 ordinal 1º del C. J. a la Corte solamente le compete considerar una cuestión puramente legal, pues los hechos se tienen como los halló demostrados el Tribunal. Se trata únicamente de decidir si ante esos hechos, hubo la violación directa de las normas sustantivas citadas por el recurrente. No hay nada que toque con la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal.

Coste Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, septiembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y ocho.

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

Por instrumento público número 1.393 de 15 de mayo de 1942, Notaría Primera de Bogotá, José González y María Pulido de Pulido, celebraron un contrato de renta vitalicia, mediante el cual el primero transfirió a la segunda el dominio de tres inmuebles allí determinados , y ésta se obligó para con aquél a darle mensualmente una pensión periódica de treinta pesos. En la cláusula primera se hizo constar que la renta del primer trimestre, que termina el 31 de julio, queda cubierto a González, quien lo declara recibido. Y en la segunda ,se dice que González le hace la entrega de los inmuebles, precio de la venta, desde el mismo día de otorgarse la escritura.

Con estos antecednte, José González, por medio de apoderado, ante el Juzgado Quinto Civil de este Circuito, demandó a María Pulido de Pulido, para que mediante los trámites de un juicio ordinario, se hagan las siguientes declaraciones:

1ª. Se declare resuelto por incumplimiento, el contrato de renta vitalicia que consta en la escritura pública número 1.393 de 15 de mayo de 1942, de la Notaría 1ª de Bogotá;

2ª. Como consecuencia de la resolución, se condene a la demandada María Pulido de Pulido a restituir al actor, los inmuebles que recibió como precio de la renta vitalicia, dentro de los dos días siguientes a la ejecutoria del fallo, en las mismas condiciones que le fueron entregados;

3ª. Se condene a la demandada a pagar a José González los perjuicios que le ha causado con el incumplimiento;

4ª. Para el caso que no se decrete la resolución del contrato de renta vitalicia, subsidiariamente pide se condene a la demandada a pagarle al de-

mandante, las pensiones devengadas desde el 31 de julio de 1943, "a razón de la cantidad numérica mensual que resulte al liquidar la equivalencia de los treinta pesos estipulados en mayo de 1943 como renta mensual en la moneda ahora circulante"; y por último, pide se le condene en costas.

María Pulido de Pulido, por medio de apoderado, contrademandó a José González, a fin de que se hagan las siguientes declaraciones:

Primera.— Que se obligue a José González a pagarle el valor de los frutos naturales y civiles de las tres fincas que figuran en la escritura 1.393, durante el tiempo comprendido entre el mes de mayo de 1942 y el mes de junio de 1949, lapso durante el cual el actor "recogió para sí tales frutos", cuyo importe total se estima en $ 14.000.00.

Segunda.—Que se obligue a González a pagarle a Pulido de Pulido, el valor de las herramientas, enseres de agricultura y demás muebles que fueron materia del contrato de renta vitalicia que "éste retiró abusivamente", los que estima en $ 2.000.00.

Tercera.—Que se obligue al mismo a pagarle a la contrademandante, "el valor de siete tareas de mejoras de platanera y cafetal, que fueron destruídos" por éste, cuyo valor estima en $ 500.

Cuarta.— Que se obligue al citado González a pagar a la Pulido, el valor de los perjuicios ocasionados con el incumplimiento del contrato, que estima en $ 10.000.00; y, por último, pide la condena en costas.

Como hechos, alegó:

Desde el 15 de mayo de 1942 en que se otorgó la escritura 1.393, José González vino percibiendo los frutos de las tres fincas hasta junio de 1949, término durante el cual también "destruyó siete tareas de mejoras de platanera y cafetal", causando con ello, daño y perjuicios materiales a la Pulido.

Agotada la tramitación de la primera instancia, el Juzgado en sentencia del 27 de enero de 1951, resolvió:

1º. Declarar resuelto el contrato de renta vitalicia celebrado entre José González y María Pulido de Pulido, de que dá cuenta la escritura número 1.393 de 15 de mayo de 1942.

2º. Condenar a la demandada a restituír al demandante, los inmuebles que recibió de éste como precio de la renta vitalicia, junto con sus frutos, hecha deducción de los gastos invertidos en su producción, a partir del 14 de junio de 1949.

3º. Previamente a la restitución de las fincas, el actor debe entregar a la demandada, la suma de $ 90.00 y sus intereses legales, desde la fecha de la celebración del contrato resuelto.

4º. Condenar a la Pulido a pagar al demandante los perjuicios causados con el incumplimiento.

Para la regulación de los perjuicios y frutos, se dispuso seguir las reglas del artículo 553 del Código Judicial, y condenó en costas a la parte demandada.

5º. Negó todas las peticiones de la demanda de reconvención.

Concedido el recurso de alzada a la Pulido, el Tribunal de Bogotá en sentencia del 5 de mayo de 1955, confirmó en todas sus partes la del inferior, con costas a cargo de la apelante.

Contra esta providencia interpuso la demandada el recurso extraordinario de casación que, tramitado debidamente, se entra a decidir:

Apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial el recurrente le formula nueve cargo que desarrolla en capítulos separados y en el orden en que entra la Corte a considerarlos:

PRIMER CARGO

El primer cargo lo hace consistir en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba sobre entrega material de los inmuebles, precio de la renta vitalicia, y consiguiente perfeccionamiento del contrato.

El error invocado se cometió:

a) En cuanto fueron desestimadas las pruebas tomadas del juicio de policía sobre amparo de posesión seguido por José González contra María Pulido de Pulido.

En la copia traída al juicio (cuaderno 4º, folio 29 y siguientes) obra la sentencia proferida el 12 de mayo de 1949 por la Sección de Justicia del Departamento de Cundinamarca, en la cual se transcribe el aparte del fallo de primera instancia, que decretó a favor de González el amparo de posesión solicitado por él en relación con las fincas, objeto de la litis, y concretamente sobre las vías de hecho ejecutadas por Aníbal Pulido y su esposa María Pulido de Pulido.

Transcribe de la misma providencia el punto de la demanda, en el cual José González alega como hecho del amparo pedido el de que hace más de diez años, con ánimo de señor y dueño usa y goza del inmueble demarcado en la demanda, lo explota económicamente con cultivos de café, plátano, yuca, árboles frutales, y habita en la casa existente en él.

Alude el recurrente a que, si bien la sentencia de segunda instancia fue favorable a Pulido de Pulido, se debió a que indebidamente se tuvo en cuenta la escritura sobre renta vitalicia, y unas declaraciones que no tienen valor en el presente ordinario por no haber sido ratificadas en él. Pero el hecho escueto y claro, agrega, es que González en la demanda dijo que era el poseedor de las fincas desde hacía diez años.

El Inspector de Policía de La Esperanza en auto de 14 de junio de 1949 decretó el cumplimiento del fallo de segunda instancia que ordenó la entrega de las fincas a María Pulido de Pulido. Y en diligencia de la misma fecha se le conminó para que obedezca lo dispuesto por la Sección de Justicia del Departamento.

Transcribe también un certificado del mismo Inspector, según el cual el 17 de junio de 1949, se trasladó él a la finca El Recreo donde se encontraba José González, quien informado del objeto de la diligencia, manifestó que la demandada podía hacerse cargo de sus fincas, "que lo dejara vivir en las dos piezas que tenía mientras conseguía para dónde pasarse". A su turno, Pulido de Pulido manifestó que González podía quedarse siempre que le firmara un contrato de arriendo y le pagara siquiera un peso ($ 1.00) de cánon mensual. De aquí concluye el recurrente que el precio de la renta vitalicia, consistente en las fincas alinderadas en la escritura respectiva, no fue entregado materialmente a Pulido de Pulido en el lapso comprendido entre el 15 de mayo de 1942, fecha del otorgamiento de la escritura de constitución de la renta vitalicia, y el 14 o el 17 de junio de 1949, fechas de la conminación y de la ejecución de la sentencia de policía.

Observa además que, para el día en que se presentó la demanda sobre resolución del contrato de renta vitalicia, 18 de agosto de 1949, la demandada Pulido de Pulido, como lo reza la escritura 1.393 de 15 de mayo de 1942, ya le había pagado el primer trimestre de la renta a González. A esto se debe el aparte de la sentencia de segunda instancia en que dispone que previamente a la restitución de las fincas, González debe reembolsar a Pulido de Pulido la cantidad de $ 90.00 y sus intereses legales desde la fecha de la celebración del contrato.

b) En este acápite se refiere la demanda de casación a que "en posiciones absueltas dentro del juicio, González confesó haber retenido las fincas hasta 1949". Y transcribe la respuesta a la segunda posición, en la cual se le pregunta si es o no cierto que el absolvente estuvo en posesión de las fincas relacionadas en la demanda desde 1943 hasta fines de 1949, o sea, hasta cuando se ejecutó la sentencia de segunda instancia en el juicio sobre amparo de posesión, seguido en la Inspección de Policía de La Esperanza con Pulido de Pulido, y por haberlo perdido. La contestación fue: "Es verdad que desde 1943 hasta fines de 1939 (sic) yo estuve en las fincas relacionadas en la demada".

Y se refiere a la explicación que González le dá a su respuesta en el sentido de que allí estuvo como cuidandero a exigencias de Pulido de Pulido, cuando, "al irse a retirar", le cobró su dinero, y ella le dijo que se quedara "cuidándole las fincas, que ella me reconocería la renta, más sueldo con tal de que le cuidara las fincas".

c) En este punto se ocupa de las declaraciones de Abelardo Rubiano G., Zenón Cruz, Roque Cárdenas y Florentino Silva (folios 5, 12, 13 vuelto y 15, cuaderno número 6), en cuanto dicen: el primero, que González estaba en la casa y de allí lo hizo salir el Inspector con guardia; el segundo, que fue la autoridad quien lo sacó, no la demandada; el tercero, que supo que lo había sacado el Inspector de Policía de La Esperanza; y el cuarto, que no le consta pero que lo oyó decir.

Observa el recurrente que estas declaraciones analizadas a la luz de las dos pruebas anteriores, demuestran que González residió en las fincas y tuvo la posesión hasta 1949.

d) En esta parte, considera que la conducta del demandante en la segunda instancia revela de manera exacta que María Pulido de Pulido no recibió los inmuebles sino desde junio de 1949, por cuanto no pidió el avalúo de los frutos sino desde el 14 de junio de 1949, ya que en el tiempo anterior González tuvo el goce de las fincas.

e) Considera que la conducta de la parte demandada en el libelo de reconvención en que pide se condene a González al pago de los frutos civiles y naturales producidos por las fincas desde mayo de 1942 hasta junio de 1949, en razón de haberlos percibido durante ese tiempo, es una demostración de que González mantuvo la posesión de dichos bienes hasta el 14 de junio de 1949.

Concluye que la desestimación de cada una de tales pruebas configura el cargo, y condujo a violar los artículos 2.292, 1.546, 2.294, 1.880 y 1.882 del Código Civil.

El representante de la parte opositora considera que el cargo es inepto, en razón de que el recurrente pretendió atacar la sentencia por error

de hecho, pero lo hizo en forma general, tomando globalmente múltiples factores probatorios, de índoles y alcance distintos, cuya apreciación se regula en la ley por modo diferente". Debe además de señalar específicamente la prueba generadora del error de hecho, demostrar que es evidente, lo cual, según lo tiene repetido la doctrina y jurisprudencia, "sólo resulta de que se haya dejado de apreciar una prueba que obra en el expediente, o que el sentenciador haya apreciado una prueba que no existe en el expediente, o afirme un hecho evidente contrario al que declara la prueba".

Se refiere luégo al conjunto probatorio que tuvo en cuenta el Tribunal sobre la entrega de los bienes inmuebles, precio de la renta vitalicia desde el otorgamiento de la escritura correspondiente, para concluír que la sentencia es perfectamente legal.

La Corte considera:

El Tribunal en consonancia con las pretensiones de las partes, estima que el contrato estipulado en la escritura 1.393 es de renta vitalicia, por el cual José González transfirió a María Pulido de Pulido los predios allí especificados, y ésta, a su vez, se comprometió a darle a González una pensión o renta periódica de treinta pesos ($ 30.00) mensuales durante la vida de él, por trimestres anticipados, a partir del día primero de dicho mes de mayo.

Acerca de si el demandante principal, hizo entrega del predio a Pulido de Pulido, o sea, de los bienes en que se hizo consistir aquel, dice la sentencia de segunda instancia: "Como elementos demostrativos de la entrega del bien se tienen los siguientes:

"La escritura número 1.393 de 15 de mayo de 1942, que debidamente registrada obra en autos.

"Las declaraciones de Dolores Valero y Sebastián Osorio, tomadas en la primera instancia que obran a los folios 12 y ss. del C. Nº. 3 y 17 v. del mismo cuaderno.

"Estos declarantes, palabras más palabras menos están acordes en manifestar que en el año de 1942 cuando se encontraba enfermo José González, la señora María Pulido de Pulido so pretexto de protegerlo, lo hizo conducir a Bogotá; hizo saber a los arrendatarios de las tierras de González y a los vecinos que éste le había vendido las fincas; que por haberlo visto les consta que María Pulido de Pulido fue a las fincas mencionadas en asocio de González las pasearon y éste les hizo entrega de ellas, "manifestando a los arrendatarios que en adelante la señora de Pulido era la que mandaba en todo"; que luégo de haber regresado de Bogotá González volvió a las fincas, pero por cuenta de la señora de Pulido, quien frecuentemente iba a las fincas; que González con el consentimiento de María Pulido de Pulido, pues así lo afirmaba, siguió trabajando en las fincas como "un esclavo" hasta cuando se vio muy enfermo y anciano" por lo cual la señora de Pulido en asocio de su esposo y de un hijo, le negaron hasta la posada y lo hicieron salir de las fincas ya relacionadas, tratándole muy mal de palabras, lo dejaron sin recursos de ninguna naturaleza y en la pura miseria. Hoy vive el señor de la caridad pública, pues por lo enfermo y anciano no puede trabajar".

'A folio 20 vuelto del cuaderno número 5 obra copia del contrato de arrendamiento celebrado entre María Pulido de Pulido y Natalia Martínez, firmado el 31 de mayo de 1942 y por el cual la primera dá en arrendamiento a la segunda una parcela que se encuentra ubicada en la vereda de "El Recreo".

"Al folio 18 vuelto del mismo cuaderno número 5 obra un documento de préstamo suscrito entre María Pulido de Pulido y la Caja de Crédito Agrario de La Mesa, extendido en ocho de agosto de 1949 por el cual ésta se declara deudora de la misma suma de seiscientos pesos ($ 600.00), para invertirlos en trabajos en la finca de "El Recreo".

"Considera la Sala que se encuentra debidamente acreditada la entrega del bien que se pactó como precio de la renta".

Luégo, refiriéndose a las pruebas traídas por el demandante principal en la segunda instancia dice:

"Igualmente el contrademandado González, en la segunda instancia trajo un número plural de testimonios como son: Abelardo Rubiano, Víctor Julio Gómez, Jenaro Torres, Víctor Contreras, Zenón Cruz, Roque Cadena y otros, los cuales están acordes en afirmar que María Pulido de Pulido venía con frecuencia a la finca de González desde mediados del año de 1942, intervenía en ellas, cobraba arriendos, hacía públicas manifestaciones de que ella era la dueña, para afirmar a continuación que llegó a sacar a González de las fincas, quien murió en completa miseria.

"Como consecuencia perentoria de todo lo anterior debe tenerse que la demanda de reconvención no fue debidamente ameritada por parte de la contrademandante. Por el contrario, González demostró mediante su confesión y el número plural de testimonios, que permaneció en las fincas

por solicitud de la Pulido y fue sacado de ellas por petición de la misma".

Si bien el cargo que se estudia no se formula, como lo dice el representante de la parte opositora, con la técnica propia del recurso, ya que se enuncia como un error de hecho consistente en la desestimación de las pruebas trasladadas del juicio de policía y en la apreciación errónea de otras, sin que respecto de éstas diga en qué consiste el error, es lo cierto que en la enunciación de cada uno de los medios de prueba sobre que versa el cargo, radica el error en que el fallador de segunda instancia dejó de apreciarlos a pesar de obrar en el expediente, o sea, error de hecho por falta de apreciación de determinadas pruebas.

Cuanto a la no apreciación del reconocimiento o confesión que José González hace en su escrito de demanda sobre amparo de posesión ante el Inspector de Policía de La Esperanza, resulta que el Tribunal sí la tuvo en cuenta, pues tal reconocimiento o confesión no obra aislada o independientemente sino en el cuerpo de la sentencia proferida por la Sección de Justicia de la Gobernación de Cundinamarca. De ella, aportada por la demandada para desvirtuar las afirmaciones de González sobre posesión de las fincas, dijo el fallador de segundo grado: "Y si como controversia de ellas pudiera tomarse la sentencia proferida por la Sección de Justicia de la Gobernación de Cundinamarca, habría que concluír en contrario, ya que la demanda intentada por González prosperó en favor de la Pulido por haber demostrado posesión del inmueble y sólo se traduce de dicha demanda en relación con González el deseo de recuperar la posesión, uso y goce de sus bienes, en forma errada, pero tratando de encontrar solución en la situación que se había creado".

Para la Corte, aportada la copia de la sentencia aludida, el fallador debía tomarla en su integridad y con los motivos y resultandos fundamentales de ella. Mal habría hecho en acoger los hechos de la demanda, como el alegado por el recurrente, en que González alega una posesión de diez años, si la demandada con pruebas fehacientes que analiza la misma providencia, como son los testimonios de Natalia Martínez, Pedro Enrique Sánchez y Ramona Guerrero, demostró que los tres inmuebles le fueron entregados a Pulido de Pulido en mayo de mil novecientos cuarenta y dos, y que desde entonces los viene poseyendo, pues siembra en ellos, los cultiva y los explota junto con la casa de habitación, herramientas y demás enseres. Y si la resolución del fallo fue la revocatoria del proferido en primer grado, y la declaración de que no había lugar a decretar el amparo impetrado por González, como consecuencia de haber demostrado la demandada la posesión de los inmuebles desde mayo de 1942, cuando se otorgó la escritura de renta vitalicia, no podía tomarse como confesión que González, en su libelo sobre amparo de policía, dijera que poseía los inmuebles desde hacía diez años, cuando el fallador le había negado esa posesión y el consiguiente amparo.

El Tribunal, por tanto, no sólo no desestimó la prueba trasladada del juicio de policía, que lo fue la sentencia de segunda instancia, sino que le dio el valor que lógicamente le correspondía, cual fue que el poseedor según ella no era González sino la demandada Pulido de Pulido.

Respecto de la confesión de González en las posiciones absueltas dentro de este juicio, contenida en la respuesta en que dice ser cierto que desde 1943 hasta fines de 1948 estuvo en las fincas relacionadas en la demanda pero en calidad de cuidandero, por habérselo exigido así Pulido de Pulido mientras le pagaba la renta pendiente y haberle prometido además que le reconocía un sueldo, no cabe el cargo de desestimación de ella, porque en uno de los apartes transcritos de la sentencia, el Tribunal apreció que la permanencia de González y "Todo lo ejecutado por él en los terrenos lo hizo en representación de María Pulido y para acrecentar las mismas fincas".

Es decir, el fallador aceptó la confesión en su integridad, con las explicaciones, modificaciones y aclaraciones concernientes al hecho de su permanencia en los inmuebles que dio en precio de la renta, acatando lo preceptuado en el artículo 609 del C. J.

Tocante a la falta de apreciación de las declaraciones rendidas por Abelardo Rubiano G., Zenón Cruz, Roque Cárdenas y Florentino Silva, demostrativos de la posesión de González en las fincas, se advierte que el Tribunal sí las estimó en la parte que dice: "Igualmente el contrademandando González, en la segunda instancia trajo un número plural de testimonios como son: Abelardo Rubiano, Víctor Julio Gómez, Jenaro Torres, Víctor Contreras, Zenón Cruz, Roque Cárdenas y otros, los cuales están acordes en afirmar que María Pulido de Pulido venía con frecuencia a la finca de González desde mediados del año de 1942, intervenía en ellas, cobraba arriendos, hacía públicas manifestaciones de que ella era la

dueña...." Entre los otros que hacen estas afirmaciones está José González.

Si en la apreciación que el Tribunal hace de estos declarantes acerca de que Pulido de Pulido intervenía como dueña de los predios **sub judice**, no tuvo en cuenta las afirmaciones de Abelardo Rubiano de que González estuvo en la casa a donde fue el Inspector y lo hizo salir; la de Zenón Cruz respecto de que fue la autoridad la que sacó a González; de Roque Cárdenas, "que supo lo había sacado el Inspector de Policía de La Esperanza; y la de José González", que "no le consta pero lo oyó decir", se debe a que tales asertos, relacionados con la sentencia sobre amparo de Policía, no son demostrativos de posesión sino del cumplimiento del fallo que desconoció las pretensiones a González, y aceptó el carácter de poseedora a Pulido de Pulido. De otra parte, que los dos primeros digan que el Inspector de Policía sacó a González de las fincas; que el tercero exprese que supo esto mismo, y el cuarto, que lo oyó decir, no es una prueba de que González haya estado en las fincas como poseedor, pues ninguno habla de actos posesorios propiamente dichos.

En tales condiciones, tampoco puede decirse que haya habido desestimación de tales testimonios.

El planteamiento del reparo a la sentencia por la conducta del demandante en la segunda instancia, en razón de no haber pedido el avalúo de todos los frutos de las fincas a partir de la fecha de la escritura de constitución de renta vitalicia, sino desde el 14 de junio de 1949, en que González fue conminado para dejar a Pulido de Pulido en el libre goce y posesión de las fincas, carece de poder demostrativo, porque esta conducta no encierra en sí una confesión propiamente dicha, y porque, como el apoderado del demandante no apeló de la sentencia de primera instancia, carecía de toda eficacia el avalúo de los frutos producidos con anterioridad a la fecha a que se refiere el memorial de pruebas.

La actitud asumida por la parte demandada en el escrito de reconvención, mediante el cual solicita se condene a González al pago de los frutos civiles y naturales producidos por los inmuebles desde mayo de 1942 hasta el 14 de junio de 1949, tampoco es una demostración de que el reconvenido fue un poseedor de los bienes cuyos frutos se reclaman, si, como es evidente, la contrademandante no demostró los hechos, por lo cual le fueron negadas sus peticiones. Y la sentencia en este punto no ha sido acusada.

Conclúyese que el primer cargo no tiene asidero legal alguno y que debe rechazarse.

SEGUNDO CARGO

Lo formula por haber incurrido el Tribunal en error evidente de hecho, que consistió en no haber apreciado la escritura de renta vitalicia como justo título de la posesión material de las fincas, en que entró Pulido de Pulido. Esta escritura no adolece de ningún vicio, constituye por tanto justo título "demostrativo de la buena fé y en este sentido estaba obligado a apreciar el Tribunal esta prueba escrituraria. Al no hacerlo, incurrió en error de hecho evidente por dicho aspecto". La desestimación de la escritura por este concepto condujo al fallador a violar los siguientes artículos del Código Civil: 764, que define la posesión regular; 765, que habla del justo título constitutivo y traslaticio de dominio; 766, que enumera los títulos injustos; 769, que establece la presunción de buena fé; 768 que define la buena fé; 758 porque la posesión no se adquiere por el registro del título y 964 sobre prestaciones mutuas.

La desestimación de la prueba que da el carácter de poseedora de buena fé a la demandada, llevó al sentenciador a condenarla al pago de los frutos desde el 14 de juno de 1949 y no desde la notificación de la demanda.

El opositor considera inepto este cargo porque los falladores de primera instancia ordenaron la restitución de la finca y sus frutos como efecto de la declaración o cumplimiento de la condición resolutoria, la cual se regula por los artículos 1.544 y 1.745 del C. C.

Se considera:

La sentencia de primera instancia en el ordinal segundo, por consecuencia de haber declarado en el primero resuelto el contrato de renta vitalicia, condena a la demandada a la restitución de las fincas y al pago de los frutos naturales y civiles a partir del 14 de junio de 1949.

No hay en este caso aplicación de ninguna de las normas invocadas sobre justo título, buena fé, posesión regular o prestaciones mutuas propiamente dichas, sino la consecuencia de haberse declarado resuelto el contrato de renta vitalicia, que es la de operar retroactivamente hasta la fecha del contrato, y como si éste no hubiera existido, razón por la cual se ordena la restitución de las prestaciones cumplidas por una y otra parte, que en el caso presente son: restitución de los inmuebles y pago de los frutos civiles y naturales producidos por ellos a cargo de la de-

mandada, y devolución de los noventa pesos que recibió González como renta del primer trimestre, con los intereses legales a partir de la fecha de la escritura.

El cargo es inane.

TERCER CARGO

Lo sitúa en un error evidente de hecho en la apreciación de dos documentos como única prueba de la entrega material de las fincas por parte de González a Pulido de Pulido.

Lo desarrolla así: El Tribunal da por demostrada esta entrega únicamente con el contrato de arrendamiento celebrado por María Pulido de Pulido y Natalia Martínez, firmado el 31 de mayo de 1942, por el cual la primera da a la segunda a este título una parcela que se encuentra ubicada en la vereda del Recreo. Y con el documento de préstamo suscrito entre María Pulido de Pulido y la Caja de Crédito Agrario de La Mesa, extendido en 8 de agosto de 1949, por el cual ésta se declara deudora de la suma de seiscientos pesos, para invertirlos en trabajos de la finca El Recreo.

Considera el recurrente que el contrato de préstamo, por la fecha en que fue firmado, 8 de agosto de 1949, es ineficaz para probar la posesión de la demandada entre 1942 y junio de 1949, por razones que descartan la retrospectividad de esa prueba

El contrato de arrendamiento con Natalia Martínez, celebrado en el mismo mes en que se otorgó la escritura de renta vitalica, versa sobre una ínfima porción de las fincas; pero en ninguna parte se afirma que la demandante Pulido de Pulido sea propietaria o siquiera poseedora material del bien dado en arrendamiento. "Se trata de un acto de administración, que no es precisamente el más significativo para probar la posesión".

El error planteado, prosigue el recurrente, trajo como consecuencia la violación indirecta de los artículos siguientes del Código Civil: 981, por cuanto, si bien el contrato de arrendamiento está comprendido dentro de los hechos significativos de posesión enunciados en este artículo, ha sido relegado a último término por la jurisprudencia de la Corte, según doctrina que transcribe; 1.609, 2.292, 1.546, 2.294, 1.880 y 1.882, dado que González no había cumplido su obligación de entregar y, por consiguiente, la señora no estaba en mora de cumplir sus compromisos, y el contrato de renta no se había perfeccionado; 1.947, 1.978 y 1.982 en consideración a que no se ha demostrado que el contrato de arrendamiento se hubiera perfeccionado y que la arrendadora obrara con ánimo de dueña.

El opositor considera que el Tribunal hizo una acertada apreciación de los dos documentos.

Se considera:

Sabido es que el error de hecho no versa sobre el extremo que se trata de probar sino sobre la existencia de los medios con los cuales se pretende demostrarlo, por lo cual, como ha sido jurisprudencia reiterada, el error de hecho ocurre cuando el fallador da por probado un hecho como consecuencia de haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba que demuestra en forma evidente que tal hecho no existió, o si lo a tenido como no probado, por haber ignorado y no haber tenido en consideración un medio probatorio que demuestra evidentemente que tal hecho sí existió.

El recurrente plantea el cargo como error de hecho por cuanto el Tribunal consideró probada la entrega de las fincas por parte de González a María Pulio de Pulido únicamente con los dos documentos a que alude el planteamiento del cargo. El sólo enunciado indica que no se trata de un error de hecho, puesto que no considera demostrada la entrega con documentos no existentes en el proceso, sino de un error de derecho, porque se refiere a que el fallador le dio a estos medios de juicio un valor que legalmente no les correspondía.

El mal planteamiento del cargo, dado el carácter extraordinario del recurso de casación, que, a propósito de la apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, exige que se alegue por el recurrente sobre este punto demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos, es suficiente para rechazar el cargo. Pero observa la Corte que, no obstante alegarse que el Tribunal le dio a los dos documentos un valor probatorio que no tiene, el recurrente, como era de su deber, no cita las disposiciones de índole probatoria violadas por el fallador.

El cargo no prospera.

CUARTO CARGO

Versa sobre el mismo contrato de arrendamiento a que alude el cargo anterior, y lo sitúa en un error de derecho cometido por el Tribunal al haberle asignado a esta prueba "una valoración jurídica que no tiene, porque la posesión material

no se prueba con actos jurídicos formales como una escritura o un contrato de arrendamiento, si no con actos objetivos como los indicados por el artículo 981 del Código Civil. Actos objetivos de la naturaleza allí indicado (sic) podrían infundirle fuerza probatoria indiciaria a un contrato de arrendamiento, si se prueba su ejecución con la entrega material y pago de precio asistido con el ánimo de propietario del arrendador. Nada de esto rodea al solitario contrato que aquí se examina".

Al darle a esta prueba un valor contrario a la ley, dice el recurrente, se violaron los artículos siguientes del Código Civil: el 2.292, por considerar cumplida la obligación de entrega material del precio de la renta vitalicia; 1.546 y 2.294, dado que se decretó la resolución del contrato con respaldo en que González había cumplido su obligación de entregar el precio, y no se dio aplicación al 1.609 a favor de la demandada Pulido de Pulido, quien no estaba obligada a pagar las mensualidades sino desde el 14 de junio de 1949.

Considerandos de la Corte:

Ya está dicho que el recurrente debe demostrar el error de derecho en que incurrió el Tribunal citando las normas sobre régimen probatorio conforme a las cuales se le haya dado al documento el valor que legalmente le corresponde.

La única disposición que cita la demanda de casación es el artículo 981 del Código Civil que dispone que "la posesión del suelo debe probarse por hechos positivos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios ,la de cerramientos las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin consentimiento del que ejecuta la posesión".

No puede decirse que un contrato de arrendamiento celebrado por el que se pretende poseedor no se pueda tener como un acto de posesión, porque tal concepto iría contra normas tan terminantes como la del artículo 762 del Código Civil que al definir la posesión como la tenencia de cosa determinada, considera que existe la posesión bien sea que el que se da por dueño tenga la cosa por sí, o por otro que la tenga en lugar y a nombre de él; y la del artículo 786 ibídem que dice: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, como dato prenda, depósito, usufructo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio". Este razonamiento cobra mayor fuerza, si el contrato cuestionado fue presentado por la demandada ante el Inspector de Policía para demostrar la entrega de los bienes inmuebles por parte de González y la posesión de ellos alegada allí por ella, como lo dice el fallo de policía traído a este juicio por la misma: 'La exponente Natalia Martínez dice que firmó documento de arriendo de su parcela con la señora María Pulido de Pulido, y al efecto el dicho de dicha testigo aparece corrobarado con el documento respectivo, presentado con el memorial de pruebas en este segundo grado por la parte demandada".

No se ve que el fallador de instancia haya incurrido en error de derecho al considerar este documento como indicio de que González sí le hizo entrega a la demandada de los inmuebles pactados como precio de la renta vitalicia. Pues debe tenerse de presente que el Tribunal no estima probada dicha entrega con este sólo medio, sino con la larga serie de indicios que enumera en la parte transcrita de su fallo.

Por tanto el cargo debe rechazarse.

QUINNTO CARGO

La síntesis de este cargo es: El Tribunal incurrió en error de derecho en la valoración jurídica de las declaraciones de Dolores Valero y Sebastián Osorio, a las cuales les dio valor demostrativo de la entrega del precio de la renta, no obstante que "no concuerdan en el hecho ni en las circunstancias de modo tiempo y lugar y deponen por haber oído de otros". "No dicen los declarantes en qué tiempo, en qué día se hizo por el señor González la entrega de los bienes a la señora María de Pulido. Por el contrario, sus declaraciones suelen insistir en que oyeron, dijeron, se les informó. No se trata pues de dar una prueba de observación personal directa sino por transmisión de decirse". No explican el modo ni el tiempo de la entrega de las fincas ni explican si estuvieron presentes. El error de derecho, dice el recurrente, consistió en haber valorado esas pruebas testimoniales sin sujeción a los artículos 697 y 698 del Código Judicial que exigen la concordancia de los testigos en tiempo modo y lugar".

A propósito de fundar este cargo, pretende el recurrente involucrar en él la desestimación de la prueba de confesión de González en la demanda de policía y en las posiciones absueltas por él, a que se refiere el primer cargo.

La violación de las normas sobre valor de la prueba testimonial, concluye el recurrente, en cuanto "con declaraciones imperfectas dio por establecida una posesión material de la señora viuda

de Pulido" condujo al fallador a violar los artículos 2.292, 1.894, 1.880, 1.882, 1.546 y 2.294 del Código Civil.

Se considera:

Entre los "varios elementos demostrativos de la entrega del bien" que tuvo en cuenta el Tribunal está el que es objeto de la tacha, sobre el cual dice la sentencia:

"Las declaraciones de Dolores Valero y Sebastián Osorio, tomadas en la primera instancia que obra a los folios 12 y siguientes del cuaderno número 3 y 17 vuelto del mismo cuaderno.

"Estos declarantes, palabras más palabras menos están acordes en manifestar que en el año de 1942, cuando se encontraba enfermo González, la señora María Pulido de Pulido so pretexto de protegerlo, lo hizo conducir a Bogotá; hizo saber a los arrendatarios de González y a los vecinos que éste le había vendido las fincas; que por haberlo visto les consta que María Pulido de Pulido fue a las fincas mencionadas en asocio de González, las pasearon y éste les hizo entrega de ellas, "manifestando a los arrendatarios que en adelante la señora de Pulido era la que mandaba en todo"; que luégo de haber regresado de Bogotá González volvió a las fincas, pero por cuenta de la señora de Pulido, quien frecuentemente iba a las fincas; que González con el consentimiento de María Pulido de Pulido, pues así lo afirmaba, siguió trabajando en las fincas "como un esclavo" hasta cuando se vio enfermo y anciano" por lo cual la señora de Pulido en asocio de su esposo y de un hijo, le negaron hasta la posada y lo hicieron salir de las fincas ya relacionadas, tratándolo muy mal de palabras, lo dejaron sin recursos de ninguna naturaleza y en la pura miseria. Hoy vive el señor de la caridad pública, pues por lo anciano y en enfermo no puede trabajar".

La Corte advierte que los dos declarantes deponen por un conocimiento de "vista, trato y comunicación" de González por más de treinta años; que Osorio conoció a Pulido de Pulido, más o menos, desde la misma época, y Valero desde el año de 1942. Ambos conocen las fincas, aunque la testigo manifiesta que no puede deslindarlas por no conocer los lideros, lo que no significa que no las conociera. Ambos exponen que fue en el año de 1942, cuando, estando enfermo González, la señora de Pulido le hizo saber a los arrendatarios y vecinos que González le había vendido las fincas. Los dos declaran, si bien sólo Osorio determina el año de mil novecientos cuarenta y dos, que tanto González como Pulido de Pulido recorrieron las fincas, aquél le hizo entrega de ellas a ésta, manifestando a los arrendatarios que en adelante la que mandaba en ella era la señora de Pulido. Finalmente ambos afirman por haberlo visto que cuando González se repuso de su enfermedad, volvió a las fincas y cuidó de ellas pero por cuenta de Pulido de Pulido, quien iba con frecuencia a darse cuenta de lo que pasaba y de los trabajos que se ejecutaban.

Lo único que dicen haberle oído a González es que ella iba a verlo o a visitarlo, pero en lo demás deponen por haberlo visto. Se ve que hay una perfecta concordancia en los hechos sobre los cuales deponen en forma espontánea y sincera, y en las circunstancias de lugar, las fincas transferidas a Pulido de Pulido a título de renta vitalicia, el año de 1942, en que se celebró este contrato, y a la época posterior a la enfermedad de González. Sobre los mismos hechos deponen varios otros testigos aducidos en la segunda instancia, que no fueron objeto de reparo por el recurrente.

No se puede decir que el Tribunal haya cometido un error de derecho al darle valor probatorio a estos dos testigos, pues analizados cuidadosamente sí cumplen las exigencias del artículo 696 del Código Judicial. Además, debe advertirse que el Tribunal no le dio a este medio el alcance de plena prueba sino de indicio que, sumado a todos los demás en el fallo, lo llevaron a considerar "que se encuentra debidamente acreditada la entrega del bien que se pactó como precio de la renta".

El cargo no prospera.

SEXTO CARGO

Imputa el recurrente al fallador de segundo grado en este cargo haber cometido un error de derecho, al estimar como plenamente demostrada la entrega del precio de la renta con la estipulación contenida en la escritura 1.393 de 15 de mayo de 1942, en la cual se dice que González le hace la correspondiente entrega de los inmuebles en que consiste el precio de la renta desde el día de la escritura.

En la formulación del cargo, cita el aparte del fallo acusado, en que, como uno de los elementos demostrativos de la entrega del bien, enumera, como primero "la escritura número 1.393 de 15 de mayo de 1942, que debidamente registrada obra en autos".

Cita el artículo 1.757 del Código Civil, que expresa el valor de plena fé que tiene el instru-

mento público entre las partes en cuanto a la verdad de las declaraciones expresadas allí y a las obligaciones y descargos hechos en él. También reproduce una doctrina de la Corte que fija la interpretación de esta norma en el sentido de que, no obstante la plena fé que el instrumento hace entre los otorgantes, estos tienen derecho de contraprobar contra lo expresado en una escritura con sujeción a lo que disponen los artículos 91 y 93 de la Ley 153 de 1887.

El error de derecho cometido en la valoración de lo expresado en la escritura sobre entrega de las fincas en que consiste el precio, continúa el recurrente, con violación del artículo 1.759 del Código Civil, condujo a la infracción de los artículos 759, 785, 790, 980 del mismo, pues se interpretaron en sentido de que la posesión se prueba por la inscripción del respectivo instrumento público. "Se trata de un hecho real y objetivo que hay que probarlo mediante demostraciones saturadas del mismo carácter material". Se remite a la sentencia de la Corte de 27 de abril de 1954 sobre posesión material e inscrita.

El mismo error de derecho en la apreciación de la prueba contenida en la escritura sobre entrega de los inmuebles, llevó al Tribunal a considerar que González había cumplido sus compromisos, y violó así los artículos 2.292, 1.546, 1.882, 1.609 del Código Civil.

El representante de la parte opositora replica a este cargo:

"Bien conocido es el precepto del artículo 1.759 del Código Civil, de cuyo alcance la jurisprudencia y la doctrina hanse ocupado ampliamente. Una y otra proclaman, de acuerdo con el tenor del precepto, que entre los otorgantes del instrumento las **obligaciones** y los **descargos** hacen plena fé, mientras no se pruebe lo contrario. Recibir una finca, tomar de ella posesión efectiva, es un **hecho** material susceptible de ser confesado en la escritura. Es otorgar recibo de que determinada cosa fue objeto de entrega. No se ve qué razón de orden jurídico, moral o físico se oponga a que el acreedor de un bien declare en el acto del contrato o después, que lo recibió; y a que a esa declaración se le otorgue plena validez contra el que la hace, así sea en escritura pública o en documento privado. De todas maneras equivale a un **descargo** de la obligación respectiva. Por lo mismo puede ser objeto de la escritura pública de la enajenación de un inmueble, amparada por el artículo 1.759 del Código Civil. Por ello la acusación por error de derecho, fundada en que el instrumento público no es idóneo para declarar recibida la cosa enajenada, y por ende, cumplida la obligación del tradente, sería inepta en cualquier caso".

La Corte considera:

Conforme a los términos del artículo 520 del Código Judicial el recurrente que invoca, como causal de casación, error de derecho en la apreciación de una prueba debe demostrarlo, lo cual no es posible si no cita las disposiciones sobre valor probatorio contenidas en el Título sobre pruebas del Código Judicial y en el De la Prueba de las Obligaciones del Código Civil que hayan sido infringidas por el fallador de instancia. El demandante en casación no ha cumplido con esta exigencia. Obra en cambio el artículo 630 de la misma obra que, para estimar como prueba la escritura pública solamente exige que la copia lleve la nota de haberse hecho el registro en la forma debida.

El mismo artículo 1.759 es tan claro en cuanto al plano valor probatorio que tiene el instrumento público entre los otorgantes respecto de las obligaciones y descargos contenidos en él, que invocar un error de derecho con base en este mismo y único artículo, es un contrasentido. Con mayor razón si no existe una norma que prohiba probar el cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, nacida de un contrato traslaticio de dominio, por declaración de las partes hecha en la misma escritura, o sin que se haya demostrado debidamente contra la verdad de tal declaración.

El demandante se propuso acreditar solamente que le entregó los inmuebles a la demandada, y para ello no ha invocado la inscripción del contrato en la oficina de registro, sino el simple hecho de haber puesto los bienes a disposición de ella. alegando lo expresado al respecto en la escritura y los hechos demostrativos de que se ha mantenido en el goce de ellos, lo cual supone necesariamente la entrega de los mismos.

El cargo debe rechazarse.

SEPTIMO CARGO

Plantea este cargo por violación directa de los artículos 2.294, 1.545, 1.546, 1.614, 1.617 y 964 del Código Civil. La violación directa la hace consistir en que no se aplicó el artículo 2.294, que consagra la acción rescisoria y no la resolutoria al contrato de renta vitalicia. "Y los demás artículos porque si fuere procedente la rescisión, deben aplicarse para graduar las prestaciones mutuas en lugar de

aplicar el artículo 964 que rige de manera especial la acción reivindicatoria".

El desarrollo se resume así: El artículo 2.294 del Código Civil permite pactar la rescisión del contrato de renta vitalicia, por contraposición a la resolución del mismo, que tiene otros efectos. El actor enderezó su demanda a pedir la resolución del contrato, y el juzgador de segunda instancia, interpretó tal artículo equiparando la acción rescisoria con la resolutoria. Demostrada la existencia del contrato de renta vitalicia, la norma aplicable era el artículo 2.294 y no el 1.546. "La violación consiste pues en la falta de aplicación por omisión del artículo 2.294 y de la acción rescisoria consagrada en él".

Transcribe como antecedente de este artículo el texto francés y la traducción castellana del artículo 1.977 del Código Civil Francés, que confiere la facultad de pedir la resiliación del contrato, a la persona a cuyo beneficio se ha constituído una renta vitalicia mediante precio, si el constituyente no le da seguridades estipuladas para su ejecución. La palabra resiliación empleada por el código francés, no la registra el Diccionario de la Real Academia Española, dice el recurrente, pero los tratadistas, al traducirla, le han hecho con la palabra rescisión, como lo hace el artículo 2.294 del Código Civil colombiano. "La diferencia entre las dos acciones, resolución y resiliación, depende de la naturaleza de los contratos. Mientras la primera, la resolución rige los contratos sinalagmáticos ordinarios de tracto unitario, la segunda rige los contratos sinalagmáticos y de trato sucesivo".

Reproduce unos apartes de la sentencia de la Corte de 29 de septiembre de 1944, en la cual, según el recurrente, se fija la distinción entre las dos acciones. También cita al tratadista Capitán, quien expresa que los términos resiliación y resolución no son sinónimos. Esta produce efecto retroactivo, y las partes son restablecidas al mismo estado que tenían antes del contrato. La resiliación pone fin a los efectos del contrato, pero deja subsistir los que se han producido. "Cuando se trata de contratos sucesivos que comenzaron a ejecutarse, la resiliación solamente es posible y no la resolución, porque no se puede hacer desaparecer lo que se produjo".

Si la demanda de González estuviera llamada a prosperar, ha debido decretar, de acuerdo con la ley, la rescisión, que no produce efecto sino para el futuro, a partir de la sentencia. "La indemnización de perjuicios a que puede dar lugar la rescisión o resiliación, no puede ser distinta del pago de las cuotas periódicas hasta el momento en que se ejecutorie la sentencia de rescisión. La rescisión, en contraposición con la resolución, elimina la acción reivindicatoria simultánea puesto que no hace desaparecer los efectos del contrato. Como el contrato ha existido hasta el momento de la sentencia, la reivindicación no se plantea sino posteriormente aunque pudiera decretarse como una medida cautelar. El contrato ha regido hasta el momento en que se expide la sentencia; solamente de esa fecha en adelante es posible ubicar la rivindicación y el pago de prestaciones mutuas".

Termina la fundamentación del eargo diciendo que la no aplicación del artículo 2.294, en el supuesto de prosperar la demanda, condujo a fijar en la parte resolutiva prestaciones mutuas que son extrañas a la acción rescisoria que mira hacia el futuro y no hacia el pasado.

El opositor considera, en primer lugar, que el cargo es inepto por cuanto el recurrente no expresa si la violación directa del artículo 2.294 ha sido por interpretación errónea, indebida aplicación o aplicación errónea.

Observa, además, que tampoco tiene razón el recurrente en la tesis de que la acción consagrada en el artículo 2.294, cuando las partes la han dejado a salvo por el no pago de las pensiones de la renta vitalicia, sea la rescisoria y no la resolutoria.

Sostiene que el artículo 2.294, según doctrina de la Corte y de varios tratadistas, empleó el término rescisión por el de resolución.

Trae de la obra de Alessandri Rodríguez, la parte en que expone la diferencia que hay entre resiliación, resolución y rescisión, y la imposibilidad de que se confunda la resiliación con los otros términos, pues ella "es el modo de disolver los contratos por el mutuo consentimiento de las partes" y sólo produce efectos para el futuro, no afecta el pasado.

Expone que el legislador empleó equivocadamente el término rescisión por resolución. Pues la rescisión se predica de la nulidad relativa de los contratos, que no nace de la voluntad de las partes sino de los vicios del acto. En cambio los contratantes de una renta vitalicia si pueden pactar que por el no pago de las pensiones convenidas, el contrato se resuelva.

Además, la misma naturaleza del contrato de renta vitalicia está diciendo que el incumplimiento del debirrentista en el pago de la pensión se sancione declarando la resolución del contrato

que opera retroactivamente, no la resiliación que opera en el futuro, no en el pasado. La resiliación en el contrato de renta vitalicia equivaldría a premiar al deudor de la renta, permitiéndole quedarse con ésta y con los frutos del bien, precio del contrato.

La Corte considera:

No tiene razón el opositor cuando dice que el recurrente no expresó si la violación del artículo 2.294 proviene de interpretación errónea, indebida aplicación o falta de aplicación, porque en la exposición del cargo repite que no se aplicó el artículo citado, que consagra la rescisión del contrato de renta vitalicia, sino el 1.546 que establece la resolución.

La sentencia, considera que en el contrato de que da cuenta la escritura 1.393 de 15 de mayo de 1942 se reúnen los elementos propios del contrato de renta vitalicia, y que debe establecerse si le dieron cabal cumplimiento las partes a lo allí estipulado "o si por el contrario éstas o alguna de ellas dejaron de cumplir, para luégo deducir las pretensiones de las partes en el juicio".

Se refiere luégo al hecho c) de la demanda, en que dice el actor que no obstante la transferencia del dominio de los terrenos antes demarcados, Pulido de Pulido no le ha pagado la pensión mensual de treinta pesos ($ 30.00) que se obligó a cubrir por trimestres anticipados, excepción de la correspondiente al primer trimestre, como reza la escritura.

Agrega el fallo: "Es, pues, base de esta acción, de resolución del contrato de renta vitalicia, el incumplimiento por parte de la demandada en la satisfacción de sus obligaciones periódicas contraídas al tenor del título escriturario.

"Dispone el artículo 2.294 del Código Civil: 'El acreedor no podrá pedir la rescisión del contrato, aún en el caso de no pagársele la pensión, ni podrá pedirla el deudor aún ofreciendo restituír el precio, y restituír o devengar las pensiones devengadas, salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa'.

"En el presente caso las partes contratantes estipularon en la cláusula cuarta de la escritura: "Sin perjuicio de las acciones que al acreedor de la renta vitalicia competen de conformidad con las civiles, inclusive la rescisión del contrato que expresamente se estipula, la otorgante señora María Pulido de Pulido, para seguridad de la renta vitalicia a que se obliga, bién por sí o sus causahabientes, en caso de muerte de ella, hipoteca a favor del compareciente González el mismo derecho de dominio que dicho señor le ha transferido, a virtud de esta escritura ,en los tres globos de tierra cuyos linderos y situación quedaron expresados".

"Por manera que los contratantes, según lo anteriormente transcrito, pactaron la resolución del contrato en caso de incumplimiento, salvando en esta forma la prohibición contenida en el mandato legal citado, prohibición que por no ser contraria a la ley, ni a las buenas costumbres, deja a voluntad de los contratantes la misma disposición, ya que reza: "salvo que los contratantes hayan estipulado otra cosa".

No queda la menor duda de que el Tribunal sí aplicó el artículo 2.294 pero estimando que la rescisión de que habla él, es la acción de resolución del contrato no la de rescisión propiamente dicha.

Debe, por tanto, determinarse si esto es así.

El artículo 1.977 del Código Civil francés, que estatuye la resiliación para el contrato de renta vitalicia, cuando el debirrentista no da las seguridades estipuladas para el pago del precio, puede ser antecedente del artículo 2.296 del código colombiano, conforme al cual "Si el deudor no presta las seguridades estipuladas, podrá el acreedor pedir que se anule el contrato', pero no del 2.294, que aquí se estudia porque en éste se contempla un supuesto completamente diferente, como es el pacto de romper el contrato por no pagar el deudor la renta.

El término resiliación no es sinónimo de rescisión, como lo dice el apoderado del opositor con respaldo en la autoridad del profesor Alessandri Rodríguez, pues la primera, al tenor del inciso 1º del artículo 1.625, ocurre, "cuando dos o más personas que han celebrado un contrato, lo dejan sin efecto de común acuerdo, en virtud del principio de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen" caso en el cual no cabe hablar de resolución. Y la rescisión se refiere al contrato que adolece de nulidad relativa, esto es, cuando los requisítos que faltan al acto, los exige la ley en consideración a las personas que lo celebran. La aplicación de estos términos con el significado expresado y con las diferencias existentes tanto entre sí como con el vocablo resolución, han sido consagradas por la Corte en fallo de 9 de mayo de 1938 (Tomo 46, página 484).

La palabra rescisión de que habla el artículo 2.294 del Código Civil por el no pago de la renta, cuando las partes lo han pactado en el contrato, por no compaginarse ni en su causa ni en sus efectos con la nulidad relativa, tanto por los autores como por la jurisprudencia ha sido acep-

tado que está mal empleada, porque se trata de la resolución del contrato por el no cumplimiento de la prestación a cargo del deudor de la renta no de vicios del mismo.

Así don Fernández Vélez anota que "la palabra Rescisión del artículo no es propia, pues no se trata del caso en que el contrato adolezca de algún vicio, sino del en que no se le cumpla que a lo que da derecho es a pedir, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios" (Tomo VIII, página 326).

Alessandri Rodríguez dice que el acreedor puede pedir la resolución del contrato por falta de pago de la pensión cuando se ha estipulado, refiriéndose al artículo 2.271, del Código de Chile, del cual es copia el 2.294 del colombiano.

La Corte en sentencia de casación de 9 de mayo de 1933, 10 de marzo de 1942 y 9 de marzo de 1943, tiene aceptado que cuando expresamente se estipula que si no se cumple la obligación de pagar la renta, el contrato se rescinde, conforme a lo preceptuado en el artículo 2.294, la acción consagrada es la de resolución "dadas las normas que regulan la rescisión y la resolución" (G. J., número 1.894, página 333, número 1.983, página 108, número 1.993, página 46).

La Corte, acogiendo las doctrinas anteriores, y basada en que el contrato **sub judice** no adolece de ninguno de los vicios que configuran en él la rescisión o nulidad relativa, considera que la acción de resolución del contrato de renta vitalicia, con respaldo en el artículo 2.294, fue bien instaurada, y que el Tribunal, al acogerla y resolverla en tal sentido, aplicó debidamente dicho artículo, y que, por consiguiente, no lo violó, como lo pretende el recurrente en este cargo.

Lo que significa que es infundado.

CARGO OCTAVO

Hace este cargo por indebida aplicación de los artículos 1.546, 2.294 y 964 del Código Civil.

La violación o indebida aplicación de estas normas la plantea por tres aspectos:

a) Porque estando aceptado que aquí se trata de un contrato de renta vitalicia, como lo expuso en el cargo anterior, el artículo 2.294 del Código Civil, consagra la acción rescisoria, si se pacta por los contratantes. No obstante, la sentencia aplicó indebidamente el artículo 1.546 del mismo Código, que rige la acción resolutoria. También se aplicó indebidamente el artículo 964. "Este artículo rige en materia de reivindicación pero es forastero en los casos de resolución y rescisión de los contratos".

b) El segundo concepto lo expone basado en la prosperidad del cargo sobre error de derecho en la apreciación de la escritura en lo tocante a la entrega material de los inmuebles expresada en aquélla, para concluír que sólo este error llevó a Tribunal a aplicar indebidamente los mismos artículos 1.546, 964 y además el 2.294 "como quiera que el Juzgado y el Tribunal lo consideraron procedente al juzgar erradamente que la señora Pulido no había dado cumplimiento a sus obligaciones en oportunidad.

c) Por el tercer concepto, funda el cargo, partiendo de la base de que le prosperó la tacha por errores en la apreciación de las demás pruebas que tuvo en cuenta el fallador para considerar que González cumplió su obligación de entregar los inmuebles desde la fecha del contrato de renta vitalicia.

Y es así como concluye: "Se dio por probado un hecho que no ha sido demostrado sino por el contrario infirmado en el juicio: el cumplimiento de las obligaciones de González de entregar la posesión material de las fincas el 15 de mayo de 1942. A este hecho no probado se le aplican los artículos 1.546, 2.294 y 964 del Código Civil al decretar la resolución del contrato de renta vitalicia y el pago de prestaciones mutuas".

Se considera:

El cargo ,basado en que la acción estatuída en el artículo 2.294 es la de rescisión y no la de resolución del contrato, quedó estudiado ampliamente en el punto anterior. Solamente resta decir que como la resolución de un contrato opera retroactivamente, como si éste no hubiera existido, la restitución de la renta recibida por el acreedor y la entrega de los inmuebles y el pago de los frutos por el debirrentista, no es una aplicación del artículo 964 del Código Civil con base en la mala fé de éste, sino la manera de dar cabal cumplimiento al efecto retroactivo de la resolución de un contrato como el que se halla **sub judice.**

El cargo, basado en el supuesto de haber prosperado los errores formulados a la apreciación de las pruebas aducidas por el actor, para demostrar que el mismo día de la celebración del contrato le hizo entrega del precio a la deudora, carece de toda base, dado el rechazo de todos los cargos anteriores.

Así que tampoco prospera este cargo.

NOVENO CARGO

Formula este último cargo por interpretación errónea de los artículos 759 y 785 del Código Civil, como quiera que la sentencia, inspirándose en el principio de que la posesión material se demuestra por la inscripción del título escriturario, consideró probada la entrega de las fincas con la escritura y su registro, y fue así como el fallo decretó "la resolución del contrato de renta vitalicia por haber cumplido González sus compromisos y haberlos dejado de cumplir la viuda de Pulido".

Considerandos:

Doctrina constante de la Corte y de los tratadistas ha sido que en el cargo de violación directa de la ley sustantiva, en cualquiera de los tres supuestos en que ella puede ocurrir, según los términos del artículo 520 ordinal 1º del Código Judicial a la Corte solamente le compete considera una cuestión puramente legal, pues los hechos se tienen como los halló demostrados el Tribunal. Se trata únicamente de decidir si ante esos hechos, hubo la violación directa de las normas sustantivas citadas por el recurrente. No hay nada que toque con la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal.

Ocurre que éste, como queda expuesto en el estudio de los cargos anteriores, consideró probada a plenitud la entrega de los inmuebles en que consistió el precio de la renta vitalicia, por lo expresado al respecto en la escritura por la cual se constituyó la renta vitalicia, y por una larga serie de indicios aducidos al juicio. Los errores de hecho y de derecho imputados al fallador de segunda instancia en los cargos anteriores no prosperaron. Por consecuencia, el error en la interpretación de los artículos 759 y 785, conforme a los cuales la posesión real de un inmueble habido por tradición no se adquiere sino por el registro del título, no puede considerarse sino a la luz de la prueba de la entrega, acogida por el Tribunal, que no fue el registro del contrato de renta vitalicia, sino lo expresado en la escritura contentiva de éste, la sentencia de policía, que le negó el amparo de posesión a González, en razón de que Pulido de Pulido demostró tener la posesión de los inmuebles desde la fecha del contrato, la confesión indivisible del actor sobre haber permanecido en los inmuebels como cuidandero de ellos, el documento de arrendamiento de una parte de las fincas celebrado entre Natalia Martínez y Pulido de Pulido, el de préstamo de una suma de dinero obtenida por ésta en la Caja de Crédito Agrario de La Mesa para invertirla en las mismas fincas, y las declaraciones de Dolores Valero y Sebastián Osorio, traídas en la primera instancia, y las de Abelardo Rubiano, Víctor Julio Gómez, Jenaro Torres, Víctor Contreras, Zenón Cruz, Roque Cadena y otros, recibidas en la segunda instancia, que concuerdan en afirmar que la demandada Pulido de Pulido desde mediados de 1942 iba con frecuencia a las fincas, intervenía en ellas, cobraba arriendos y hacía públicas manifestaciones de que era la dueña.

Mediante esta prueba, no se puede decir que el Tribunal haya interpretado erróneamente las normas sustantivas sobre posesión inscrita. Menos cuando el cargo se sustenta sobre una apreciación errónea de la escritura en cuanto a la declaración sobre entrega de los inmuebles.

El cargo se rechaza.

La Corte Suprema de Justicia, como consecuencia de todo lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el cinco de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco en el juicio ordinario de José González contra María Pulido de Pulido.

Condena al recurrente a pagar las costas del recurso.

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

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

SALA DE CASACION PENAL

EN LOS JUICIOS EJECUTIVOS ENTRE PARTICULARES NO PUEDE HACERSE PARTE A NOMBRE DE LA NACION EL SINDICO DE SUCESIONES. — NO COMETE ABUSO DE AUTORIDAD EL JUEZ QUE, EN TALES JUICIOS, RECHAZA LA INTERVENCION DEL SINDICO

El embargo de bienes ordenado en juicios por jurisdicción coactiva, debe comunicarse al Juez que adelante otro juicio, en la forma prevista en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, cinco de septiembre de mil novecientos cincuena y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El Síndico Ejecutor de la Administración de Hacienda Nacional de Pasto, con el objeto de hacer efectivos unos impuestos aduedados por la señora Amalia Zarama de Luna, inició contra ésta juicio de jurisdicción coactiva y dispuso, dentro de él, "el embargo, avalúo y secuestro de los derechos y acciones que pudieran corresponderle en su carácter de heredera o legataria de la señora Rosario Z. viuda de Zarama".

Días más tarde, al notificársele a la señora Zarama de Luna el mandamiento de pago ordenado por el Juez Primero Civil del Circuito de Pasto, doctor Antístenes López, dentro del juicio ejecutivo de Carlos G. López contra ella, se denunciaron para el pago, por la misma, dos derechos de que se tenía por titular en la mencionada sucesión, a saber: el de un legado de valor de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) y de una cuota parte sobre los fundos Ríonegro y Matarredonda, ubicados en el municipio de Pasto, de que la señora Zarama se tenía también por legataria, dentro de la referida sucesión.

Hallándose en trámite el juicio ejecutivo últimamente mencionado, la Sindicatura ofició al Juez, dándole cuenta de la existencia del otro juicio y de la decisión sobre embargo y secuestro en él tomada. Y no obstante que la Sindicatura no formuló petición concreta alguna, al Juez, éste resolvió que dicha entidad no podía considerarse o tenerse como parte, y le denegó los recursos que interpuso contra sus decisiones. Los bienes denunciados u ofrecidos para el pago por la ejecutada, se declararon en embargo legal, conforme a claras disposiciones del Código Judicial, se secuestraron y avaluaron; y finalmente, se remataron y adjudicaron.

Creyó el doctor Francisco Sintura, Inspector General de Rentas Nacionales, que algunos de tales actos oficiales del doctor López habían sido abusivos o arbitrarios, y aun habían perjudicado a la Nación, como interesada en la efectividad de su acreencia contra la señora Zarama. Presentó denuncia contra el Juez López, y ello dio lugar a este proceso, que culminó con la providencia del Tribunal Superior de Pasto, por medio de la cual declara no ser constitutivos de delito los hechos imputados y dispone la cesación del procedimiento. La referida decisión, fechada el 19 de diciembre del año último, es la que ahora revisa la Corte, en virtud de la **consulta** legal.

Para resolver, SE CONSIDERA:

Comparte la Sala los argumentos del Tribunal y del Ministerio Público (señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal), en el sentido de que la Sindicatura Nacional de Pasto no podía pretender, legalmente, se la reconociera como parte, a nombre de la Nación, dentro del juicio ejecutivo adelantado ante el Juez Primero Civil de dicho Circuito. Es esta una verdad que, en los autos, se presenta como evidente, pues se amolda, en un todo, a las disposiciones legales y a la doctrina jurídica sobre **legitimación,** dentro de los procesos civiles.

No cometió, pues, el doctor Antístenes López ningún abuso o desviación de poder, por el hecho

de denegar las peticiones del Síndico, relativas a su personería en el juicio y a los recursos interpuestos. Al contrario, su obligación era proceder sobre la base de la imposibilidad legal y jurídica de tener a dicho funcionario como parte.

Pudieran apuntarse algunos defectos de técnica en el procedimiento adoptado por el Juez para los diversos trámites, en razón de la calidad de los bienes denunciados u ofrecidos para el pago por la señora Zarama, muy peculiar, por referirse a simples derechos dentro de un juicio sucesorio o frente a una sucesión. Pero ellos pueden explicarse en virtud de los principios que dominan nuestra legislación procesal civil, en que la mayor parte de los actos procesales quedan sujetos a la iniciativa e impulso de las partes, las cuales tienen la disposición del proceso civil, casi en su totalidad. Lo esencial es que, en parte alguna, aparece sombra de mala fé en la conducta del Juez acusado, sino todo lo contrario: afán de acierto y de respeto a las leyes, interpretadas al leal saber y entender.

Como anota el señor Procurador, "habría bastado que el Abogado-Síndico le hubiera dado aplicación al artículo 282 del Código de Procedimiento Civil, procedente en este caso, y no desvirtuar su intervención hacia un ejecutivo en que se ventilaban cuestiones ajenas a los intereses de la Nación".

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con el concepto del señor Agente del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

LA CORTE, EN CASACION, NO PUEDE AGRAVAR UNA CONDENA CUANDO NO HAY OTROS RECURRENTES QUE LOS PROCESADOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino)

VISTOS:

Los soldados ANGEL DE DIOS ARBELAEZ CAÑAS y GUILLERMO HERNANDEZ MUÑOZ, interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior Militar de 2 de mayo de 1956 que confirmó la de 9 de junio de 1955, del Consejo Verbal de Guerra (Centro de Ingenieros Militares F. C. Caldas). A dichos soldados se les condenó, respectivamente, a nueve años y cuatro años y seis meses de presidio: al primero por homicidio en la persona del estudiante Jaime Pacheco Mora, y al segundo por tentativa del mismo delito en el referido estudiante. A los dos reos se les aplicaron las penas accesorias de rigor.

La antigua Corte Militar de Casación y Revisión declaró admisible el recurso en auto de 22 de marzo de 1958 y ordenó correr los traslados del caso.

Los recurrentes no presentaron demanda ni alegato alguno. La Procuraduría de las Fuerzas Armadas en oficio de 10 de mayo último (folio 35, cuaderno 5) "después de un cuidadoso cotejo de las causales establecidas para el recurso de casación, con el fallo impugnado, juzgó improcedente demandarlo ... por cuanto él se encuentra en un todo ajustado a derecho".

En el mismo dictamen la Procuraduría agregó: "Creo oportuno llamar la atención .... sobre el oficio que obra al folio 33, cuaderno 5 y en el cual aparece que el Comando de la Brigada de Institutos Militares, sin tener en la actualidad el conocimiento del negocio ..., resolvió conceder el beneficio de libertad condicional a Guillermo Hernández Muñoz, no obstante que el Ministerio Público .... y esa corporación (se refiere a la extinta Corte Militar) en auto de enero 15 de 1958, con razones incuestionables, ... se pronunciaron en contra de la concesión del beneficio que pedía el procesado".

HECHOS:

El 9 de junio de 1954 en las horas de la mañana ocurrieron en la capital de la República sucesos de suma gravedad durante unas manifestaciones estudiantiles. En el sector llamado calle real de la carrera séptima, o sea entre la trece y la once, la tropa, usando armas de fuego de largo alcance, mató a unos estudiantes indefensos. Enardecióse el pueblo contra las "Fuerzas Armadas"; pero ante la imposibilidad de reaccionar sin riesgo de la vida, las gentes retrocedieron hacia la intersección de la calle real con la Avenida Jiménez. Este sector fue relativamente despejado por la tropa.

Así las cosas, sobrevino en la Avenida Jiménez, en la parte comprendida entre el edificio "Faux" y el templo de "San Francisco", la tragedia a que se refiere este proceso.

Una señora que a eso de las once de la mañana de aquel día protestó contra el gobierno por lo que acababa de ocurrir en la calle real, fue maltratada de obra y de palabra por el oficial José Rosario Hernández. El estudiante Jaime Pacheco Mora intervino para defenderla, y entonces el oficial dispuso que se la detuviese y ordenó a los soldados Arbeláez Cañas y Hernández Muñoz que hicieran lo propio con Pacheco Mora. Los soldados le dieron de culatazos hasta arrojarlo al suelo; el agredido se levantó, alzó los brazos y echó a andar, seguido a pocos metros por sus referidos guardianes. De improviso y sin que nadie hubiera escuchado orden de disparar, Hernández Muñoz hizo fuego sin dar en el blanco; el estudiante alargó el paso, y cuando buscaba refugio detrás de una camioneta, fue alcanzado por el segundo disparo que le atravesó el cráneo y le causó la muerte. El autor resultó ser el otro soldado, o sea Arbeláez Cañas.

Semejante violación de las leyes, con inauditos caracteres de atrocidad y salvajismo, fue perpetrada por dos hombres uniformados, que portaban armas de la República. La víctima no tenía ninigunas: era estudiante y no ofreció ni podía ofrecer resistencia a sus victimarios; se limitó primero a

tratar de socorrer a la mujer atropellada, y después a eludir el fuego de sus perseguidores.

Tal escena ocurrió a la vista de multitud de testigos, en el corazón mismo de la capital de la República.

En el informativo no resultó probado que José Rosario Hernández (el oficial que golpeó a la señora y dio ocasión a la tragedia), hubiese impartido orden de disparar contra el estudiante Jaime Pacheco Mora.

El investigador doctor Gutiérrez Gómez (folio 240, cuaderno 3) llama la atención hacia un detalle horripilante que él encontró probado en el informativo: el irrespeto al cadáver del estudiante sacrificado; irrespeto de palabra y de obra. Las palabras no las transcribe el doctor Gutiérrez Gómez porque, "aunque sí están escritas en el expediente en declaraciones de personas respetabilísimas, entre ellas una dama que debió sentir rubor al repetirlas" ... "no guardan relación de causalidad con la muerte misma".

No obstante la lenidad del fallo del Tribunal Militar, la Corte, en casación, no puede agravar una condena cuando no hay otros recurrentes que los procesados. Ya se ha visto que la Procuraduría estuvo de acuerdo con lo resuelto por el Consejo de Guerra y por el Tribunal Militar en esta horripilante tragedia.

Sólo en atención a este obstáculo jurídico insalvable, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida.

Tocante a la libertad condicional concedida por el Comando de la Brigada de Institutos Militares, sin tener en la actualidad dicho Comando el conocimiento del asunto, ORDENASE al Tribunal de origen la recaptura inmediata del reo Hernández Muñoz de acuerdo con la providencia visible al folio 24 del cuaderno quinto del expediente, y la investigación por la responsabilidad en que hubiera podido incurrir quien decretó dicha excarcelación.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Luis Zafra, Conjuez.—**Pioquinto León L.**, Secretario.

LA AMNISTIA NO TIENE EN CUENTA RAZONES DE JUSTICIA SINO DE CONVENIENCIA GENERAL. — LA CRUELDAD EN LOS DELITOS QUE SE COMETEN CON INTERVENCION DE VARIAS PERSONAS (DELITO COLECTIVO)

1.—El otorgamiento de los beneficios de amnistía e indulto no es acto que deje completamente tranquila la conciencia del juzgador, porque la impunidad de atroces delitos cometidos por sectarismo político no encuentra fundamento en la equidad, sino en simples razones de conveniencia pública. Por eso dice Pessina con mucha propiedad que "la amnistía no tiene en cuenta razones de justicia sino de conveniencia general".

2.—Tanto la Corte Militar de Casación y Revisión como la Corte Suprema de Justicia han dicho que cuando no se pueda determinar la actividad propia y particular de cada uno de los autores y partícipes en la ejecución de delitos atroces y se esté en presencia de sucesos casi multitudinarios, será poco menos que imposible determinar cuáles acusan extrema insensibilidad moral para negarles la amnistía y concederla a los restantes. No sería raro, en estos casos, que alguno o algunos hayan sido ajenos a las modalidades del delito, a los bárbaros o inhumanos medios de ejecución, o a sus innecesarios rigores, y aun hayan reprobado íntima o manifiestamente los excesos, reveladores de insensibilidad moral.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

El señor Fiscal de la Segunda Sala del Tribunal Superior Militar interpuso —y le fue concedido— recurso de apelación contra la providencia fechada el 19 de abril del corriente año que otorgó amnistía por los delitos de rebelión, asociación para delinquir, homicidio, lesiones personales, secuestro, saqueo, incendio y robo, cometidos en los municipios de Chigorodó, Dabeiba y Mutatá durante el lapso comprendido entre los años de 1949 y 1951, y decretó la cesación del procedimiento en favor de todos los sindicados. Allí mismo se negó ese beneficio a los procesados por delitos de violencia carnal.

HECHOS:

Cuando finalizaba el año de 1949, a raíz de la declaración de estado de sitio en todo el territorio nacional, se produjo un alzamiento en armas contra el gobierno, del cual fueron responsables, como dirigentes o integrantes del movimiento rebelde, numerosas personas, todas de idéntica filiación política, residentes en los municipios de Chigorodó, Dabeiba y Mutatá.

Ese, que en sus comienzos fue un acto de insurrección contra el Gobierno, se transformó rápidamente en guerra de exterminio decretada por los afiliados a un partido contra los del bando contrario, sin distinción de sexos, edades ni condiciones, y desarrollada en forma bárbara e inhumana. Fue así com al impulso del más fiero sectarismo se consumaron delitos sin cuento: asesinatos, lesiones personales, incendios, robos, secuetros, violaciones, todos de gravedad intrínseca indiscutible y algunos ejecutados con manifiesta atrocidad.

No fue posible, sin embargo, concretar el grado de participación de cada persona en esas infracciones, debido a que se llevaron a cabo en forma tumultuaria, por bandas que recorrían los campos perpetrando toda suerte de crímenes. En tales circunstancias resultaba imposible individualizar, en cantidad y en calidad, la cooperación prestada por cada uno de los partícipes.

En la providencia sometida al estudio de la Corte se relatan algunos de los numerosos ilícitos cometidos desde fines de 1949 hasta poco antes de terminar el año de 1951 en aquella martirizada región del Departamento de Antioquia. De "algunos" apenas porque, como se lee en el auto del Tribunal "en su mayoría parece que quedaron a la sombra de la impunidad, toda vez que aún se ignora cuántos crímenes quedaron ocultos".

Otro tanto puede decirse de los sindicados. Los

que pudieron ser determinados por sus nombres, indagatoriados o juzgados, se cuentan por centenares. En la lista que trae el auto de amnistía figuran más de novecientos, pero los que tomaron parte en esa despavorida acción de guerra son incontables.

LA AMNISTIA:

Disponen los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954 que se concederá amnistía "para los delitos políticos cometidos antes del 1º de enero" de 1954 "por nacionales colombianos". Es decir, para todos aquellos cuyo móvil ha sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo políticos".

Se sabe a ciencia cierta que todos los delitos de que trata este proceso se cometieron desde fines de 1949 hasta fines de 1951 por personas de nacionalidad colombiana.

Sobre el carácter político de las infracciones consumadas durante ese lapso en los municipios de Chigorodó, Dabeiba y Mutatá, no existe la menor duda. El móvil inicial fue el ataque al Gobierno contra el cual se alzaron en armas los moradores de esas poblaciones. Con sobrada razón admite el auto del Tribunal Militar que los delitos de que se viene hablando tienen carácter político, en el sentido que da a esta palabra el artículo 1º del Decreto 1.823 de 1954, porque —dice— "uno de los fines que perseguían aquellas bandas era el de exterminar a todos los (aquí una denominación política) que existían en aquellas regiones... otro de los motivos... era atacar al gobierno legítimamente constituído en ese entonces....." De ahí concluye el Tribunal que "los delitos principales cometidos por los bandoleros eran los de rebelión y en conexidad con éstos" los de homicidio, incendio, robo, etc.

De acuerdo con el artículo 4º del Decreto 1.823 de 1954 los beneficios de amnistía e indulto "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral".

Acepta el auto del Tribunal —y lo admite la Corte— que varios de los delitos cometidos por las bandas que azotaron a los tres ya nombrados municipios de Antioquia, revisten caracteres de atrocidad. No obstante ese reconocimiento otorga el beneficio de amnistía en atención a que fueron "consumados en complicidad correlativa" y por esa razón "no puede predicarse e individualizarse la extrema insensibilidad moral en el autor o autores, como lo exige la ley".

Las apreciaciones del Tribunal Superior Militar se conforman con lo que antes y después de dictada la providencia que se estudia han sostenido la Corte Militar de Casación y Revisión y la Corte Suprema de Justicia. La primera, en sentencia de 3 de septiembre de 1954, pronunciada en el proceso que se instruyó por hechos conocidos con el nombre de "Sucesos de Sumapaz", dijo que cuando no se puede determinar la actividad propia y particular de cada uno de los autores y partícipes en la ejecución de delitos atroces y se esté en presencia de un suceso casi multitudinario, de una responsabilidad diluída en el gran número, será poco menos que imposible determinar cuáles acusan una extrema insensibilidad moral para negarles a esos y conceder a los restantes el beneficio de amnistía.

Y la Corte Suprema de Justicia, por conducto de su Sala Penal, se expresó así en providencia fechada el 19 de agosto último:

"Quizás no sea desacertado este criterio porque cuando el delito es complejo y en su ralización han intervenido varios sujetos (delito colectivo), sin que se hubiera averiguado la participación de cada uno, no resulta entonces fácil determinar de parte de quién provino la demasía en las acciones. Y así, si el hecho, en su conjunto, puede atribuírse a todos, no de todos podrá decirse inequívocamente que obraron con crueldad. Porque no sería raro que alguno o algunos hayan sido ajenos a las modalidades del delito, a los bárbaros o inhumanos medios de ejecución, o a sus innecesarios rigores, y aun hayan reprobado íntima o manifiestamente los excesos, reveladores de insensibilidad moral".

El otorgamiento de los beneficios de amnistía e indulto no es acto que deje completamente tranquila la conciencia del juzgador, porque la impunidad de atroces delitos cometidos por sectarismo político no encuentra fundamento en la equidad, sino en simples razones de conveniencia pública. Con mucha propiedad lo dijo Pessina en las siguientes palabras que sirven para tranquilizar el ánimo de los Jueces que en obedecimiento a mandatos legales deben amparar con el olvido las más grandes iniquidades:

"La amnistía no tiene en cuenta razones de justicia sino tan sólo de conveniencia general. Por esto no es personal, ni concedida nominativamente a uno o a muchos culpables, sino a todos los que han cometido determinados delitos, sin preocuparse de quiénes sean, cuáles sus condicio-

nes y su situación especial, pues no se otorga propiamente en su beneficio, sino mirando a la paz y conveniencia del Estado".

Ninguna observación hace la Sala a la negativa del beneficio de amnistía a los sindicados del delito de violencia carnal de que fueron víctimas María Lourdes y Ana Felisa Osorio "toda vez que se trata de un delito común ajeno completamente a factores de índole política".

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA EL AUTO APELADO.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas— Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

EN MATERIA PENAL, LOS DICTAMENES PERICIALES NO SON POR SI SOLOS PLENA PRUEBA Y DEBEN SER APRECIADOS POR EL JUEZ EN ARMONIA CON LO DISPUESTO EN EL ARTICULO 723 DEL C. J. — LO RELATIVO A LA COMPETENCIA DE LOS PERITOS, SU IMPARCIALIDAD Y LOS DEMAS ATRIBUTOS QUE JUEGAN PAPEL EN LA CRITICA DE SU DICTAMEN, PUEDE Y DEBE DISCUTIRSE EN LAS OPORTUNIDADES QUE LA MISMA LEY SEÑALA. — EL LEGISLADOR NO PRETENDIO CONSAGRAR UN TRATO DE EXCEPCION PARA QUIENES INCURREN EN ESTAFAS, EN EJERCICIO DEL COMERCIO. — DIFERENCIAS ENTRE EL DELITO DE ESTAFA Y EL ILICITO INCRIMINADO EN EL ARTICULO 283 DEL C. P. — DENTRO DE LA CAUSAL PRIMERA SOLO CABE LA ALEGACION DE CUESTIONES DE PURO DERECHO; SI ESTAS SE ROZAN CON CUESTIONES DE HECHO O PROBATORIAS, DEBE INVOCARSE TAMBIEN LA CAUSAL SEGUNDA Y ALEGARSE AL RESPECTO

1. — Los juzgadores pueden apartarse de los conceptos periciales, que, según previsión legislativa (artículo 268 del Código de Procedimiento Penal), no constituyen por sí solos plena prueba. Pero, tratándose de esta ciencia nueva de la grafología en que, al decir de Alfredo Binet, juegan papel importante las disposiciones naturales de intuición del grafólogo, no puede pretenderse que el juzgador se convierta en especialista, al hacer la crítica del dictamen correspondiente, para aceptarlo o rechazarlo. Precisamente por ello, porque el perito es auxiliar del Juez en ciencias que éste no conoce o no domina, el Código Judicial le dio las siguientes sabias pautas de apreciación:

"Fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifiestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen" (Artículo 723).

Estas dos disposiciones legales (artículos 268 del Código de Procedimiento Penal y 723 del Código Judicial) son, sin duda, complementarias, no sólo por el medio natural de la interpretación sistemática, sino también a virtud de mandato expreso del legislador penal (artículo 7º del Código de Procedimiento Penal).

El tema de la competencia de los peritos y de su imparcialidad, puede y debe discutirse en las oportunidades que la misma ley señala. Se les puede recusar como a los Jueces (artículo 262 del Código de Procedimiento Penal); y su peritación puede objetarse por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículo 267 ibídem). A mayor abundamiento cualquiera de las partes puede exigir, dentro del término previsto en el artículo 266 del estatuto procesal, que el perito explique su dictamen, lo amplíe, "o lo rinda con mayor claridad". De esta suerte, se arroja luz sobre los conceptos oscuros o se elimina lo "cabalístico" y "misterioso" de los términos. Si estos remedios procesales no se emplean en las instancias, no es ilógico deducir de tal omisión, en la mayoría de los casos, que se ha aceptado de antemano la versación científica del perito o se tiene fundada confianza en su rectitud. Y estas ocurrencias, como ya se observó, sirven al Juez de bases de apreciación (artículo 723 citado). Bien puede ocurrir, en otros casos, que la omisión dicha no signifique verdadero asentimiento. Entonces, la tarea de obtener el rechazo del dictamen pericial se dificulta, y, raras veces, prospera Porque, estando ligada la función crítica del Juez a los hechos procesales correlativos, ni podrá desentenderse de éstos, ni su-

plir la falta de los que las partes no tuvieron a bien contribuír a que se produjesen.

Obtenidos o presumidos los elementos de juicio anotados, es decir, la calidad, fama e ilustración de los peritos, su imparcialidad y la confianza manifestada hacia ellos por las partes (artículo 723 citado), la ilación entre los hechos y las conclusiones del dictamen se plantea como un mero problema de lógica

2.—Sería totalmente infundado suponer que el legislador hubiera pretendido sujetar a un trato de excepción a quienes, en el ejercicio del comercio, cometen estafas. Lo que pasa es que, en el evento incriminado en el artículo 283, el provecho ilícito no se obtiene por el agente delictivo como la necesaria culminación de un proceso ponderado de persuasión en que el artificio, la superchería o la industria sirven siempre de instrumento para inducir en error al ofendido y obtener, por ese medio, su asentimiento. El mecanismo de tal delito, en sus aspectos formales y morales, es de ordinario simple, incomplejo, y puede referirse a simples palabras mentirosas. Mediante un ardid cualquiera, por un licor que está a la vista del público, se da otro; por un peso determinado, se entrega uno inferior. Para eso no se necesitan mayores artificios o peculiar industria; y el engaño se consuma con el hecho mismo de la entrega ,burlándose así la buena fé del comprador, pero sin que, normalmente, haya sido necesario el empleo del aparato y los embustes a que suelen ocurrir los estafadores, bien sean habituales o bien ocasionales.

Lo que ocurre en la estafa es distinto, como es bien sabido. En esta, la prestación patrimonial de la víctima ha sido precedida del juego habilidoso de ardides y tretas; del deslumbramiento de los falsos títulos, las calidades imaginarias o las mentidas influencias; en fin, de lo que Códigos y doctrinantes han denominado, dentro de la variedad de matices del idioma, socaliña, maquinación, impostura, superchería, mohatra, astucia engañosa, estratagema, industria, maquinación, maniobra, manejos artificiosos, etc. etc.

3.—Cuando el recurrente, al ocuparse en el desarrollo de los cargos —en una condena por estafa—, no demuestra que los elementos probatorios interpretados por el Tribunal como significantes de artificios y engaños, hayan sido defectuosamente apreciados, o se les haya conferido un valor suasorio que no tienen, no puede prosperar el cargo dentro del marco de la causal primera de casación, ya que el asunto no resulta ser de puro derecho, y debe, por lo tanto, ser objeto de alegación dentro de la causal segunda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

VISTOS:

El 2 de agosto de 1957 llegó a esta Corporación, con sus antecedentes procesales, la sentencia del 12 de junio del mismo año, por medio de la cual el Tribunal Superior de Medellín confirmó, con alguna reforma, lo resuelto por el Juez de primer grado, en la causa contra EFRAIN LONDOÑO MEJIA y otro, por el delito de estafa. Las penas impuestas al reo en dicha sentencia fueron la de tres años de prisión y las accesorias de rigor.

El asunto ha venido a la Corte para que se resuelva el recurso extraordinario de casación interpuesta por el procesado.

Cumplidos como están los trámites del caso, la Sala procede a resolver, mediante las siguientes consideraciones:

HECHOS:

Pueden resumirse en unas pocas líneas. Las Rentas Departamentales de Antioquia compraron al procesado, vecino a la sazón de Bogotá, doscientas docenas de botellas de vino "Champaña" semi seco, de la conocida marca francesa "Veuve-Clicquot Ponsardin", a doscientos sesenta y cuatro pesos cada ($ 264.00) cada docena. Comprometióse el vendedor a entregar dicha mercancía en Medellín, sesenta días después del 2 de mayo de 1956. El 7 y el 17 de julio del propio año, las Rentas de Antioquia recibieron lo comprado; y pagaron por la primera remesa treinta y nueve mil quinientos setenta y ocho pesos. Pero la mercancía no resultó ser el expresado licor de alta calidad, sino un modesto vino espumoso de la fábrica "Vinera, Limitada", que, en Bogotá, tienen los señores Vicente y Luis Negret.

El distinguido abogado del recurrente acepta estos hechos, en el escrito de 25 de septiembre de

1957, contentivo de la demanda de casación, y agrega:

"Las Rentas de Antioquia afirman "haber recibido champa falsificada o adulterada;.... en el proceso se demostró que no se trataba de ninguna falsificación o adulteración, sino simplemente de que en empaque de una determinada mercancía, había ....otra.... La afirmación de la persona adquirente es cierto. Y es cierta también la variación en la calidad de la mercancía. Sobre estos extremos no hay nada que afirmar ni negar, en cuanto a la sentencia recurrida'.

En lenguaje llano, el demandante sostiene que lo que creyó vender el procesado fue champaña del que dijo haberles comprado a los señores Negret; y que, en definitiva, son estos los responsables del cambio de un artículo extranjero de superior calidad por otro ordinario, de fabricación nacional.

LA DEMANDA DE CASACION

La funda el recurrente en las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del C. de P. P., y alega la primera como consecuencia de la otra.

Sostiene el libelo, para fundar la segunda causal, que el proceso no arroja plena prueba que infirme lo dicho por el procesado, en lo referente al cambio de lo vendido a las Rentas de Antioquia; y que, por el contrario, esa misma manifestación del reo —"desconocida totalmente en la sentencia"— conduce a la posibilidad de imputar a los Negret la variación del contenido" de los empaques "y por ende a descartar totalmente la existencia de dolo en la actividad" del mismo intermediario.

En apoyo de lo anterior, agrega el recurrente: "Dentro del término probatorio de la segunda instancia el apoderado del procesado, presentó como prueba de que para la fecha de la negociación con las Rentas..., había comprado a los Negret champaña Veuve Clicquot, un recibo escrito a mano, fechado el 27 de junio de 1956 y firmado por Vicente Negret (folios 13, cuaderno 7). De ser auténtico este recibo y su contenido, "la tesis" del procesado "resulta cierta".

A ello puede responderse:

El hecho de que el reo hubiera comprado "champaña" a los señores Negret, suponiéndolo cierto no demuestra, por sí solo, que no hubiera tomado a los mismos vino espumoso de fabricación nacional; tampoco lo liberta de la fundada imputación de haber entregado, a sabiendas, un licor colombiano de baja calidad, distinto del convenido y de un precio muy inferior. El intermediario que, habitualmente, negocia con licores y, específicamente, con el llamado "champaña", sabe qué es lo que compra al productor o expendedor, y qué es lo que vende al consumidor. Es lo natural y lógico, y lo excepcional debe probarse.

Los señores Negret han sostenido, en el proceso, que ellos únicamente venden mercancía nacional, y niegan, por tanto, haberle vendido al reo champaña de procedencia foránea. El Tribunal ha examinado, en vista del antagonismo excluyente de estas dos posiciones procesales, una serie de indicios graves y conexos que militan contra el acusado y desvirtúan sus protestas de inocencia. Ni siquiera los antecedentes del reo lo favorecen, pues lo exhiben com girador de cheques de los vulgarmente llamados "chimbos", esto es, carentes de provisión de fondos.

También obra en el proceso un dictamen pericial, reproducido por el msmo recurrente en su demanda. Este dictame, que se refiere al recibo del folio 13, cuaderno 7º suscrito por Vicente Negret, es de carácter grafológico, y dice, entre otras cosas:

"Examinados los varios manuscritos que se señalan detalladamente en el anterior interrogatorio y observadas las recomendaciones de los más autorizados expositores, he llegado a las siguientes conclusiones: 1ª. El grafismo habitual del señor Vicente Negret se caracteriza por la regularidad, equilibrio rítmico, normalidad kinética y expresión homogénea, que lo hace inconfundible con cualquiera otro que se le enfrente. Así, puede asegurarse que el autor del dictado de folios 17 vuelto y 18 del cuaderno 7º., lo es también del texto del recibo.... por $ 4.500.00 del folio B del mismo cuaderno, con excepción de las palabras "Veuve Clicquot" y "entregada" con que termina aquel documento. 2ª.—La firma que dice "Vicente Negret" trazada al pié del recibo por $ 4.500.00 del folio 13, coincide exactamente con las firmas que dentro del proceso trazó la persona que lleva el mismo nombre, por lo cual se le debe considerar como autora de aquélla. 3ª.—Las palabras agregadas al recibo primitivo u original son magnífica caracterización simulatoria del grafismo del señor Negret, ejecutadas por la mano de persona muy experimentada en el arte de la pluma".

Firma este dictamen el conocido grafólogo, doctor Miguel Aguilera, dictamen que el recurrente impugna porque, a su parecer, el perito usó "términos cabalísticos o misteriosos" y porque "al

más lerdo se le ocurre que todo el documento tiene como autora la misma mano en el mismo acto y por la misma razón".

La Sala ha examinado detenidamente el documento, y ha llegado a conclusiones opuestas a las del demandante, pues encuentra en aquel señales más o menos notorias de adulteración. El Tribunal debió obtener la misma impresión y no halló motivos valederos para desechar la opinión autorizada del distinguido grafólogo.

Los juzgadores pueden apartarse de los conceptos periciales, que, según previsión legislativa (artículo 268 del Código de Procedimiento Penal), no constituyen por sí solos plena prueba. Pero, tratándose de esta ciencia nueva de la grafología en que, al decir de Alfredo Binet, juegan papel importante las disposiciones naturales de intuición del grafólogo, no puede pretenederse que el juzgador se convierta en especialista, al hacer la crítica del dictamen correspondiente, para aceptarlo o rechazarlo. Precisamente por ello, porque el perito es auxiliar del Juez en ciencias que éste no conoce o no domina, el Código Judicial le dio las siguientes sabias pautas de apreciación:

"Fuéra de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen" (Artículo 723).

Estas dos disposiciones legales (artículos 268 del Código de Procedimiento Penal y 723 del Código Judicial) son, sin duda, complementarias, no sólo por el medio natural de la interpretación sistemática, sino también a virtud de mandato expreso del legislador penal (artículo 7º del Código de Procedimiento Penal). Y no aparecen violentadas en el fallo acusado, en términos tales que su desconocimiento haya conducido a una errada apreciación de la prueba misma, o de los hechos que le sirven de sustento o principio de valoración.

El tema de la competencia de los peritos y de su imparcialidad, puede y debe discutirse en las oportunidades que la misma ley señala. Se les puede recusar como a los Jueces (artículo 262 del Código de Procedimiento Penal); y su peritación puede objetarse por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículo 267 ibídem). A mayor abundamiento, cualquiera de las partes puede exigir, dentro del término previsto en el artículo 266 del estatuto procesal, que el perito explique su dictamen, lo amplíe, "o lo rinda con mayor claridad". De esta suerte, se arroja luz sobre los conceptos oscuros o se elimina lo "cabalístico" y "misterioso" de los términos. Si estos remedios procesales no se emplean en las instancias, no es ilógico deducir de tal omisión, en la mayoría de los casos, que se ha aceptado de antemano la versación científica del perito o se tiene fundada confianza en su rectitud. Y estas ocurrencias, como ya se observó, sirven al Juez de bases de apreciación (artículo 723 citado). Bien puede ocurrir, en otros casos, que la omisión dicha no signifique verdadero asentimiento. Entonces, la tarea de obtener el rechazo del dictamen pericial se dificulta, y, raras veces, prospera. Porque, estando ligada la función crítica del Juez a los hechos procesales correlativos, ni podrá desentenderse de éstos, ni suplir la falta de los que las partes no tuvieron a bien contribuír a que se produjesen.

Obtenidos o presumidos los elementos de juicio anotados, es decir, la calidad, fama e ilustración de los peritos, su imparcialidad y la confianza manifestada hacia ellos por las partes (artículo 723 citado), la ilación entre los hechos y las conclusiones del dictamen se plantea como un mero problema de lógica.

Estas consideraciones son aplicables al caso, ya que, en las instancias del juicio, las partes no recusaron al perito doctor Aguilera, ni le solicitaron aclaración o más completas explicaciones, ni, en fin, objetaron su dictamen, por el procedimiento previsto en la ley.

Finalmente, no debe perderse de vista que las conclusiones del perito grafólogo no se han tomado, en el proceso, como indicio incriminativo contra el acusado (pues sólo se allegaron en la segunda instancia, después de la sentencia de primer grado), sino, simplemente en calidad de elemento coadyuvante para el rechazo de un medio defensivo. Desestimado el dictamen como insuficiente, falto de adecuada motivación o indigno de crédito, ello no conduce, lógicamente, a aceptar que el documento redargüído de falso sea genuino en la integridad de sus expresiones. Se aboliría una prueba, pero esta abolición sería procesalmente "irrelevante".

* * *

Con innegable habilidad, el recurrente comenta lo ocurrido con el recibo por mil cuatrocientos pesos ($ 1.400.00), que obra en los autos, para

construir una sospecha dirigida a fijar en el señor Negret la responsabilidad del cambio de un licor por otro.

El mencionado señor Negret absolvió así su indagtoria, en lo pertinente:

"La firma de este recibo (aclara la Sala que es escrito a máquina y distinto del referente a cuatro mil quinientos pesos), se parece a la mía, y a simple vista la reconozco como la mía de puño y letra..... **y desconozco** (subraya la Sala) la parte final en cuanto dice VEUVE CLICQUOT que se ve claramente que ha sido adicionado posteriormente, por ser distinto el tipo de máquina y tener al final de la frase CHAMPAÑA un punto que indica la terminación de la frase. Como ya anteriormente lo he declarado, al señor Efraín Londoño Mejía siempre le vendí champaña GRAN DUCADO, y nunca de otra marca..... La firma de este recibo (ahora alude al de $ 4.500.00) se parece a la mía... También se parece a mi letra, la del texto del mencionado recibo, pero la parte donde dice VEUVE CLICQUOT no ha sido escrita por mí, pues se nota que es otro tipo de letra".

La preinserta declaración de Negret concuerda, pues, con el dictamen del grafólogo doctor Aguilera.

El abogado del reo llama la atención de la Sala hacia lo ocurrido con el recibo de $ 4.500.00 durante la diligencia que, en parte, se acaba de trascribir. Dice que, en cierto momento, el señor Negret se quedó solo en el despacho, pues "el Secretario del Juzgado... hubo de pararse a atender la llamada" de la Procuraduría "en el local siguiente, y al regresar a los dos minutos máximo, había desaparecido del cuaderno número 7,.. el recibo manuscrito" de que se viene hablando. "Se requirió verbalmente (a Negret) para que lo devolviese y dijo no haberlo cogido. Se le requisó por la policía y no se le halló. Y, finalmente, después de buscarlo insistentemente, se encontró botado y ajado en el patio oriental; había sido botado por la ventanilla de la Secretaría al mencionado patio".

Dice el representante del reo que este incidente deja en claro a su defndido y arroja todas las sospechas del caso sobre Vicente Negret.

Es este el principal argumento que contiene la demanda, en respaldo de la causal segunda de casación.

Se contesta:

Trátase de un hecho equívoco, cuyo alcance no es, necesariamente, el que le atribuye la demanda. En efecto: aun suponiendo que hubiera sido Negret quien arrojó por la ventana el expresado recibo —cosa que no está plenamente probada, pues el indicio no es necesario—, no por eso podría concluírse que tal recibo esté exento de adulteración. Lo único que sería aceptable deducir de esa circunstancia, en el caso de que tuviese carácter de plena prueba ,sería que Negret se atemorizó a la vista de la "magnífica" imitación de su letra en las palabras "VEUVE CLICQUOT y "ENTREGADA".

Si el verdadero responsable de una estafa tiene en sus manos el **único** documento que lo compromete, y está en situación de hacerlo desaparecer, lo destruye o lo ingiere, como es común en casos análogos; pero no comete la torpeza de arrojarlo sin menoscabo por la ventana. Si el señor Negret hizo esto último, ello se explicaría por el temor de verse expuesto a las resultas de una falsificación cometida por otra persona, pero que a él podía perjudicarlo, envolviéndolo en las contingencias de un proceso penal. Los que más temen a esta clase de investigaciones periciales no son los culpables, sino los inocentes.

El valor probatorio del dictamen grafológico no puede estimarse destruído, ni siquiera atenudo por el hecho equívoco que se acaba de examinar, a propósito del incidente de la ventana. Los esfuerzas del distinguido abogado del reo para demostrar una imposible eficacia purgadora a tal hecho, resultan vanos.

Entre los indicios vehementes y conexos que militan contra las explicaicones del procesado, el Tribunal sentenciador pone de manifiesto el siguiente:

"Efraín Londoño M. resulta obteniendo de las Rentas de Bolívar guías de internación para champaña en 1956, así: el 23 de febrero para 240 botellas; el 16 de mayo, 600 botellas; en la misma fecha, 600 botellas; el mismo día, 600 botellas, y también en igual fecha, 600 botellas (cuatro guías diferentes), con números de orden 086589, 101878, 101883, 101890 y 101895 (folios 58 y 60 del cuaderno de pruebas de la parte civil). No debe ser mera coincidencia que las 2.400 botellas vendidas a las Rentas de Antioquia resulten amparadas el mismo día en Cartagena con licencias de importación".

La Procuraduría, en escrito de 26 de marzo de 1958, al contestar la demanda de casación (folios 46, cuaderno 9), observó la anormalidad de que el procesado "inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá como importador de LICORES EN GENERAL dedicado a la COMPRA Y VENTA DE LICORES EXTRANJEROS, NACIONALES (sic) —folio 159, cuaderno 1º— no viera, en la

presentación exterior de las botellas, que la champaña Veuve Clicquot que dice le vendieron los Negret no era legítima; y que, como experto en el comercio de tales licores, hubiese creído, ingenuamente, que podía comprar la legítima champaña francesa a $ 50.00 y $ 80.00 docena, para a su turno venderla a $ 264.00 docena".

Estos indicios y los demás de que habla la sentencia recurrida, son abrumadores; y su mérito, lo mismo que el del dictamen pericial, no puede pasarse por alto, al examinarse la demanda de casación.

Por lo visto, no puede prosperar la acusación hecha contra la sentencia, con fundamento en la causal 2ª del artículo 567 del C. de P. P.

* * *

CAUSAL PRIMERA

La invoca el abogado del recurrente sobre la base de que "el hecho imputado no es constitutivo del delito de estafa....., sino de un delito denominado contra la industria y el comercio, tipificado en el artículo 283 del Código Penal; pero como dicho artículo está suspendido por el 11 del Decreto 534 de 1954, el hecho imputado no era para la fecha de su comisión, delito, o lo que es lo mismo, se ha violado el principio de reserva contenido en la Constitución (artículo 26), y desarrollado por el Código Penal que se expresa así: **Nullum crimen, nulla poena sine lege".**

Se contesta:

El referido artículo 283 no estaba, evidentemente, en vigor, cuando se cometió el delito. Tal norma disponía que, cuando el delincuente, en ejercicio del comercio, engañase al comprador, entregándole una cosa por otra, o una de origen, calidad o cantidad diversa de la declarada o convenida", incurriría en arresto y en multa.

El abogado del reo sostiene que, si ésta hubiera estado en vigor, habría sido la aplicable a su representado. La Sala no acepta este hiptético razonamiento, pues observa que está edificado sobre un supuesto inexacto: el de que Efraín Londoño Mejía no empleó artificios o engaños con que indujera en error a los empleados de las Rentas de Antioquia, entidad compradora.

Sería totalmente infundado suponer que el legislador hubiera pretendido sujetar a un trato de excepción a quienes, en el ejercicio del comercio, cometen estafas. Lo que pasa es que, en el evento incriminado en el artículo 283, el provecho ilícito no se obtiene por el agente delictivo como la necesaria culminación de un proceso ponderado de persuasión en que el artificio, la superchería o la industria sirven siempre de instrumento para inducir en error al ofendido y obtener, por ese medio, su asentimiento. El mecanismo de tal delito, en sus aspectos formales y morales, es de ordinario simple, incomplejo, y puede referirse a simples palabras mentirosas. Mediante un ardid cualquiera, por un licor que está a la vista del público, se da otro; por un peso determinado, se entrega uno inferior. Para esto no se necesitan mayores artificios o peculiar industria; y el engaño se consuma con el hecho mismo de la entrega, burlándose así la buena fé del comprador, pero sin que, normalmente, haya sido necesario el empleo del aparato y los embustes a que suelen ocurrir los estafadores, bien sean habituales o bien ocasionales.

Lo que ocurre en la estafa es distinto, como es bien sabido. En esta, la prestación patrimonial de la víctima ha sido precedida del juego habilidoso de ardides y tretas; del deslumbramiento de los falsos títulos, las calidades imaginarias o las mentidas influencias; en fin, de lo que códigos y doctrinantes han denominado, dentro de la variedad de matices del idioma, socaliña, maquinación, impostura, superchería, mohatra, astucia engañosa, estratagema, industria, maquinación, maniobra, manejos artificiosos etc., etc.

Entre los artificios previos de la estafa incriminada a Londoño Mejía, puede mencionarse el que enfoca el Tribunal así:

"Desde que se inició el negocio de compraventa de champaña, se engañó a las Rentas de Antioquia, haciéndoles creer que no podía hacerse la entrega inmediata por falta de existencias, según consta en el folio 42, en donde se dice: 'Demiseca esperamos cargamento término 60 días', marconigrama suscrito por "Efralon", lapso que se dejó correr íntegro, para anunciar el día de su vencimiento (folios 28), que se estaba haciendo el correspondiente despacho", con lo cual se hizo creer que se esperaba su llegada de tierras foráneas.

No fueron estos artificios los únicos, pero es innecesario aludir a todos. La sentencia acusada abunda en análisis al respecto. De otra parte, el recurrente no demostró, al ocuparse en el desarrollo de los cargos, que los elementos probatorios interpretados por el Tribunal como constitutivos o significantes de artificios y engaños, hubieran sido defectuosamente apreciados, o se les hubiera conferido un valor suasorio que no tenían.

El asunto suscitado bajo los reparos de la cau-

sal primera, no resulta, pues, de puro derecho; y no puede desvincularse de la apreciación correspondiente a las pruebas a que acaba de aludirse. A la crítica de tales elementos no creyó del caso acudir el demandante, dentro del marco propio de tal labor, o sea, al desarrollar los cargos relativos a la causal segunda. Lo cual quiere decir, conforme a lo anotado, que la violación de la ley penal, por errónea interpreación o por indebida aplicación, ni ostensible, ni fue demostrada por el recurrente.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio— Carlos Arturo Díaz, Conjuez. — Pioquinto León L., Secretario.

RECUSACION POR VENCIMIENTO DE TERMINOS LEGALES. — INTERPRETACION DEL DECRETO 3346 DE 1950

La causal de recusación establecida en el Decreto 3.346 de 1950 tiene por objeto inmediato separar del conocimiento al funcionario moroso o negligente y como finalidad remota eliminar gradualmente de la administración de justicia a los que por incuria, indolencia o falta de celo se hayan mostrado indignos de pertenecer a la más importante rama de la administración pública. No basta, por consiguiente, demostrar un simple retardo o el vencimiento de un término, para que inexorablemente deba sancionarse con la separación del conocimiento al formalmente responsable. Forzoso es reconocerle el derecho que tiene a demostrar que el retardo se debe "a fuerza mayor o caso fortuito". Solamente así se evitan injusticias y se impide que jueces eficientes sean separados del servicio público.

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

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

El doctor Ismael Rincón Z., en su calidad de defensor de Lorenzo González a quien se acusa como responsable de homicidio, recusó al señor Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Gustavo Orjuela Hidalgo, con fundamento en lo dispuesto por el Decreto 3.346 de 1950, "por no haber despachado dentro de los términos que le señala el Código de Procedimiento Penal en los artículos 553 y 554, el proceso" en referencia.

Para probar el fundamento legal de la recusación se remite el doctor Rincón Zamudio al propio expediente "en el cual consta que el negocio entró a su Despacho para sentencia de segunda instancia, el día 6 de marzo del presente año". "Tengo conocimiento —agrega— de que negocios que han entrado con posterioridad a dicha fecha ya han sido resueltos, creándose así una odiosa discriminación incompatible con la equidad que debe presidir todos los actos de los funcionarios encargados de la recta administración de justicia".

El señor Magistrado doctor Orjuela acepta que, ejecutoriado el auto de citación para sentencia, el aludido negocio entró a su despacho, para fallo de segunda instancia, el día 6 de marzo de 1958. Admite también que "el día 8 de agosto de 1958, fecha en que se presentó el memorial de recusación, la sentencia de segundo grado no se había pronunciado, ni estaba elaborado el proyecto correspondiente, para ser discutido y firmado por la Sala de Decisión Penal" y que "en consecuencia, es cierto que venció, sin actuar, el término señalado en el artículo 553 del Código de Procedimiento Penal".

Sin embargo, el H. Magistrado doctor Orjuela Hidalgo no acepta como ciertos los hechos en que se basa la recusación por cuanto —dice— "la demora que se advierte no es injustificada, pues se debe a fuerza mayor producida por la imposibilidad física en que me he hallado para despachar, dentro de los términos legales, todos y cada uno de los negocios que me han correspondido como Magistrado Ponente".

A continuación entra a demostrar, apoyado en la labor realizada durante el lapso a que la recusación se refiere, que la demora ha sido justificada.

Se considera:

Dispone el artículo 1º del Decreto 3.346 de 1950 que "a partir del 1º de enero de 1951 podrá ser recusado, lo mismo en los procesos civiles que en los penales, en los contencioso-administrativos y en los que se tramiten ante la Jurisdicción del Trabajo, el funcionario que deje vencer, sin actuar, los términos que la ley le señale al efecto, **a menos que la demora se deba a fuerza mayor o caso fortuito".** (Subraya la Sala).

La causal de recusación establecida en la disposición transcrita tiene por objeto inmediato separar del conocimiento al funcionario moroso o negligente y como finalidad remota eliminar gradualmente de la administración de justicia a los que por incuria, indolencia o falta de celo, se hayan hecho indignos de pertenecer a la más

importante rama de la administración pública. No basta, por consiguiente, demostrar un simple retardo o el vencimiento de un término, para que inexorablemente deba sancionarse con la separación del conocimiento al formalmente responsable. Forzoso es reconocerle el derecho que tiene a demostrar —como ha ocurrido en el presente caso— que el retardo "se debe a fuerza mayor o caso fortuito". Solamente así se evitan injusticias y se impide que jueces eficientes sean separados del servicio público.

El señor Secretario de la Sala Penal del Tribunal, en la certificación expedida con ocasión de este incidente, hace saber que entre el 7 de marzo de 1958 (fecha en que principió a correr el término para fallar en segunda instancia) y el 8 de agosto del mismo año (fecha de la recusación), se despacharon, con ponencia del Magistrado doctor Orjuela Hidalgo, 17 sentencias y 191 autos interlocutorios o sea, en total, 208 providencias, sin contar las de sustanciación. Y si a esa cifra se agregan seis proyectos que habían pasado a la firma de los restantes Magistrados de la Sala y diez y nueve más que aún no se habían considerado, resulta que durante los 119 días hábiles comprendidos en el lapso arriba indicado, despachó el Tribunal, con ponencia del Magistrado doctor Orjuela, dos providencias de fondo, en promedio diario.

Bastaría lo anterior para concluír que carece de fundamento legal la recusación por no ser injustificada la demora. No sobra advertir, sin embargo, como lo hace el Magistrado Orjuela, que a esa labor, por sí sola suficiente para destruír el cargo de morosidad, deben agregarse las inherentes a la discusión, estudio y firma de los autos interlocutorios y sentencias cuya ponencia corresponde a otros dos Magistrados con quienes el doctor Orjuela forma Sala de Decisión; a la asistencia a las Salas de Acuerdo o Plenas del Tribunal; al cumplimiento de diversas y complejas comisiones que la Corporación le ha encomendado, como la relacionada con el estudio de los problemas suscitados por el tránsito de legislación en materia de delitos de calumnia e injuria cometidos por medio de la prensa; a la colaboración prestada en el estudio de un anteproyecto de ley reformatorio de la 48 de 1936 y del Decreto 0014 de 1955, etc.

La Corte no admite, por no estar demostrada y sí, en cambio, reñida con la probada rectitud del Magistrado Orjuela, la afirmación de que él ha pretendido crear "una odiosa discriminación incompatible con la equidad que debe presidir todos los actos de los funcionarios encargados de la recta administración de justicia".

La siguiente explicación del funcionario recusado es suficiente para rechazar el cargo:

"Es verdad que en mi despacho se han fallado algunos procesos entrados con posterioridad al 6 de marzo de 1958; para establecerlo así el abogado recusante, no era necesario acudir a la Sección de Vigilancia del Ministerio de Justicia, como afirma haberlo hecho el doctor Rincón Zamudio, puesto que nunca he negado nada de lo que he hecho o he dejado de hacer.

"Pero el que así haya sucedido no es inusitado, sino muy frecuente en los despachos judiciales, ni injusto, ni constitutivo de odiosa discriminación, y tiene explicación satisfactoria y muy sencilla: he dado, y creo que debo darle, prelación a los procesos con sindicado detenido, y éste no era el caso del señor Lorenzo González Martínez, absuelto en primera instancia y puesto en libertad con fianza; algunos de estos negocios eran de fácil resolución (prescripciones, cesación del procedimiento por muerte del procesado, por matrimonio posterior, etc.), y los respectivos proyectos fueron elaborados por mi auxiliar y revisados y firmados por mí; en otros, los interesados se sirvieron solicitar, verbalmente o por escrito, su resolución pronta (lo que nunca hizo —que yo sepa— el doctor Rincón Zamudio con relación al en que actúa como defensor del señor Lorenzo González), aduciendo motivos atendibles (necesidad de obtener certificado de policía del procesado, para conseguir trabajo, etc.). Como el gran número de procesos que llegan al Tribunal no permite a los Magistrados despacharlos todos dentro de los términos legales (salvo que cuenten con excepcionales capacidades intelectuales y de resistencia física, de que carezco), en mi caso particular creo que el proceder como lo he hecho no es motivo de censura ni de sanción".

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **DECLARA NO PROBADA** la causal de recusación invocada contra el Magistrado doctor Gustavo Orjuela Hidalgo y **ORDENA**, en consecuencia, que siga conociendo del proceso contra Lorenzo González, acusado de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

NO SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE CASACION INTERPUESTO EN LA EPOCA EN QUE, DE ACUERDO CON LA LEGISLACION ESPECIAL SOBRE JUSTICIA PENAL MILITAR, NO SE REQUERIA LA FORMALIDAD DE LA DEMANDA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, once de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez.

VISTOS:

Juan Bautista Pastusán Mora, "soldado perteneciente al Batallón Guardia Presidencial, se hallaba de centinela en el Puesto número 11 del Palacio Presidencial, entre las 21.00 y 23.00 horas, del 1º de marzo del corriente año (1957). Siendo las 22.10, abandonó su puesto y entrando a las Oficinas de la Secretaría Privada, utilizando el yatagán para abrir el escritorio de la señora Berta de Rodríguez, se sustrajo un encendedor musical marca "Lighter", una libreta de apuntes, una pulsera, un frasco de perfume y una bandera con el escudo de Colombia; luégo entró a la Oficina de la Asesoría Jurídica y sustrajo del escritorio del doctor García Barriga la Cruz de Boyacá, varios paquetes de cigarrillos americanos y un corta papel".

Los hechos a que se contrae el anterior relato, determinaron el procesamiento criminal del soldado Pastusán Mora, el cual fue condenado por la autoridad militar respectiva a la pena principal de dos años y quince días de prisión, fuéra de las accesorias de ley, por los delitos de **robo y abandono del puesto**, de que lo declaró responsable, por unanimidad de votos, un Consejo Verbal de Guerra.

De la condena aludida conoció, por consulta, el Tribunal Superior Militar, que la confirmó en decisión del 5 de septiembre de 1957, con modificaciones respecto a las penas accesorias y contra la cual interpuso el reo recurso de casación.

* * *

Oficiosamente, como lo prescribían las disposiciones, vigentes al momento de interponerse el recurso, ha examinado la Sala este proceso, con el objeto de elucidar si pueden serle aplicadas alguna o algunas de las causales de casación previstas en la ley como aptas para invalidar el fallo recurrido.

De dicho examen aparece que ninguna de las referidas causales procede, por lo cual se decidirá en conformidad. El señor Procurador de las Fuerzas Armadas es de igual parecer, y expresamente manifestó abstenerse de formular la demanda. Pero el recurso no se declarará desierto, porque al reo le precluyó el término para hacer lo mismo, en la época en que no era necesario el requisito de dicha demanda.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DECLARA que no hay lugar a la invalidación del fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO ESTABLECIDO EN EL DECRETO 3665 DE 1950, NO PERMITE ORDENAR PRUEBAS, SINO UNICAMENTE EN EL CASO Y PARA LOS EFECTOS DEL ARTICULO 7º IBIDEM. — LA JERARQUIA DE LOS TRIBUNALES EN RELACION CON LOS JUECES, NO ES ABSOLUTA Y ESTA LIMITADA POR EL SISTEMA DE COMPETENCIAS PROPIO DEL ESTADO DE DERECHO. — LA SOLA DEMORA DE UN FUNCIONARIO PUBLICO EN EL DESPACHO DE LOS NEGOCIOS DE QUE CONOCE, NO IMPLICA DELITO, PUES SI BIEN PUEDE SER FRUTO DE UNA SIMPLE NEGLIGENCIA CULPOSA O EFECTO DEL RECARGO EXCESIVO DE NEGOCIOS O LABORES; PERO ES DELICTIVA SU CONDUCTA CUANDO TAL DEMORA ES INTENCIONAL O DOLOSA

1.—El Decreto 3.665 de 1950 consagra dos sistemas diversos para dar impulso al proceso disciplinario: el uno requiere petición de "cualquier particular"; el otro se adelanta de oficio. Si se elige el primero, debe acompañarse por el querellante "la prueba sumaria de los hechos", "o siquiera un principio de prueba por escrito" (artículo 4º). También puede procederse a instancia del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia (ibídem).

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º, es obligación de quien tramita la queja o la denuncia, "hacer conocer por escrito al inferior los actos u omisiones que se le atrbiuyan, así como las pruebas correspondientes cuando ellas existieren".

Si se procede a instancia de un particular, y no se acompaña "siquiera un principio de prueba por escrito", ello significa que la queja no ha sido "legalmente formulada", como expresa el mismo artículo 5º; por lo tanto, el procedimiento no puede adelantarse.

Si se actúa de oficio, o a solicitud de las autoridades mencionadas, no es necesario acompañar pruebas. Pero cualquiera que sea el origen del proceso, el trámite inmediato previsto en la norma (artículo 5º) es el traslado al funcionario acusado, por diez días, para su descargo y para que pueda presentar las pruebas que tenga a bien, ib.).

Vencido el término del traslado, no queda sino decidir; pero, antes de hacerlo, "el superior puede dictar un auto para mejor proveer.....dentro de un término que no puede pasar de diez días, más el de la distancia", lapso que se concede para la práctica de las pruebas decretadas por tal auto (artículos 6º y 7º).

Esto es, en esencia, lo que el Decreto consagra, sin que el procedimiento pueda alterarse en un sentido o en otro, por respetables que sean las razones que se invoquen.

2.—Es evidente que un Tribunal Superior es un superior jerárquico de un Juez Municipal; pero también es evidente que no lo es en todo sentido o por todos los conceptos. Las instituciones nacionales corresponden al sistema del llamado "Estado de Derecho", que constituye, como dicen los tratadistas un régimen de competencias, perfectamente delimitado, en que cada funcionario tiene señalada la esfera de su actividad y el modo de llenar sus funciones, de tal suerte, que no pueda invadir zonas de otra competencia, ni sobrepasar la propia fijada por la ley. Dentro de tal régimen, es una verdad evidente que el particular puede hacer todo lo que no le esté prohibido en las leyes, al paso que el funcionario público sólo puede hacer, al ejercitar su investidura, aquello para que ha sido facultado y de la manera o mediante el procedimiento previsto en las instituciones. Si esta forma de ordenamiento, complejo o integral, pero armónico, no se respeta, aparece la desviación, exceso o abuso de poder.

La jerarquía no es, de consiguiente, un valor en sí o absoluto. El'a está constreñida a situarse dentro de la zona de competencia que la norma o normas le han impuesto, a aplicar el procedimiento como la ley ha previsto y querido que esta competencia se ejerza y a llenar, conforme al precepto, la

función finalista que, de suyo, posee o busca obtener todo acto legislativo.

3.— La sola demora de un funcionario público en decidir los negocios de que conoce, no implica delito, a la manera que la sola existencia de la muerte violenta de un hombre por otro hombre tampoco significa, necesariamente, que el último haya incurrido en el delito de homicidio. La demora puede haber sido fruto de una simple negligencia culposa, y, en este caso, la ausencia del dolo hace que la omisión, por voluntad de la ley, no pueda valorarse como delictiva. Puede haber sido efecto del recargo excesivo de negocios o labores, y rige entonces el principio clásico de que nadie está obligado a lo imposible ad imposibilia nemo tenetur), ya que, por otra parte, está derogado el artículo 1.828 del anterior procedimiento penal, cuyo inequitativo y draconiano texto decía:

"Ningún empleado o funcionario público se eximirá de la pena legal por las omisiones y faltas en que haya incurrido, aunque alegue y pruebe que el cúmulo de los negocios que estaban a su cargo no le permitió cumplir su deber en el caso de que se trata".

Pero otra cosa ocurre, cuando la omisión o demora, sin poder explicarse por aquellas circunstancias o por otras semejantes, encarna la objetivación de una mala voluntad en el cumplimiento del precepto; cuando —usándose los términos del penalista Welzel—, tal objetivación se presenta como voluntad de concreción del resultado o tipo previsto en la ley penal; o sea, cuando ella aparece impregnada de los necesarios elemenos subjetivos que comunican carácter intencional al hecho del orden externo, y con ellos, a la conducta.

Es delictuosa la conducta del funcionario público que, no ya ocasionalmente, sino por sistema y, con plena advertencia, se dispensa de resolver las solicitudes que se le hacen, dentro de los términos señalados en la ley, sin que importe que lo pedido sea o no procedente. Si lo es, lo legal es conceder lo solicitado; si lo contrario, se decidirá en forma negativa, pero oportunamente. No debe perderse de vista que, aún para asuntos en que el ciudadano pueda no ser tenido por parte legítima, en el sentido restricto de los términos, consagró la Constitución, en su artículo 45, la garantía de que las peticiones que se hagan, implican el derecho del solicitante a "obtener pronta resolución". Con mayor razón, si no se trata de asuntos de interés general, como dice el texto de la Carta, sino de aquellos en que el interesado puede ser parte y en la solicitud va envuelto el ejercicio del derecho de defensa.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, veintiocho de julio de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

En este proceso, originado en la denuncia del doctor Federico Estrada Vélez contra el doctor **Conrado Giraldo Palacio**, por cargos de responsabilidad en el ejercicio de las funciones de Magistrado del Tribunal Superior de Medellín, se denegó la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., solicitada por el Ministerio Público, ordenándose, al mismo tiempo, se recibiera indagatoria al procesado (folios 145 y siguientes).

Cumplida esta formalidad, se declaró cerrada la investigación y se obtuvo el concepto del señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien lleva la voz del Ministerio Público en el proceso y solicita, como resumen de sus conclusiones, que se sobresea definitivamente en favor del doctor Giraldo Palacio, pues no constituyen delito los hechos imputados.

Con posterioridad al cierre de la investigación, se recibió memorial del mismo doctor Giraldo Palacio, en que solicita que, con fundamento en las razones anteriormente expuestas por el señor Procurador, se dé aplicación al artículo 153 del C. de P. P., memorial que constituye petición pendiente que habrá de resolverse en esta providencia calificadora del mérito del sumario.

LOS HECHOS:

En memorial del 3 de diciembre de 1956, el abogado Camilo Torres Palau se querelló, ante el Tribunal Superior de Medellín, contra el doctor Bernardo Elejalde Toro, por actuaciones de este como Juez Civil Municipal de aquel distrito, que estimó irregulares o contrarias a la ley. No invocó el querellante disposición legal alguna, ni acompañó la prueba sumaria exigida por el ar-

tículo 4º del Decreto Extraordinario 3.665 de 1950, para los efectos del mismo Decreto. Y, repartida esta queja el Magistrado doctor Giraldo Palacio, éste dispuso lo siguiente, en Sala Unitaria, el 6 del mismo mes:

"Antes de resolver sobre la iniciación oficiosa de investigación, conforme al artículo 4º del Decreto Ley 3.665 de 1950, solicítese al funcionario acusado el envío de los ejecutivos acumulados contra Jairo Morales, los cuales fueron adelantados por Roberto Botero y el doctor Camilo Torres Palau".

Posteriormente, se dictó el siguiente auto, que lleva la firma del referido Magistrado y el Secretario:

"**De acuerdo con el informe anterior,** solicítese al Juzgado Segundo Civil Municipal **copia íntegra de la actuación** en los juicios ejecutivos acumulados de Roberto Botero contra Jairo Morales y del doctor Camilo Torres Palau contra el segundo de los nombrados". (Subrayas de la Sala).

El informe aludido, que, por cierto, no guarda armonía de fechas con la del auto, pues éste lleva la del **14 de diciembre**, dice así:

"Diciembre 15 de 1956. A despacho, con el informe de que el H. Tribunal Superior en sesión el día trece de los corrientes, resolvió que el H. Magistrado sustanciador ABRA ESTA INVESTIGACION". (Mayúsculas de la Sala).

Se desistió, pues, al parecer, de exigir al funcionario acusado el envío de expedientes originales, optándose por pedirle copia íntegra de los mismos. Pero sin abrirse investigación alguna.

Se ofició al Juez acusado, pero éste se negó sistemáticamente a enviar las copias, arguyendo que era irregular o vicioso el procedimiento adoptado, además de contrario a la garantía del artículo 25 de la Constitución Nacional. Se le impusieron multas, pero el Juez mantuvo sus puntos de vista, interpuso recursos varios contra lo actuado y trató de apersonarse en el negocio, mediante nombramiento de apoderado o apoderados. Pero el Tribunal, con la ponencia del doctor Giraldo Palacio, quien profería, en Sala Unitaria todos los autos, se abstuvo de pronunciarse al respecto, y sólo al cabo de varios meses, vino a dictar auto admisorio de la representación dicha, confiada al doctor Orión Alvarez.

Hallábase en trámite la actuación relacionada con la queja referida, cuando el doctor Gabriel Botero Díaz se dirigió, por escrito, al mismo Tribunal, solicitando se aplicaran al mismo doctor Bernardo Elejalde Toro las penas disciplinarias del Decreto 3.665 citado, por hechos de que el primero se consideraba perjudicado.

Dos días después de recibido el memorial de acusación (el 22 de marzo de 1957), la Sala Unitaria del Tribunal, constituída por el doctor Giraldo Palacio, dispuso abrir la investigación, "por los trámites del Decreto Ley 3665 de 1950". Pero, adoptando un sistema semejante al empleado en la tramitación de la querella del doctor Torres Palau, ordenó que "ANTES DE DAR TRASLADO al funcionario", se solicitara el envío de algunas copias de la actuación respectiva.

El Juez acusado optó por la misma conducta de antes, negándose, también en este caso, a cumplir las órdenes del Tribunal, motivo por el cual se le conminó y multó, sin que con esto se lograra que obedeciese. Intentó, además, el doctor Elejalde Toro constituír apoderado; pero sólo tardíamente se tramitó y resolvió su petición.

Varios meses más tarde, después de una singular lucha de resistencia entre el Tribunal y el Juez acusado, vino a concluír la doble actuación, gracias a que, por vencimiento del período, se eligió reemplazo al segundo.

* * *

Para mayor claridad en el análisis de los hechos, la Sala hará un extracto de los acreditados en el proceso, dividiéndolos en varios grupos y siguiendo, en lo necesario y posible, el orden cronológico como se produjeron:

Primer grupo de hechos.

1.

3 de diciembre de 1956.

En escrito de esta fecha, el doctor Torres Palau se queja del doctor Elejalde Toro y concluye: "Espero que el señor Magistrado, o mejor dicho, el Tribunal, ponga remedio a estos atentados". (Folios 47 a 49).

2.

6 de diciembre de 1956.

El doctor Conrado Giraldo Palacio, como Magistrado Sustanciador, dispone solicitar al Juez acusado el envío de unos juicio ejecutivos relacionados con la queja. Ello, "ANTES DE RESOLVER SOBRE LA INICIACION OFICIOSA DE INVESTIGACION", según expresa textualmente el auto.

3.

15 de diciembre de 1956.

La Secretaría del Tribunal informa que, en sesión del día 13, se resolvió por la entidad que "el H. Magistrado sustanciador abra esta investigación" (Folios 49).

4.

14 de diciembre de 1956.

El Magistrado resuelve, "de acuerdo con el informe anterior", no ya que se le envíen los juicios originales, sino que se solicite copia de los mismos al Juez. Nótese, como se advirtió atrás, la inarmonía de fechas (ibídem).

5.

23 de marzo de 1957.

El doctor Elejalde Toro presenta, en la Secretaría del Tribunal, un escrito en que se pronuncia contra el procedimiento adoptado y se queja de la violación de textos constitucionales y legales. Concretamente, estima lesionado por el Tribunal el artículo 4º del Decreto referido, porque el querellante no acompañó prueba alguna. Termina el doctor Elejalde nombrando apoderado suyo "para que gestione la anulación de lo actuado y obtenga que la queja se deseche en su totalidad", al doctor Orión Alvarez; y, para el evento de que la anulación no se obtenga y el asunto prospere, constituye su vocero el doctor Joaquín E. Molina (folios 49 vuelto a 50).

6.

25 de marzo de 1957.

La Secretaría pone a despacho el memorial del Juez acusado, con el informe de que el exhorto en que se le solicitaban copias de la actuación respectiva, no ha sido auxiliado (Folios 50 v.).

7.

25 de marzo de 1957.

El Magistrado Sustanciador, doctor Giraldo Palacio, apremia al Juez renuente con multa, fijándole un plazo de cinco días para que expida las copias ordenandas "en investigación que se avanza DE OFICIO" (folios 51).

En la providencia, advierte el Magistrado que "luégo se resolverá" sobre el memorial del Juez.

Repárese cómo, a pesar de lo dicho en el primer auto y no obstante no haber sido modificado, en sustancia, posteriormente, ya se habla de investigación "DE OFICIO".

8.

27 de marzo de 1957.

El doctor Orión Alvarez insiste ante el Magistrado Sustanciador en que lo admita como apoderado del Juez, ya que "la negativa.... lesiona gravemente el más importante de los derechos: EL DE DEFENSA". (Mayúsculas del original folios 51).

9.

30 de marzo de 1957.

El acusado presenta nueva petición. Manifiesta que tendrá que actuar directamente en su defensa, por no haber sido admitida ni denegada la representación conferida a los doctores Alvarez y Molina. Agrega que la querella contra él no fue legalmente formulada, por lo cual ha debido rechazarse o archivarse. Cita como violado por el Tribunal el artículo 25 de la Constitución, ya que, según él, trata de compelérsele a suministrar como acusado una prueba contra sí mismo; y, en fin, insiste en que debe anularse lo actuado (Fs. 51 v. a 53 vto).

10.

1º de abril de 1957.

El doctor Alvarez recaba del Magistrado Giraldo Palacio se le reconozca personería como defensor del acusado (folios 53 a 54).

11.

2 de abril de 1957.

El Magistrado declara al Juez renuente incurso en multa de treinta pesos ($ 30.00), y, bajo apremio por igual suma, lo conmina para que expida u ordene expedir las copias solicitadas, en un término de cinco días (folios 54).

12.

3 de abril de 1957.

El acusado solicita unas copias de la actuación que el Tribunal adelanta (Folios 54).

13.

4 de abril de 1957.

En la misma fecha, el Juez se dirige por escrito al Magistrado, solicitándole defina la aceptación o rechazo de su defensor, doctor Alvarez (Folios 54).

14.

6 de abril de 1957.

El mismo funcionario interpone recurso de reposición contra la providencia que lo condena al pago de una multa (fs. 54 y 55).

15.

10 de abril de 1957.

Nuevamente reclama el doctor Alvarez que se le admita como defensor o apoderado (Fs. 55).

16.

11 de abril de 1957.

El Tribunal, en Sala Unitaria del doctor Giraldo Palacio, se niega a reponer la providencia recurrida. "El celoso defensor de la Constitución, comenta el auto, quizá ha olvidado su categoría de subalterno que le atribuye la carta y las disposiciones legales sobre organización judical, una de las cuales es el artículo 188 del Código Judicial". En el mismo proveído, anota el Sustanciador que el artículo 4º del Decreto 3.665 "permite investigaciones OFICIOSAS" (Mayúsculas de la Sala. Fs. 55 y vto.).

17.

12 de abril de 1957.

Otra vez el doctor Alvarez solicita se le reconozca personería como representante procesal del Juez acusado (Fs. 566).

18.

12 de abril de 1957.

El Juez dirige escrito de recusación contra el Magistrado, por la demora en darle el traslado previsto en el artículo 5º del Decreto 3.665 de 1950 (folios 56 vuelto).

19.

22 de abril de 1957.

Por quinta vez, el doctor Alvarez solicita se le admita como apoderado, o, al menos, se le resuelva al respecto (ibídem).

20.

22 de abril de 1957.

Por auto de esta fecha, el Magistrado resuelve que, en procesos disciplinarios como el sustanciado por él, no hay lugar a recusaciones. Arguye se trata de un procedimiento de oficio y termina expresando que "no se accede a lo solictado". (Fs. 58 y vuelto).

21.

23 de abril de 1957.

El doctor Giraldo Palacio dispone:

"Como los hechos denunciados por el doctor Camilo Torres Palau, pueden constituir delito de abuso de autoridad o prevaricato, se dispone que la secretaría expida copia de la denuncia, con el fin de enviarla a los jueces del Circuito en lo Penal". (Fs. 58 v.).

22.

1º de junio de 1957.

El Magistrado Giraldo Palacio impone nueva multa de treinta pesos ($ 30.00) al doctor Elejalde Toro, y lo conmina con apremio de cincuenta pesos ($ 50.00) para que, en el término de dos días, expida las copias solicitadas.

Advierte la providencia que, cuando sea el caso de disponer el traslado de la queja al acusado, "se resolverá sobre la admisión de su apoderado", "ya que, por ahora, el cumplimiento de una orden no necesita actuación de togado, sino el re-

conocimiento de la JERARQUIA, advirtiendo que no se ha pedido declaración, sino la expedición de unas copias de un proceso, documento éste que pertenece al Estado". (Fs. 59).

23.

1º de junio de 1957.

En la misma fecha, se notifica el auto anterior, y el 7 de los mismos, se oficia a la Administración de Hacienda para la exacción de la multa (Fs. 59)

24.

27 de junio de 1957.

Se acepta al doctor Oriön Alvarez como defensor o procurador del Juez acusado, no obstante la advertencia que, en el auto del 1º de junio, había hecho el Magistrado. Se rectificó, pues, lo allí sostenido.

25.

4 de julio de 1957.

El apoderado solicita la nulidad de la actuación. Entre otras cosas, observa:

"Durante el lapso transcurrido entre las fechas indicadas (desde la primera petición sobre personería hasta el reconocimiento de la misma) se cumplieron varios actos procesales cuya eficacia jurídica no podía impugnar, desde luego que en ese lapso era por decisión suya un extraño al proceso. Desde otra visual, estos actos procesales fueron cumplidos en contra de legítimos y por eso mismo muy respétables derechos de mi comitente, quien por espacio de tres meses estuvo desistido de la representación que ahora tiene. Desde la aceptación del mandato hasta el reconocimiento de la personería, la situación permaneció invariable por lo que a esto respecta, LO QUE IMPLICA QUE DESDE EL 27 DE MARZO DEBI SER ADMITIDO COMO APODERADO DEL DR. ELEJALDE TORO. El procedimiento ostenta el signo de lo secreto, contrariando el principio de publicidad que domina todos nuestros procedimientos" (Folios 59 vuelto a 60).

26.

10 de julio de 1957.

El doctor Alvarez solicita se resuelva sobre lo pedido (Fs. 60).

27.

2 de agosto de 1957.

Terminan los incidentes de este período con la orden de expedición de copias o de auxilio del exhorto, impartida por el funcionario que reemplazó al doctor Elejalde Toro, al vencerse el término de su investidura (Fs. 60 v.).

* * *

Segundo grupo de hechos.

1.

20 de marzo de 1957.

El doctor Gabriel Botero Díaz se querella contra el doctor Elejalde Toro, invocando expresamente el Decreto Extraordinario 3.665 de 1950 (Fs. 99 a 101 v.).

2.

22 de marzo de 1957.

En auto de esta fecha, se abre la investigación, por los trámites del Decreto citado. Y se dispone que ,"ANTES DE DAR TRASLÁDO AL FUNCIONARIO ACUSADO", se le solicite a éste copia de determinadas actuaciones, para lo cual se le seña'a un término de cinco días.

Esta providencia, que lleva la firma del doctor Conrado Giraldo Palacio como Ponente, muestra cómo seguía aferrado a su opinión de que, en un procedimiento promovido por parte interesada, se podían practicar pruebas **de oficio**, antes de proceder al traslado previsto en la norma correspondiente (artículo 5º del Decreto).

3.

4 de abril de 1957.

Informe secretarial sobre incumplimiento del Juez, y auto del Tribunal, proferido por el doctor Giraldo Palacio, en Sala Unitaria, en que apremia al primero con multa de cuarenta pesos ($ 40.00), para obligarlo a cumplir la orden sobre expedición de copias. (Fs. 101 v.).

4.

6 de abril de 1957.

El doctor Botero Díaz se se queja ante el Tribunal de la negativa del Juez (Fs. 102).

5.

6 de abril de 1957.

El acusado nombra procurador suyo al doctor Orión Alvarez (Fs. 102 y v.).

6.

9 de abril de 1957.

El acusado pide la nulidad de la actuación, alegando razones varias, entre ellas, lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución (Fs. 102 v.).

7.

12 de abril de 1957.

El doctor Alvarez manifiesta expresamente, en escrito dirigido al doctor Giraldo Palacio, que acepta el encargo o representación del doctor Elejalde Toro (Fs. 102 v. a 103).

8.

12 de abril de 1957.

12 de abril de 1957.

El doctor Elejalde Toro presenta escrito de recusación contra el doctor Giraldo Palacio, por la demora en ordenar el traslado previsto en el artículo 5º del Decreto. Subsidiariamente, solicita se le dé traslado (Fs. 103 v. a 104).

9.

22 de abril de 1957.

El Magistrado Giraldo Palacio, en auto de esta fecha, advierte que no está procediendo en forma oficiosa. Expresa luégo que los incidentes de recusación no caben en procesos disciplinarios y termina denegando la recusación, sin más trámite (Fs. 104 y 104 vto.).

10.

23 de abril de 1957.

El doctor Orión Alvarez sustituye el poder en la persona del doctor Gustavo Mejía Ramírez (fs. 104 v.).

11.

18 de mayo de 1957.

En extenso memorial, el doctor Elejalde Toro trata de rebatir los cargos que le hizo el doctor Botero. Impugna además el procedimiento seguido, pues considera que son distintos y peculiares el **de oficio** y el que se sigue a petición de parte. Pide que cese el procedimiento, por ser nula la actuación, entre otras razones, porque el querellante no acompañó la prueba sumaria que exige la norma invocada. Finalmente, manifiesta que ocurre a defenderse, "en vista de que la personería no lleva trazas de reconocerse, ni el traslado de surtirse, sin renunciar a éste" (Fs. 105 a 108).

12.

23 de mayo de 1957.

El Magistrado Sustanciador dispone enviar copia de la queja del doctor Botero a los Jueces del Circuito Penal, para que investiguen los presuntos delitos a que ella se refiere. Motiva esta actuación en los artículos 10 del C. de P. P. y 2º del Decreto 3.665 de 1950 (Fs. 108).

13.

1º de junio de 1957.

El Tribunal, bajo la responsabilidad del doctor Giraldo Palacio, niega la reposición del auto conminatorio y condena al doctor Elejalde a una pena de cuarenta pesos ($ 40.00) de multa (Fs. 109.

14.

4 de junio de 1957.

En memorial de esta fecha, dirigido al Presidente y demás miembros del Tribunal, el doctor Orión Alvarez se queja de que no le hayan resuelto nada, en el sentido de admitir o denegar la representación conferida por el Juez acusado, dentro de las dos querellas sobre sanciones disciplinarias. Solicita la intervención de todos al respecto (Fs. 108 vto.).

15.

4 de junio de 1957.

Informa la Secretaría que no se ha cumplido la orden sobre expedición de copias (ib.).

16.

27 de junio de 1957.

Por auto de esta fecha, se acepta al doctor Alvarez como apoderado. Se le posesiona en la misma oportunidad (Fs. 103).

17.

5 de julio de 1957.

Con la ponencia y firma única del Magistrado Sustanciador, se ordena la práctica de pruebas (Fs. 109).

18.

11 de julio de 1957.

El doctor Alvarez manifiesta que el auto anterior se le ha debido notificar, y que su falta de notificación implica un procedimiento secreto. Pide reposición por tal causa (Fs. 109 v).

19.

27 de julio de 1957.

El mismo apoderado pide la nulidad de la actuación, por no haber sido reconocida oportunamente en personería, con lo cual se privó al acusado de un medio de defensa (Fs. 110).

20.

2 de agosto de 1957.

El Juez que reemplazó al doctor Elejalde Toro ordena la expedición de copias (Fs. 111).

FINALIZACION DE LA ACTUACION:

6 de septiembre de 1957.

En providencia de esta fecha, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Acuerdo, resuelve sobre las dos quejas de los doctores Torres Palau y Botero. En síntesis, expresa el Tribunal que, a pesar de observarse algunas irregularidades, lo cierto es que el Juez acusado ya no pertenece a la rama jurisdiccional, pues fue reemplazado; que algunos hechos de los imputados son objeto de una investigación penal por los jueces competentes; y que, por estas razones, no hay lugar a la imposición de "sanciones". Es importante transcribir los siguientes conceptos, tomados de dicha providencia:

"Esta renuencia a cumplir las órdenes del superior, este desobedecimiento sistemático a tales mandatos, está indicando cómo el doctor Bernardo Elejalde Toro no era el funcionario dispuesto a obtener pronta y oportuna justicia, sino la persona encargada de estorbar, por todos los medios posibles, la resolución de un proceso, en el cual estaba él complicado. Lo anterior indica que la conducta del doctor Elejalde Toro no está acomodada a las normas que deben regir la conducta de los funcionarios de la rama jurisdiccional del Poder Público" (Fs. 116 a 118).

o o o

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I HECHOS INCULPABLES:

a) **Violación del procedimiento contemplado en el Decreto Extraordinario 3.665 de 1950.**

Este Decreto consagra dos sistemas diversos para dar impulso al proceso disciplinario: el uno requiere petición de "cualquier particular"; el otro se adelanta de oficio. Si se elige el primero, debe acompañarse por el querellante "la prueba sumaria de los hechos", "o siquiera un principio de prueba por escrito" (artículo 4º). También puede procederse a instancia del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia (ib.).

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º, es obligación de quien tramita la queja o la denuncia, "hacer conocer por escrito al inferior los actos u omisiones que se le atribuyen, así como las pruebas correspondientes **cuando ellas existieren**".

Si se procede a instancia de un particular, y no se acompaña "siquiera un principio de prueba

por escrito", ello significa que la queja no ha sido "legalmente formulada", como expresa el mismo artículo 5º; por lo tanto, el procedimiento no puede adelantarse.

Si se actúa de oficio, o a solicitud de las autoridades mencionadas, no es necesario acompañar pruebas. Pero cualquiera que sea el origen del proceso, el trámite inmediato previsto en la norma (artículo 5º) es el traslado al funcionario acusado, por diez días, para su descargo y para que pueda presentar las pruebas que tenga a bien (ib.).

Vencido el término del traslado, no queda sino decidir; pero, antes de hacerlo, "el superior puede dictar un auto para mejor preveer.... dentro de un término que no puede pasar de diez días, más el de la distancia", lapso que se concede para la práctica de las pruebas decretadas por tal auto (artículos 6º y 7º).

Esto es, en esencia, lo que el Decreto consagra, sin que el procedimiento pueda alterarse en un sentido o en otro, por respetables que sean las razones que se invoquen. Y salta a la vista, si se repasa la enumeración hecha atrás, que el Magistrado doctor Giraldo Palacio no se ciñó a tal procedimiento, al tramitar las dos acusaciones aludidas. Su obligación era, al admitirse la queja, ordenar y hacer cumplir el traslado inmediato al funcionario acusado, sin más actuación, como lo dispone el artículo 5º del Decreto. Todo ello, en el supuesto de que dichas quejas hubieran sido o se hubieran estimado "legalmente formuladas", según reza el artículo 5º citado.

En el caso del doctor Elejalde Toro, la primera queja —del doctor Torres Palau— no había sido "legalmente formulada", supuesto que no se había acompañado prueba alguna. Pero, suponiendo, en gracia de discusión, que dicha queja tuviera, por sí sola, la virtud de dar al Tribunal el conocimiento suficiente del caso, para actuar **de oficio**, este procedimiento no facultaba al mismo Tribunal para inventar uno **sui generis**, no autorizado en la norma, o sea, el de omitir o aplazar el traslado legal, decretando pruebas antes de cumplir dicho trámite. Se arguyó a los argumentos y reparos del Juez acusado, que se estaba actuando **de oficio**; pero no se tuvo en cuenta que una cosa es iniciar o abrir una investigación sobre tal base, y otra, el decretar, **oficiosamente**, la práctica de pruebas no autorizadas por ese procedimiento oficioso.

Algo semejante puede anotarse en relación con la segunda queja contra el mismo doctor Elejalde Toro. El querellante sí acompañó el principio de prueba escrita exigido por el Decreto 3.665 de 1950. Pero se incurrió en el mismo error de ordenar la práctica o allegamiento de determinadas pruebas, sin ser el caso previsto en el artículo 7º del Decreto, en lugar de disponerse el traslado inmediato de la queja al funcionario acusado.

Se invocó, asimismo, el carácter de subalterno del Juez acusado respecto al Tribunal, aludiéndose a la jerarquía y dándose a entender que esta posición de superioridad del Tribunal respecto a un Juez Municipal era, por sí sola, justificación del procedimiento y razón para que la orden de expedir copias fuese obligatoria.

La Sala no acepta estos puntos de vista, y considera necesario y útil el glosarlos sucintamente.

Sin duda que un Tribunal Superior es un superior jerárquico de un Juez Municipal; pero también es evidente que no lo es en todo sentido o por todos los conceptos. Las instituciones nacionales corresponden al sistema del llamado "Estado de Derecho", que constituye, como dicen los tratadistas, un régimen de competencia, perfectamente delimitado, en que cada funcionario tiene señalada la esfera de su actividad y el modo de llenar sus funciones, de tal suerte, que no pueda invadir zonas de otra competencia, ni sobrepasar la propia fijada por la ley. Dentro de tal régimen, es una verdad evidente que el particular puede hacer todo lo que no le esté prohibido en las leyes, al paso que el funcionario público sólo puede hacer, al ejercitar su investidura, aquello para que ha sido facultado y de la manera o mediante el procedimiento previsto en las instituciones. Si esta forma de ordenamiento, complejo e integral, pero armónico, no se respeta, aparece la desviación, exceso o abuso de poder.

La jerarquía no es, de consiguiente, un valor en sí o absoluto. Ella está constreñida a situarse dentro de la zona de competencia que la norma o normas le han impuesto, a aplicar el procedimiento como la ley ha previsto y querido que esta competencia se ejerza y a llenar, conforme al precepto, la función fialista que, de suyo, posee o busca obtener todo acto legislativo.

Hubo, por lo tanto, desviación o abuso de poder en los actos mediante los cuales el doctor Giraldo Palacio, integrando la Sala Unitaria del Tribunal Superior de Medellín, se apartó de la zona de procedimiento fijado en el Decreto 3.665 de 1950, al exigir al Juez acusado el envío de determinados documentos, en lugar de disponer los traslados inmediatos que el mismo Decreto

estableció en su artículo 5º. Tales documentos no se solicitaban en ejercicio de las atribuciones del Decreto, ni para fines específicos distintos de los propios del procedimiento disciplinario promulgado en tal Decreto; y el acto en que tal exigencia se decidió, era y es inseperable de aquella finalidad concreta. Pero no se ajustaba a la previsión de la norma, que quiso que, para los fines del referido proceso, se actuase de determinada manera, y no de otra que eligiese el libre arbitrio del funcionario.

No obstante las anotaciones anteriores, los hechos que acaban de analizarse, no le son reprochables penalmente al doctor Giraldo Palacio, con todo y ser arbitrarios, desde el punto de vista meramente objetivo. Y no son reprochables, porque el dolo estuvo ausente de su génesis y, por el contrario, se produjeron de buena fé. Por tanto, deben ser amparados con sobreseimiento definitivo, como lo solicita el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal (ordinal 3º del artículo 437 del C. de P. P., en relación con el numeral 2º del artículo 23 del Código Penal, error esencial de derecho).

b). **Conminaciones e imposición de multas.**

En su providencia del 19 de febrero último, la Sala había dicho, sobre el particular:

"Estas (las conminaciones y multas) no fueron más que una lógica consecuencia del criterio inicial adoptado por el Tribunal, bajo la ponencia exclusivo del Magistrado Giraldo Palacio. Si el procedimiento seguido era legal, las conminaciones y multas eran conducentes, frente a la renuencia del Juez requerido. Si no era legal, también los medios coercitivos empleados para dar curso a la actuación, se afectaban de ilegalidad. Pero el hecho es que el funcionario superior había partido, aunque erróneamente, de la base de la perfecta legalidad del procedimiento sentada esta premisa por el Magistrado, el procedimiento coercitivo posterior era absolutamente lógico y subjetivamente legal".

Lo dicho muestra, claramente, cómo también los cargos a que se refiere el capítulo, deben ser objeto de sobreseimiento definitivo, por las mismas causas anotadas en relación con el otro u otros cargos.

II. Hechos no justificables ni excusables.

En la misma providencia del 19 de febrero último, por medio de la cual se denegó la aplicación del artículo 153 del C. de P. P., había dicho la Sala:

"Lo que, en el estado actual de la investigación, no aparece suficientemente explicado por el doctor Giraldo Palacio, es el término de meses que empleó en resolver varias solicitudes de los interesados, y particularmente las relativas a la personería del abogado o abogados a quienes el doctor Elejalde Toro confió su representación dentro de las dos actuaciones".

Consecuente la Corte con estos puntos de vista, ordenó, en aquella oportunidad, que el doctor Giraldo Palacio fuera oído en indagatoria, diligencia que, efectivamente, fue practicada por uno de los señores jueces superiores de Medellín (Fs. 154 y siguientes).

En lo esencial, el procesado doctor Giraldo Palacio se descarga o pretende descargarse, sosteniendo:

a) Que "las posibles demoras en resolver los memoriales elevados al Tribunal" se debieron al gran volumen de trabajo existente, al elevado número de detenidos, que reclamabn prelación para resolverles sus negocios y, en fin, "al inusitado ardor que le puso el presunto acusado a su defensa anticipada, pues enviaba numerosos memoriales, haciendo peticiones diferentes, pero con el único objetivo de impedir el avance de la investigación".

b) Agrega el doctor Giraldo Palacio que solicitó el concepto de sus colegas del Tribunal, y que todos estuvieron unánimes en expresarle que "no estando el doctor Elejalde todavía vinculado en forma alguna a la investigación, era prematuro el reconocimiento de esa personería", es decir, de aceptar la representación que confió a uno o varios abogados, antes de cumplirse u ordenarse el traslado legal. En fin, termina manifestando que no sabe "cuál es el nombre del delito que ha motivado esta indagatoria, porque la simple demora en una decisión jamás puede constituír abuso de autoridad".

Esto último es, en cierto sentido, razonable. La sola demora de un funcionario público no implica delito, a la manera que la sola existencia de la muerte violenta de un hombre por otro hombre tampoco significa, necesariamente, que el último haya incurrido en el delito de homicidio. La demora puede haber sido fruto de una simple negligencia culposa, y, en este caso, la ausencia del dolo hace que la omisión, por voluntad de la ley, no pueda valorarse como delictiva. Puede haber sido efecto del recargo excesivo de negocios o labores, y rige entonces el prin-

cipio clásico de que nadie está obligado a lo imposible (ad imposibilia nemo tenetur), ya que, por otra parte, está derogado el artículo 1.828 del anterior procedimiento penal, cuyo inequitativo y draconiano texto decía:

"Ningún empleado o funcionario público se eximirá de la pena legal por las omisiones y faltas en que haya incurrido, aunque alegue y pruebe que el cúmulo de los negocios que estaban a su cargo no le permitió cumplir su deber en el caso de que se trata".

Los ejemplos podrían multiplicarse.

Pero otra cosa ocurre, cuando la omisión o demora, sin poder explicarse por aquellas circunstancias o por otras semejantes, encarna la objetivación de una mala voluntad en el cumplimiento del precepto; cuando —usándose los términos del penalista Welzel—, tal objetivación se presenta como voluntad de concreción del resultado o tipo previsto en la ley penal; o sea, cuando ella aparece impregnada de los necesarios elementos subjetivos que comunicacan carácter intencional al hecho del orden externo, y con ellos, a la conducta.

En el caso de las demoras del doctor Giraldo Palacio para resolver sobre la personería del representante o representantes del doctor Elejalde Toro, dentro de los procesos disciplinarios aludidos, se tiene:

1º.—Que ellas no pueden excusarse por causa del exceso de trabajo o por la prelación que reclamaran los procesados detenidos, pues está debidamente acreditando que estos factores no tuvieron valor causal respecto a los hechos incriminados.

Efectivamente, el primer memorial-poder del doctor Elejalde Toro, en el proceso del doctor Torres Palau, se presentó el 23 de marzo de 1957 (folios 49, vuelto a 50), y fue puesto a despacho el 25 de los mismos (folios 50 vuelto). Después de ello, el doctor Giraldo Palacio dictó los autos del mismo día, por el cual se apremia al Juez con multa (folios 51), del 2 de abril, en que lo condena al pago de treinta pesos y lo conmina de nuevo (folios 54), del 11 del mismo abril, por el cual se deniega la reposición del que condenó al Juez a la multa (folios 55 y vuelto), del 22 siguiente, en que se deniega trámite de recusación (folios 58 y vuelto), del 23, que ordena pasar copias a los jueces del Circuito para la investigación penal (folios 58 vuelto) y del 1º de junio, por el cual se impone otra multa al Juez, se le conmina para que expida unas copias y se expresa que, más tarde, se dispondrá sobre admisión de apoderado, "pues el cumplimiento de una orden no necesita actuación de togado, sino el reconocimiento de la jerarquía" (fs. 59).

En otros términos: el Magistrado no tenía tiempo para decir, en un auto de sustanciación o interlocutorio —según su sentido— si aceptaba o denegaba la representación de los doctores Alvarez y Molina, por causa del gran "volumen de trabajo existente". Pero sí disponía del suficiente para imponer multas varias y conminaciones sucesivas al acusado o para adoptar otras decisiones.

En el otro negocio, promovido por el doctor Botero, ocurrió algo semejante. El doctor Orión Alvarez fue nombrado representante del doctor Elejalde Toro, el 6 de abril de 1957; el 22, o sea, totalmente transcurrido el término legal, se denegó una recusación (folios 104 y 104 vuelto); el 23 de mayo siguiente, se dispuso el envío de copias a los jueces del Circuito Penal, para la investigación correspondiente (folios 108; y el 1º de junio se denegó una reposición.

2º.—Que tampoco el ardor que el acusado comunicara a sus conatos de defensa justifica o excusa, como es obvio, la conducta del doctor Giraldo Palacio. El doctor Elejalde Toro ejercitaba un derecho, el de defensa, que está rodeado de las más amplias garantías en todo Estado en que se respeten los derechos de la persona; y tocaba a los superiores suyos, dentro del proceso o procesos, hacerle saber oportunamente, por los medios previstos en la ley, si se le reconocían o desconocían tales derechos, y por qué causa.

3º.—Que el hecho de que los demás Magistrados hubieran creído que "era prematuro el reconocimiento" de la personería, no excusa las demoras, porque no eran ellos quienes tenían la responsabilidad del trámite procesal, sino el Ponente, doctor Giraldo Palacio. De otra parte, tales razones podían servir de fundamento a un auto denegatorio de dicha personería; pero no justificaban el silencio o la abstención al respecto.

Por lo demás, la disculpa es ilógica, supuesto que, el 27 de junio de 1957 (folios 59 y 103) se aceptó al doctor Orión Alvarez como apoderado del doctor Elejalde dentro de los dos procesos, sin que se hubieran cumplido ni las órdenes de compulsa de copias ni los traslados legales. Es decir, cuando, siguiendo la lógica de los conceptos sobre el particular, el doctor Elejalde no estaba aún vinculado en forma alguna a la investigación o investigaciones.

* * *

De manera que no se trata, en los hechos in-

criminados, de simples omisiones carentes de contenido antijurídico ni faltas de intencionalidad. El artículo 172 del Código Penal configura un tipo delictuoso según el cual "el funcioario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga seañlada otra sanción más grave".

Las leyes que regulan el sistema de competencias y señalan el modo de llenar sus propios fines, en el tiempo y el espacio, tenían ordenado, imperativamente, que lo relativo a la personería de los mandatarios del doctor Elejalde Toro, se resolviera dentro de los tres días siguientes, si la aceptación era conducente, o dentro de nueve, si procedía el rechazo (artículos 7º y 156 del Código de Procedimiento Penal en relación con los artículos 375 y 466 del Código Judicial). Sin embargo de ello, los autos en que el doctor Giraldo Palacio resolvió al respecto, se dictaron el 27 de junio de 1957, no obstante que las solicitudes respectivas fueron hechas desde el 23 de marzo, la una, y desde el 6 de abril la otra.

Y lo grave es que estas demoras en resolver lo que se considerara legal no fueron resultado excusable de un exceso de labores oficiales, como ya se advirtió; ni aparecen en los autos como efecto de factores levemente culposos, como el olvido negligente u otros semejantes, sino como una mala voluntad, plenamente consciente, de sujetarse a la ley. En efecto, el proceso revela lo siguiente:

El doctor Orión Alvarez, una vez nombrado, manifestó claramente que aceptaba los poderes conferidos; abogó en favor de su cliente; recabó, no una, sino varias veces, que se le resolviera en un sentido o en otro, pues ni siquiera exigió que la la resolución fuera favorable; llamó la atención del Magistrado sobre las graves consecuencias de las omisiones o retardos. Y todo ello, de manera respetuosa y razonada, en que se daba la impresión, por lo correcto de maneras y expresiones, no de estar reclamando el reconocimiento de claros derechos, sino de que se pedía favor a la autoridad. Pero la insistencia y serenidad del doctor Alvarez fue inútil. Porque, cuando, a la postre, se le reconoció personería, ya se habían cumplido hechos que afectaban a su representado y en que no pudo actuar de manera eficaz, por lo tardío de la resolución o resoluciones. También el doctor Elejalde Toro insistió en que se reconociera la personería de su procurador, y por causa de la omisión del doctor Giraldo Palacio, tuvo que actuar directamente, aun a riesgo de que se le acusase, más tarde, de haber violado los artículos 18 del C. J. y 179 del C. P.

Es, por lo tanto, delictuosa la conducta del funcionario público que, no ya ocasionalmente, sino por sistema y, con plena advertencia, se dispensa de resolver las solicitudes que se le hacen, dentro de los términos señalados en la ley, sin que importe que lo pedido sea o no procedente. Si lo es, lo legal es conceder lo solicitado; si lo contrario, se decidirá en forma negativa, pero oportunamente. No debe perderse de vista que, aun para asuntos en que el ciudadano pueda no ser tenido por parte legítima, en el sentido estricto de los términos, consagró la Constitución, en su artículo 45, la garantía de que las peticiones que se hagan, implican el derecho del solicitante a "obtener pronta resolución". Con mayor razón, si no se trata de asuntos de interés general, como dice el texto de la Carta, sino de aquellos en que el interesado puede ser parte y en la solicitud va envuelto el ejércicio del derecho de defensa.

CONCLUSIONES:

Por lo visto, se han llenado los supuestos del artículo 429 del Código de Procedimiento Penal para llamar a juicio, pues existe en los autos la plena prueba del cuerpo del delito de **abuso de autoridad**, bajo la forma específica anotada (retardos), lo mismo que la de responsabilidad del procesado por tales hechos. El carácter oficial del doctor Giraldo Palacio está debidamente establecido (folios 32 y 162 y ss.).

Los hechos suponen, no un solo delito, sino desde la misma calidad, ya que, como se vio atrás, se trata de dos conductas realizadas en dos actuaciones diversas y en distintos lapsos, aunque vinculadas a una sola persona, el doctor Elejalde Toro.

El procesado doctor Giraldo Palacio, según los datos de su indagatoria, es hijo de José y Mercedes, natural de Caramanta (Antioquia) y vecino de Medellín, de 32 años, casado y abogado titulado. Tiene, además, grado de institutor.

En cuanto a los cargos de los apartes a) y b) del capítulo I (Hechos inculpables), hay lugar a sobreseer definitivamente, por las razones expuestas, con la advertencia de que se prefiere esta forma de finalización del proceso, por hallarse cerrada la investigación y porque los efectos son idénticos a los de la aplicación del artículo 153 del C. de P. P.

No hay lugar a la aplicación de esta norma, en lo referente a los **abusos de austeridad** del capítulo II.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde parcialmente con el concepto del Ministerio Público,

RESUELVE:

1º.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Conrado Giraldo Palacio, por los cargos pertinentes a que se refiere la parte motiva.

2º.—No es el caso de dar aplicación al artículo 153 del C. de P. P., por los cargos de abuso de autoridad (demoras) aludidos en la misma parte motiva.

3º.— Por los trámites ordinarios correspondientes, se llama a juicio al doctor Conrado Giraldo Palacio, de la filiación anotada, para que responda por los delitos de **abuso de autoridad** a que se refieren las conclusiones de la parte motiva, cometidos en las circunstancias de tiempo y lugar anotados en la misma, y que están contemplados en el capítulo VI, Título 3º, Libro 2º del Código Penal, bajo el nombre o denominación: "De los abusos de autoridad y otras infracciones".

4º.—Para la notificación personal de esta providencia al doctor Giraldo Palacio, se comisiona al señor Juez Tercero Superior de Medellín, con un término de ocho días, a quien se librará despacho con copia de lo pertinente. En el momento de la notificación, que se hará por conducto de la Secretaría, se advertirá al procesado el derecho que tiene de nombrar un defensor, previniéndole que, si no lo nombrare en el término de ocho días contados a partir de la diligencia de notificación, se le nombrará de oficio (artículos 180 y 432 del C. de P. P.).

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino —Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

LA CORTE DENIEGA LA REPOSICION INTERPUESTA CONTRA LA PROVIDENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, doce de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El procesado, doctor Conrado Giraldo Palacio, interpuso recurso de **reposición** contra el auto de enjuiciamiento. Otro tanto hizo el señor defensor. Están agotados los trámites, por lo cual se debe entrar a decidir sobre dicho recurso.

En el fondo, son idénticas las cuestiones que se plantean, en los dos memoriales de reposición, como fundamentos o razones de su procedencia. Se sintetizarán, pues, las planteadas por el señor defensor, por ser más extenso su alegato, sin perjuicio de aludir concretamente, de paso, a los puntos de vista personales del procesado.

Son las siguientes:

1). La legalidad y acierto del procedimiento adoptado por el doctor Giraldo Palacio, frente a las disposiciones del Decreto Extraordinario 3.665 de 1950, que permite procedimiento **de oficio.**

2). La circunstancia de que correspondía a la Sala Plena del Tribunal Superior respectivo, y no sólo al procesdo, como Ponente, la decisión de algunos de los asuntos, que fueron, por otra parte, objeto de consulta con los demás Magistrados.

3.) La procedencia de la negativa o rechazo de la personería del apoderado, con fundamento analógico en lo previsto legalmente para los procesos penales y en el criterio de autoridad de los restantes miembros del Tribunal.

4). La relación existente entre la conducta remisa del Juez y el rechazo o la demora en aceptarse su apoderado; pues se supone que, si las multas que se impusieron, las consideró la Sala **subjetivamente** legales, también deben estimarse de igual carácter las omisiones imputadas, que fueron consecuencia de la rebeldía del mismo funcionario.

4). La ausencia de **dolo** en la conducta que se reprocha al procesado, doctor Giraldo Palacio.

Al respecto, el señor defensor sostiene:

a) Que la sola omisión, objètivamente demostrada, no configura el delito, ya que éste requiere también la concurrencia del elemento subjetivo o moral. Al efecto, se cita la opinión del doctor Luis Carlos Pérez, expuesta en su obra de Derecho Penal.

b) Que se trataría sólo de una equivocación del procesado o error en acatar las opiniones de sus colegas, justificable, asimismo, por el recargo de trabajo y lo insólito de la conducta del Juez, quien, por todos los medios, buscaba la manera de evitar se investigase su comportamiento.

c) Que no aparece sombra de malicia, engaño, mentira o fraude en la actitud del doctor Giraldo Palacio; y antes, por el contrario, resalta en todo su buena fé.

Se citan, sobre el particular, las opiniones de Angel Martín Vásquez, sobre el error en los casos de abuso de autoridad; de Sebastián Soler, respecto al necesario conocimiento de la ilegalidad de la conducta omisiva; de Carrara, en cuanto al concepto de dolo; y de Maggiore acerca del mismo problema.

Se añade, finalmente, que, no siendo todavía parte el Juez, "no existía la imperiosa necesidad de decidir inmediatamente los memoriales", cuyo fin no era otro que entorpecer el curso del proceso disciplinario, máxime cuando no correspondía sólo al doctor Giraldo Palacio resolver algunas solicitudes, para lo cual debía contar con sus compañeros.

Termina el señor defensor solicitando se sobresea definitivamente; o que, en subsidio, se haga lo mismo con carácter temporal, para que se practiquen algunas pruebas, la principal de las cuales versa sobre testimonios de los demás Magistrados del Tribunal Superior de Medellín. Por su parte, el procesado manifiesta que le es más favorable la aplicación del sistema peculiar previsto en el mismo Decreto 3.665 de 1950, dentro del cual respondería por una simple falta.

La Sala examinará las observaciones y argumentos anotados, en el mismo orden en que acaban de sintetizarse. Al efecto, tiene en cuenta:

1). El auto de proceder es bastante extenso so-

bre el asunto. Y la Corte ratifica lo antes dicho. Fuera que se adelantase un procedimiento **de oficio**, fuera que se actuase a petición de "cualquier particular", la obligación del funcionario no podía ser otra, que dar el traslado inmediato al acusado, como lo previó y ordenó el Decreto. El procedimiento no se ajustó, pues, a la norma; y se repite que "una cosa es iniciar o abrir una investigación **de oficio**, y otra, el decretar, **oficiosamente**, la práctica de pruebas no autorizadas" para ese procedimiento oficioso.

2). Se repite que la responsabilidad de los trámites que no requerían la intervención de los demás Magistrados, corresponde, exclusivamente, a quien los autorizaba con su firma, en calidad de Ponente o Sustanciador. La lógica de esta responsabilidad es infrangible y evidente; sin que ello se oponga a casos muy excepcionales, que deben probarse plenamente.

Lo relativo a la personería del apoderado o apoderados que nombró el Juez, normal y teóricamente se resolvía de una de estas dos maneras: o admitiéndose la personería, cosa que no requería más firma, que la del Magistrado Sustanciador y el Secretario; o denegándose, lo cual, por la calidad interlocutoria del auto, exigía la intervención de los demás Magistrados. Pero la iniciativa de resolver y presentar el proyecto denegatorio tocaba al mismo Sustanciador. Era la actividad mínima que las leyes exigían al procesado. Pero éste no hizo ni lo uno ni lo otro; y se quedó en una zona intermedia vedada: la omisió o el retardo.

3.) La Sala se abstuvo, en el auto recurrido, de discutir en qué forma ha debido o debía resolverse la solicitud del Juez, relacionada con la constitución de procurador suyo dentro de los dos procesos disciplinarios. Porque lo que se le reprocha al procesado no es que hubiera resuelto negativamente sobre la personería del apoderado (cosa que, en realidad, no ocurrió, sino todo lo contrario), sino la **omisión o retardo** en pronunciarse sobre el particular, fuese afirmativa o negativamente.

En tales circunstancias, no tiene objeto práctico el entrar a estudiar si la analogía que, según lo sostienen procesado y defensor, era aplicable al asunto, se ajusta a la ley. Pero sí se observa, una vez más, que la disculpa, fuéra de no tener relación sustancial directa con el **retardo**, es ilógica. Porque la realidad es que el doctor Orión Alvarez se aceptó como apoderado del doctor Elejalde, dentro de los dos procesos, el 27 de junio de 1957 (folios 59 y 103), "sin que se hubieran cumplido ni las órdenes de compulsa de copias ni los traslados legales. Es decir, cuando, siguiendo la lógica de los conceptos sobre el particular, el doctor Elejalde no estaba aún vinculado en forma alguna a la investigación o investigaciones". Estas anotaciones del auto de enjuiciamiento conservan, pues, su plena vigencia.

4). No entiende la Sala cómo la conducta del Juez, al negarse, **con pleno derecho**, a cumplir una orden irregular, pueda invocarse como factor de licitud de un retardo vedado por la ley, expresamente. Tampoco puede aceptar la peligrosa tesis de que la justificación meramente **subjetiva** de las multas impuestas, pueda conducir, lógicamente, a la justificación de dicho **retardo**. Hay, en esta suerte de argumentación, una involucración de principios que no debe pasarse inadvertida. Y bastaría tener en cuenta esta indiscutible diferencia de los dos casos: la imposición de multas estaba y está prevista en la ley, en textos varios que es innecesario enumerar, para los casos de desobediencia y semejantes. Si la orden desobecida, se considera legal, la multa es una consecuencia, muchas veces obligatoria y no meramente facultativa, de la legalidad de la misma orden, aunque esta legalidad corresponde apenas a un criterio subjetivo. Sentada una premisa, se aplica la consecuencia **prevista** en las leyes. Pero lo que éstas no previeron ni ordenaron es que la desobediencia pudiera tener dos penas: la contemplada en la ley bajo la forma de multa, y la de rechazo a la representación conferida por el multado. La doctrina resulta, a todas luces, excesiva y sofística.

Otra cosa es que la omisión o retardo en decidirse sobre dicha representación, hubiera sido efecto de un error de derecho, cometido de buena fé. Pero ello deberá ser objeto de más amplio análisis, al estudiarse lo relacionado con la ausencia del **dolo**, alegada por el doctor Giraldo Palacio y su defensor.

5. La Sala se referirá, primeramente, a las afirmaciones del señor defensor, y expondrá luégo su criterio sobre el carácter **doloso** del hecho o cargo deducido en el auto de proceder.

a) Se acepta, como se hizo de antemano en el referido auto, que la sola omisión no configura el delito incriminado.

b) No se acepta la tesis del error de derecho, y adelante se dirá por qué. Que el Juez hubiera pretendido, a toda costa, evitar se investigase su conducta, puede ser real o no. Pero los medios empleados por él fueron perfectamente lícitos, y la finalidad que se adivinase en sus intenciones,

no justifica la omisión o el retardo en resolver sus peticiones sobre representación dentro de los procesos disciplinarios que se intentaban contra él.

c) Tradicionalmente, el dolo se ha tenido como sinónimo de "malicia", "engaño", "mentira" o "fraude". Pero no son términos estrictamente equiparables, sino en determinados casos concretos, ya que el dolo adopta múltiples formas. El asunto se examinará después.

En cuanto a la afirmación de que no era de "imperiosa necesidad" el resolver pronto sobre la representación conferida por el Juez, desde ahora se advierte que el delito incriminado en el artículo 172 del Código Penal no requiere **daño** material inmediato, como sí lo exige el tipo incriminado en el artículo 171 de la misma obra. Se trata de un delito formal en que basta el daño meramente potencial.

Sin embargo, téngase en cuenta que, de haberse reconocido oportunamente la representación del Juez, éste habría podido recurrir en apelación o de hecho ante esta Corporación, contra las providencias que lo condenaron al pago de unas multas; y que, de haberse denegado dicha representación, con la diligencia o rapidez exigidá por la ley, también habría podido recurrirse de semejante manera, y quizá los resultados hubieran sido favorables para el acusado. En otros términos, el derecho de defensa no pudo ejercerlo normal y eficazmente el Juez acusado, y con ello se le perjudicó ilegalmente. O pudo perjudicársele. Pero se repite que, en esta suerte de delitos, no se considera el resultado concreto, sino la lesión del orden jurídico, nacida de la desobediencia a la ley, que imponía, concretamente, una conducta positiva determinada: resolver, en un sentido o en otro, acorde con la ley y con los términos contemplados en ella.

En cuanto al problema del dolo, la Sala no considera necesario extenderse en largas dilucidaciones. De acuerdo con lo establecido en el artículo 23 del Código Penal, no hay lugar a responsabilidad, cuando el hecho se comete con plena buena fé, determinada por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia.

La comprobación de estas modalidades de la acción típica incriminada excluye el dolo, como es obvio. Se pretende que tales circunstancias determinaron las demoras imputadas; pero la Sala no encuentra establecidos los supuestos del eximente, ni siquiera a título de duda (artículo 204 del Código de Procedimiento Penal).

El procesado debía saber que la providencia relacionada con la representación del Juez acusado, tenía señalada unos términos claros y perentorios de resolución, que no quedaban ni fueron dejados al libre arbitrio del funcionario. Sabía y debía saber que el Código Penal incrimina como delictuoso el retardo de actos propios de las funciones oficiales. Sabía y debía saber que su responsabilidad como Magistrado era personal, y que las opiniones de sus colegas, si es que existieron, no lo excusaban de dicha responsabilidad. De otra parte, las normas sobre la oportunidad en que debía resolverse, son claras, y no requieren profundas o discutibles exégesis. La creencia errada de que podía evadirse el cumplimiento de las normas, mediante un aplazamiento no autorizado, carece de comprobación en los autos.

El dolo no aparece excluído, de consiguiente. No es que el procesado hubiera procedido con fraude, mentira, engaño u otros factores dolosos característicos de otras formas delictuosas. Se trata, simplemente, de una conducta **intencional**, en el sentido de que se presenta, en el proceso, como conciencia y voluntad de omitir el acto esperado o exigido por la ley, en la oportunidad debida, a pesar de saberse dicho comportamiento contrario a la ley. Y ello basta para imputarlo al procesado como conducta dolosa.

Sin dudada que, en los delitos **propios de omisión**, como el reprochado en el auto de proceder, los matices de la acción criminal son muy característicos y de muy discutida fundamentación en la doctrina jurídica. Como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligatorio. Y esto es lo que los autos comprueban haber ocurrido respecto a las omisiones o retardos imputados en el auto de enjuiciamiento recurrido.

No procede, por lo expuesto, el sobreseimiento definitivo. Tampoco el temporal, ya que la in-

vestigación está completa, y las pruebas a que alude el señor defensor, bien pueden ser practicadas posteriormente, en el momento procesal correspondiente.

En cuanto a que sea más favorable al procesado el procedimiento disciplinario, bastan dos sencillas observaciones para rebatir tal punto de vista: la primera, que la sanción disciplinaria no excluye la acción penal; y la segunda ,que, en la actualidad, no habría lugar a dicho procedimiento, por haber el procesado perdido su investidura.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, deniega la reposición solicitada.

Cópiese y notifíquese.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonioi Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LA CASACION EN MATERIA CASTRENSE. — STATUS TRANSITORIO POR EL CAMBIO DE LEGISLACION: RESTRICCIONES A QUE QUEDA SUJETO EL FALLADOR DEL RECURSO INTERPUESTO DESPUES DE LA VIGENCIA DEL DECRETO 0250 DE 1958; Y AMPLITUD EN EL ESTUDIO Y DECISION DEL PROBLEMA CUANDO SE INTERPUSO EL RECURSO ANTES DE TAL VIGENCIA. — EL AUTO DE PROCEDER O SU EQUIVALENTE EN PROCESOS EN MARCHA BAJO EL DECRETO 2.900 DE 1953, NO PODIA OMITIRSE SIN ACARREAR NULIDAD CONSTITUCIONAL. — GARANTIA PRO-REO

1.— Suprimida la Corte Militar de Casación y Revisión, los asuntos de que ella venía conociendo pasaron a la jurisdicción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

La competencia de la Sala Penal de la Corte para decidir el recurso de casación interpuesto contra fallos proferidos por Tribunales Militares, obedece a lo establecido en el decreto extraordinario 0250 de 1958 (julio 11), artículo 320, atribución primera.

2.—Si el recurso se interpuso estando ya en vigor el referido decreto 0250, la Sala no podría estudiar otras causales de casación que las invocadas por el demandante, y aún respecto de éstas no le sería dado examinar sino los motivos y cargos presentados por el recurrente. Pero si el Tribunal Militar concedió el recurso cuando la norma reguladora de la casación militar era el Decreto 2.900 de 1953 (noviembre 3), es a éste al que tiene que atenerse la Sala para resolver si se casa o no se casa la sentencia recurrida.

Según el artículo 152 ibídem, si la Corte encuentra viable una causal no alegada, o si una cualquiera de las que se han invocado fuere viable por una razón no aducida en la demanda, podrá invalidar el fallo del inferior y sustituírlo por uno que se ciña a las respectivas disposiciones legales.

3.— El artículo 1º del Decreto 0943 de 1955, dispuso que a partir de su vigencia, "el juzgamiento de todos los delitos cuyo conocimiento esté atribuído a la justicia penal militar, se hará por los trámites de los Consejos de Guerra Verbales". Y el artículo 5º ibídem agregó que en tratándose de procesos contra policías, "el Comandante de la Brigada en cuya jurisdicción se haya cometido el delito hará la convocatoria del Consejo de Guerra... y las designaciones de presidente y Vocales que deben integrarlo,..... dentro del personal de oficiales militares y de policía que operen en el territorio de la Brigada respectiva".

Según el Decreto 2.900 de 1953, artículos 88, 90 y 96, el auto de proceder es pieza indispensable en los juicios reglamentados en dicho Decreto. De modo que si se prescinde de calificar el mérito del sumario, lo que sin duda constituye una garantía para el procesado, se contraría el principio de interpretación consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en relación con el 26 de la Carta, y se incurre en una omisión generadora de nulidad que debe declararse.

Conviene repetir que en tratándose de un trámite en marcha, el auto de proceder es forma propia e ineludible del juicio, con arreglo al artículo 26 de la Constitución. Allí se contiene sin lugar a duda una garantía pro reo que es menester otorgar al procesado.

Es esto tan importante, que el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal establece como causal de nulidad del proceso, "el no haberse notificado en debida forma dicha providencia".

Si la falta de notificación o la notificación irregular del auto de enjuiciamiento acarrea nulidad, con mayor razón de ser nulo lo actuado cuando no se dictó dicho auto, ni otro alguno equivalente y cuando no se estableció en sustitución del sobreseimiento definitivo, ni siquiera un pliego de cargos que sirviera de base a la pregunta o preguntas que debían someterse al Consejo de Guerra.

Formulada la causal 4ª del artículo 567

del Código de Procedimiento Penal, igual a la 4ª del artículo 153 del Decreto 2.900 de 1953, en evento tal, prospera por las referidas razones, sin que sea necesario el estudio de otros cargos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre quince de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El 23 de julio último llegó a esta Corporación la causa contra el agente de policía ALFREDO VELOSA a quien, sindicado de homicidio en José Gabino Sánchez, el Consejo Verbal de Guerra en sentencia de 2 de octubre de 1956 condenó a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias de rigor. El Tribunal Superior Militar confirmó en fallo de 10 de diciembre de 1957 lo resuelto por aquel Consejo de Guerra.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el representante del procesado; y una vez que le fue concedido (auto de 13 de febrero de 1958), el expediente se remitió a la Corte Militar de Casación y Revisión.

Suprimida dicha entidad, los asuntos de que ella venía conocimiento pasaron a la jurisdicción de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

El 8 de septiembre de 1958 se celebró la audiencia pública con asistencia del defensor y del procesado Velosa. El Procurador de las Fuerzas Armadas no concurrió, a pesar de habérsele citado personalmente con bastante anticipación.

o o o

Se cumplieron los trámites y traslados legales.

La competencia de la Sala Penal de la Corte para decidir el recurso obedece a lo establecido en el Decreto Extraordinario 0250 de 1958 (julio 11), artículo 320, atribución primera.

Si el recurso se hubiera interpuesto estando ya en vigor el referido Decreto 0250, la Sala no podría estudiar otras causales de casación que las invocadas por el demandante, y aún respecto de éstas no le sería dado examinar sino los motivos y cargos presentados por el recurrente. Pero como el Tribunal Militar concedió el recurso el 13 de febrero de 1958, es decir, cuando la norma reguladora de la casación militar era el Decreto 2.900 de 1953 (noviembre 3), es a éste al que hay que atenerse para resolver si se casa o no se casa la sentencia recurrida.

Según el artículo 152 ibídem, si la Corte encuentra viable una causal no alegada, o si una cualquiera de las que se han invocado fuere viable por una razón no aducida en la demanda, podrá invalidar el fallo del inferior y sustituírlo por uno que se ciña a las respectivas disposiciones legales.

El representante del procesado (folios 7 a 12, cuaderno 2) presentó oportunamente la demanda de casación el 2 de mayo de 1958. Invocó las causales primera, segunda y cuarta de las señaladas en el artículo 153 del C. de J. P. M. que coinciden con las que tienen los mismos números en el artículo 567 de la Ley 94 de 1938. A pesar de la longitud del escrito —seis páginas en espacio semiancho— no hay allí fundamentación técnica que estudiar. Se alegan motivos o fuerzas ocultas diferentes de la justica; parcialidad política de parte del sentenciador de primera instancia etc.

El Procurador (folio 13) de la antigua Corte Militar, en respuesta a la demanda, se limitó a observar lo siguiente: "Aunque el abogado recurrente manifiesta en su alegato que impugna la sentencia recurrida con base en las causales primera, segunda y cuarta de casación, no las fundamenta ni pone de presente cuáles son las razones en derecho que lo asisten" para impugnar "la providencia del Tribunal". "En estas condiciones —agrega— me considero exonerado de referirme al alegato en mención, por cuanto él no se ajusta en forma alguna a la técnica que preside el recurso...."

LOS HECHOS:

En el Municipio de Guataquí, Cundinamarca, a eso de las once de la noche del 18 de abril de 1954, José Antonio González entraba a la tienda de José Alfonso Charry a comprar un Mejoral, cuando se le acercó Luis Carlos Palomo y con un cigarrillo ardiendo le quemó el rostro; fuéronse a las manos agredido y agresor después de insultarse el uno al otro con interjecciones y epítetos de la peor laya. Como el agente de policía Alfredo Velosa, o sea el procesado, escuchara desde su cuartel el alboroto de Palomo y González, acudió a ver qué era lo que ocurría. Intervino entonces Palomo para decir que nada estaba sucediendo. No contento con esto el agente Velosa arguyó que si nada ocurría, cómo se explicaba entonces el uso de términos ofensivos del honor personal. Prosiguió el diálogo y Palomo "tuvo al-

gunas frases descomedidas para el agente y la autoridad que representaba". Velosa inerme encaminose pronto al cuartel, de donde regresó minutos después armado de fusil. Palomo que ya había cancelado su incidente con González, tomó en compañía de Consolación Sánchez de Palomo y de su hermano Francisco el camino de su casa. Dirigióse Velosa al grupo y pidió a Luis Carlos que siguiera con él hacia la cárcel por los irrespetos anteriores; terció doña Consolación en el asunto para pedir al agente que no se llevara a su hijo, pues todo había concluído y ya se retiraban a sus domicilios. Velosa entonces insistió en llevarse a Luis Carlos Palomo a la cárcel y con empujones y golpes de culata pretendió imponer su voluntad. En esto se hizo allí presente José Gabino Sánchez —el otro hermano de Luis Carlos— "posiblemente con alguna arma en su mano, y se encaró con el agente Velosa". Retrocedió éste y emprendió luégo franca retirada hasta llegar contra los muros de la iglesia parroquial, "donde volvió la cara hacia atrás y como advirtiera que Sánchez aún lo seguía, le disparó su fusil y le causó la muerte".

° ° °

En providencia de 1º de marzo de 1955, **cuando aún se hallaba vigente el Decreto 2.900 de 1953,** el capitán Luis A. Fonseca Ayala, Juez de primera instancia (Batallón Guardia Presidencial), invocando lo dispuesto "en el libro I, capítulo II y en el artículo 25 (ordinal 2º) del Código Penal, en concordancia con el artículo 89 (ordinal 2º) del C. de J. P. M.",... resolvió "absolver definitivamente ... a Alfredo Velosa del delito que se le imputa ya que obró en legítima defensa de su vida".

Cumplidas las notificaciones del caso, remitióse en consulta el proveído al Tribunal Superior Militar. La Fiscalía de dicha entidad, después de criticar al Juez de primera instancia por haber hablado de absolución en vez de sobreseimiento, solicitó que se revocara lo resuelto y se diera aplicación al Decreto 0943 de 1955 que, se advierte, entró a regir el 1º de abril de dicho año.

El artículo 1º de este decreto dispuso que a partir de su vigencia, "el juzgamiento de todos los delitos cuyo conocimiento esté atribuído a la justicia penal militar, se hará por los trámites de los Consejo de Guerra Verbales". Y el artículo 5º ibídem agregó que en tratándose de procesos contra policías, "el Comandante de la Brigada en cuya jurisdicción se haya cometido el delito hará la convocatoria del Consejo de Guerra ... y las designaciones de presidente y vocales que deben integrarlo,.... dentro del personal de oficiales militares y de policía que operen en el territorio de la Brigada respectiva".

El Tribunal Militar, en providencia de 27 de julio de 1955 accedió a lo pedido por el Ministerio Público, revocando en todas sus partes la decisión del inferior y disponiendo que el proceso volviera a la oficina de origen para aplicar el expresado Decreto 0943.

Y es aquí en donde la Sala tiene que observar que el procedimiento debía continuarse no conforme al decreto que se acaba de citar sino de acuerdo con el que regía en este punto de la actuación, o sea el 2.900 de 1953, y según el cual el auto de proceder (artículos 88, 90 y 96) es pieza indispensable en los juicios reglamentados en dicho decreto. De modo que al haberse prescindido de calificar el mérito del sumario, lo que sin duda constituye una garantía para el procesado, se contrarió el principio de interpretación consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en relación con el 26 de la Carta. Se incurrió, pues, en una omisión generadora de nulidad, que debe declararse.

Conviene repetir que en tratándose de un trámite en marcha, como el que ahora se examina, el auto de proceder es forma propia e ineludible del juicio, con arreglo al artículo 26 de la Constitución. Allí se contiene sin lugar a duda una garantía **pro reo** que ciertamente no se otorgó al sindicado Alfredo Velosa.

Es esto tan importante, que el artículo 198 del C. de P. P. esablece como causal de nulidad del proceso, "el no haberse **notificado** en debida forma dicha providencia".

Si la falta de notificación o la notificación irregular del auto de enjuiciamiento acarrea nulidad, con mayor razón debe ser nulo lo actuado cuando no se dictó dicho auto, ni otro alguno equivalente y cuando, como en el presente caso, no se estableció en sustitución del sobreseimiento definitivo, ni siquiera un pliego de cargos que sirviera de base a la pregunta o preguntas que debían someterse al Consejo de Guerra.

La causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., igual a la 4ª del artículo 153 del Decreto 2.900 de 1953, prospera por las referidas razones, sin que sea necesario examinar otros cargos.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal —administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oída la Procuraduría Militar, CASA la sentencia

materia del recurso; DECLARA nulo todo lo actuado en este proceso desde el auto de 27 de julio de 1955 (folio 120, cuaderno 1) inclusive, y ORDENA reponer de ahí en adelante el procedimiento sin omitir el auto de proceder o su equivalente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.



AMNISTIA E INDULTO. — DELITOS ATRROCES. — PARA CALIFICARLOS ASI SE REQUIERE PRIMORDIALMENTE QUE LA ACTIVIDAD DELICTUOSA, SIGNO EVIDENTE DE PELIGROSIDAD SOCIAL, REVELE, ADEMAS, POR LOS MOTIVOS DETERMINANTES, LAS MODALIDADES DE LA EJECUCION, ETC., "UNA EXTREMADA INSENSIBILIDAD MORAL". — LA ATROCIDAD DE LOS DELITOS NO ESTA SUJETA A REGLAS INVARIABLES

No ha dicho la ley cuáles deban considerarse delitos atroces. Pero de acuerdo con el sentido natural y obvio de las palabras, son los que se cometen con crueldad, inhumanidad o fiereza. Para calificarlos así debe guiarse el juzgador por un criterio preferentemente subjetivo. No basta que la infracción penal revista gravedad especialísima, bien sea por la importancia del derecho violado o por cualesquiera otras circunstancias de orden material, para que pueda considerarse atroz. Se requiere primordialmente que la actividad delictuosa, signo evidente de peligrosidad social, revele, además, por los motivos determinantes, las modalidades de la ejecución, etc. "una extrema insensibilidad moral".

El asesinato, por ejemplo, es delito atroz casi siempre. Pero no obstante ser la forma más grave del homicidio, casos pueden presentarse desprovistos de atrocidad. La Corte ha dicho que son atroces los homicidios cometidos en una cualquiera de las circunstancias previstas en los ordiales 2º a 9º del artículo 363 del Código Penal, pero que puede no serlo el asesinato cuando esa denominación la recibe por los vínculos de parentesco entre víctima y victimario. Y aún dentro de las modalidades de los ordinales 2º a 9º pueden presentarse excepciones, como el homicidio pasional cometido con sevicia, o consumado con crueldad excesiva pero en estado de justa ira. Lo mismo ocurre con las lesiones personales. No es suficiente que el atentado contra la integridad corporal deje como consecuencia graves trastornos mentales o psíquicos, deformidades o desfiguraciones permanentes para que pueda decirse que el delito es atroz. Pero si no sólo se ha menoscabado la integridad personal sino que, además, se ha ofendido la dignidad, como ocurre en cierta clase de mutilaciones, no hay duda de que entonces sí es procedente la calificación de atrocidad. El incendio, los delitos que envuelven un peligro común y en general los que atentan contra la salud y la integridad colectivas, tienen particular gravedad intrínseca que por sí sola no basta para estimarlos atroces. Para que lo sean es preciso que en forma inequívoca revelen en su autor una "extrema insensibilidad moral", como sería el caso de quien incendia para matar o provoca un siniestro ferroviario para destruír sin discriminación vidas humanas, y otros análogos.

Lo anterior lleva a la conclusión de que la "atrocidad" de los delitos no está sujeta a reglas invariables. Es preciso estudiar cada hecho concreto, escudriñar los motivos determinantes, analizar las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que el delito se cometió para poder afirmar con certeza si los autores y partícipes son o no indignos del perdón colectivo que en ocasiones se otorga por razones de conveniencia general.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

El señor Humberto Higuita pide se le indulte la pena de diez y seis años de presidio a que se le condenó, por sentencia ejecutoriada, como responsable del delito de homicidio en la persona de Octavio Villegas.

Los hechos que dieron lugar al juzgamiento ocurrieron así:

Don Octavio Villegas era muy estimado en la población de Cañasgordas, Departamento de An-

tioquia, donde tenía un establecimiento comercial de su propiedad que atendía personalmente. A eso de las doce del día 19 de enero de 1953 se presentó allí un desconocido con el pretexto de comprar un paquete de cigarrillos y cuando el señor Villegas volvió la espalda le hizo varios disparos de revólver que le ocasionaron la muerte de manera casi instantánea.

Como responsable de este grave delito fue sindicado el señor Humberto Higuita quien a todo lo largo del proceso ha venido haciendo protestas de inocencia.

Perfeccionada la investigación, el Juzgado Cuarto Superior de Medellín, en providencia fechada el 10 de febrero de 1956 abrió causa criminal, con intervención del jurado, contra Humberto Higuita por el delito de homicidio cometido en la persona de Octavio Villegas, en las circunstancias de modo, lugar y tiempo ya conocidas. El delito se especificó como asesinato en atención a que "la víctima fue sorprendida en estado de indefensión e inferioridad" (Artículo 363, ordial 5º del Código Penal).

Correspondió revisar el auto de fondo al Tribunal Superior de Medellín por apelación que interpuso el defensor del procesado. Esa entidad consideró que "existe prueba directa que no es posible desconocer, corroborada por indicios de gran significación" que compromete seriamente al acusado Higuita, por lo cual y estando plenamente probado el cuerpo del delito, era el caso de confirmar el enjuiciamiento. Así lo hizo en providencia de 22 de julio de 1957 ,dejando constancia en la parte motiva de que "es de rigor concluír que está suficientemente establecida la forma alevosa como fue ultimado Villegas...."

El 4 de octubre del año que se acaba de citar se celebró la audiencia pública. El Jurado, con el voto unánime de sus miembros, declaró que Humberto Higuita es responsable de haberle causado intencionalmente la muerte a Octavio Villegas "sorprendiéndolo en condiciones de indefensión e inferioridad".

Con base en ese veredicto el Juzgado Cuarto Superior de Medellín, en sentencia fechada el 10 de octubre de 1957, condenó al acusado a la pena de diez y seis años de presidio y sus accesorias.

El fallo de primera instancia fue confirmado por el Tribunal Superior de Medellín el 22 de febrero del corriente año. En la sentencia de segundo grado se dice, entre otras cosa, que Octavio Villegas fue eliminado "por razones que no están bien establecidas" aunque "a última hora" el procesado pretende que ese homicidio se debió el apoyo que se dice prestaba a los miembros de chusmas" de la región.

Se considera:

Funda el reo su solicitud de indulto en que aquí se trata de un delito político, pues el señor Villegas perdió la vida a consecuencia de la "aversión o sectarismo políticos", motivados por el apoyo que se dice prestaba a los miembros de su partido alzados en armas.

La cuestión que plantea el señor Higuita ya fue debatida y resuelta. La Corte Militar de Casación y Revisión, en providencia fechada el 28 de febrero de 1955, consideró que "estamos ante un caso común de homicidio", no ante un crimen político de los llamados de "reacción".

Argumetó así la Corte Militar:

"Algunas de las declaraciones recibidas dan a entender que el señor Villegas prestaba cierto apoyo a los bandoleros de la región y lo negaba, en cambio, a las personas empeñadas en reducir esos grupos y acabar con el foco de violencia que representaban.

"Higuita, por su parte, en los memoriales que ha presentado, con toda claridad insinúa que el delito de que se trata es, sin que de ello pueda dudarse, un típico caso de reacción contra las actividades antisociales de los bandoleros de Antioquia. Lo que olvida el reo es la indicación de los orígenes de ese conocimiento de la verdad. El, según sus indagatorias y de acuerdo también con algunos de los párrafos de sus alegatos, es ajeno al drama y ni siquiera se hallaba en Cañasgordas. ¿Cómo, entonces, asevera que fue político el móvil del homicidio en la persona de don Octavio?

"Distinto sería, si, por lo menos, hubiera aceptado dentro de la investigación la autoría del hecho. En ese caso, nadie en mejores condiciones que él para explicar el motivo del ilícito. Pero, dada la forma como resolvió comparecer ante la justicia, no puede ensayar ninguna justificación de un delito que asegura desconocer.

"Se impone entonces prescindir de las apreciaciones que hace el señor HIGUITA para atenerse a lo que es por el momento la verdad procesal. Todas las pruebas recogidas nos presentan al señor Villegas como persona que recibió la muerte en momentos en que estaba dedicado al trabajo, sin discusión previa, sin riña de ninguna clase, sin aparentes motivos. Nadie ha dicho en forma concreta que prestaba ayuda a los guerrilleros, que abiertamente simpatizara con ellos, o que en cualquiera de las actividades de éstos estuviera complicado. En semejantes condiciones,

se carecería de base procesal para sostener la tesis de que se le privó de la vida COMO REACCION por actividades suyas hostiles al Gobierno".

Los Decretos 1.823 y 2.062 de 1954 conceden los beneficios de amnistía e indulto para los delitos políticos cometidos por nacionales colombianos antes del 1º de enero de dicho año. En esos actos se califican como políticos aquellos delitos "cuyo móvil ha sido el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adhesión a éste, o por aversión o sectarismo político".

De acuerdo con el autorizado concepto de la Corte Militar de Casación y Revisión, el homicidio cometido en la persona de Octavio Villegas no es delito político que pueda ampararse con la amnistía o a cuyos autores y partícipes sea dable dispensar el indulto.

A juicio del Tribunal Superior de Medellín —menos enfático que la Corte Militar— "no están bien establecidas" las razones por las cuales se consumó el asesinato del señor Villegas.

Esta Sala no rechaza la posibilidad de que el homicidio se hubiera cometido con los móviles sectarios que anota el acusado, porque si Humberto Higuita ejecutó la infracción, ninguno con tánta autoridad como él para explicar cuáles fueron los motivos determinantes de su designio criminal.

Pero en la hipótesis de que el delito se hubiera cometido con el móvil de apoyar al gobierno, o por aversión o sectarismo políticos, tampoco sería procedente el otorgamiento de la gracia impetrada, por tratarse de un caso de excepción señalado en el artículo 4º del Decreto 1.823 de 1954, según el cual los beneficios de amnistía e indulto "no se extenderán a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral".

No ha dicho la ley cuáles deban considerarse delitos atroces. Pero de acuerdo con el sentido natural y obvio de las palabras, son los que se cometen con crueldad, inhumanidad o fiereza. Para calificarlos así debe guiarse el juzgador por un criterio preferentemente subjetivo. No basta que la infracción penal revista gravedad especialísima, bien sea por la importancia del derecho violado o por cualesquiera otras circunstancias de orden material, para que pueda considerarse atroz. Se requiere primordialmente que la actividad delictuosa, signo evidente de peligrosidad social, revele, además, por los motivos determinantes, las modalidades de la ejecución, etc. "una extrema insensibilidad moral".

El asesinato, por ejemplo, es delito atroz casi siempre. Pero no obstante ser la forma más grave del homicidio, casos pueden presentarse desprovistos de atrocidad. La Corte ha dicho que son atroces los homicidios cometidos en una cualquiera de las circunstancias previstas en los ordinales 2º a 9º del artículo 363 del Código Penal, pero que puede no serlo el asesinato cuando esa denominación la recibe por los vínculos de parentesco entre víctima y victimario. Y aún dentro de las modalidades de los ordinales 2º a 9º pueden presentarse excepciones, como el homicidio pasional cometido con sevicia, o consumado con crueldad excesiva pero en estado de justa ira. Lo mismo ocurre con las lesiones personales. No es suficiente que el atentado contra la integridad corporal deje como consecuencia graves trastornos mentales o psíquicos, deformidades o desfiguraciones permanentes para que pueda decirse que el delito es atroz. Pero si no sólo se ha menoscabado la integridad personal sino que, además, se ha ofendido la dignidad, como ocurre en cierta clase de mutilaciones, no hay duda de que entonces sí es procedente la calificación de atrocidad. El incendio, los delitos que envuelven un peligro común y en general los que atentan contra la salud y la integridad colectivas, tienen particular gravedad intrínseca que por sí sola no basta para estimarlos atroces. Para que lo sean es preciso que en forma inequívoca revelen en su autor una "extrema insensibilidad moral", como sería el caso de quien incendia para matar o provoca un siniestro ferroviario para destruír sin discriminación vidas humanas, y otros análogos.

Lo anterior lleva a la conclusión de que la "atrocidad" de los delitos no está sujeta a reglas invariables. Es preciso estudiar cada hecho concreto, escudriñar los motivos determinantes, analizar las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que el delito se cometió para poder afirmar con certeza si los autores y partícipes son o no indignos del perdón colectivo que en ocasiones se otorga por razones de conveniencia general.

Para la Corte el homicidio cometido en la persona de Octavio Villegas es delito atroz porque se perpetró con manifiesta cobardía, en circunstancias que hacían completamente imposible cualquier reacción defensiva, sin riesgo de ninguna índole para el victimario, ya que la ocultación material del arma y la disimulación del propósito le permitieron maniobrar con seguridad y rapidez y realizar su malvado designio con daño inevitable para la víctima y sin peligro para su ejecutor.

Por lo expuesto la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley NIEGA el indulto de la pena que se le impuso a Humberto Higuita como responsable de homicidio en la persona de Octavio Villegas el 19 de enero de 1953 en la población de Cañasgordas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el proceso al Juzgado 4º Superior de Medellín.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

LA RIÑA PROVOCADA POR EL OCCISO NO SIGNIFICA NECESARIAMENTE QUE HUBIERA SIDO IMPREVISTA PARA EL HOMICIDA. — RIÑA NO PROVOCADA POR EL RESPONSABLE Y RIÑA IMPREVISTA PARA ESTE, NO SON CONCEPTOS EQUIVALENTES. — NO DEBE CONFUNDIRSE LA SITUACION DE QUIEN ACEPTO LA RIÑA CON LA DE QUIEN FUE SORPRENDIDO POR ELLA. — LA ACLARACION DEL JURADO —EN RIÑA NO PROVOCADA— ES INCOMPLETA Y CARECE DE VALOR JURIDICO. — CONDICIONES PARA QUE SEA ACEPTABLE LA MODALIDAD CONTEMPLADA EN EL ARTICULO 384 DEL C. PENAL

1.—Planteado de nuevo, y en los mismos o parecidos términos en que lo ha sido en anteriores oportunidades, el tantas veces pretendido como rechazado intento de adicionar imaginativamente el veredicto para adaptarlo a la proposición que la defensa les presentó a los miembros del Jurado durante el desarrollo del juicio popular, hay que replicar a ese planteamiento con las razones que, a pesar de haber sido divulgadas, se ignoran todavía o se insiste en contrariar. Recientemente, en sentencia de esta misma Sala, fechada el 26 de marzo del año en curso, al resolver un caso análogo al que ahora es materia de examen, pues allí también se omitió el calificativo que la ley le da a la riña para que la acción del sujeto activo del delito pueda colocarse en la situación favorable del artículo 384, se expuso lo que en seguida se transcribe:

"Riña provocada por el occiso no significa necesariamente que hubiera sido imprevista para el homicida. Porque no demuestra que de parte del provocado no existiera el propósito de reñir. La provocación de uno de los contendores no elimina la voluntad de aceptar el reto por parte del que la sufre y, que aún podría estarlo esperando para darle rienda a sus impulsos. Ambos pueden estar animados de igual designio beligerante o combativo. De manera que el hecho de que uno de ellos dé principio a la agresión —de palabra o de obra— no querrá decir que para el otro fue inopinado e imprevisto el lance. Sólo de quien ha sido sorprendido por un ataque que no esperaba y de él se defiende, trabándose en lucha con la persona que lo acomete, es posible predicar el fenómeno de la riña imprevista. Por eso se ha dicho que esa clase de reyerta equivale a la casual, a la que se produce sin el querer de quien llegó a ella obligado por una circunstancia imposible o casi imposible de eludir. La riña imprevista es, en términos exactos, un lance que surge accidentalmente y en forma sorpresiva para uno de los que lo afrontan y que no lo quería ni lo buscó, ni actuó de una manera voluntaria, sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el propósito de pelear. Y de ahí que la ley lo considere como un hecho especial de responsabilidad atenuada.

"Quien es agredido y se defiende, apenas ejercita un derecho; mas el que devuelve los golpes que otro le da, también se defiende, puesto que la defensa implica por lo regular contra-ataque. Y es aquí en donde parece confundirse la posición del que riñe sin querer y la de quien sólo por defenderse repele a su gratuito agresor" (G. J. Tomo LXXXVII, número 2.194).

2.—Riña no provocada por el responsable y riña imprevista para éste, no son conceptos equivalentes. Como tampoco se puede confundir la situación de quien aceptó la riña con la de quien fue sorprendido por ella. No ser el "provocador" (en el Código Italiano se dice "causa determinante de la riña o pelea") es una conducta; actuar en el lance imprevisto, otra distinta. Y sólo esta —cuando es de modo expreso reconocida por los Jueces populares— obra como circunstancia modificadora del delito.

"Si el homicidio tuviere lugar en una riña no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual éste se vio envuelto de una manera casual, la pena....." etc., decía el artículo 603 del Código que estuvo en vigencia hasta el 30 de junio de 1938. Y tam-

bién en ese estatuto (artículo 670), el provocado, si aceptó voluntariamente el reto estaba sujeto a sanción. El problema se debatía pues, en el plano de la determinación de la voluntad. De ahí que la jurisprudencia hubiera considerado que la atenuación del artículo 384 del Código Penal se puede definir diciendo que "la riña asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional, que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse".

3.—Quien concurre a una riña que no se originó —como lo quiere la ley— "de un modo imprevisto", no podrá aspirar al régimen especial que sólo debe concederse a la persona cuya participación no emanó de su voluntad, sino que sencillamente se vio en el trance de hacerle frente a un acaecimiento que no esperaba ni era para él conjeturable. La aclaración del Jurado ("en riña no provacada") es incompleta y carece de valor jurídico. Porque de no haberla provocado el responsable del homicidio no se desprende que no la quisiera, que fuera para él sorpresiva, casual, imposible de prever por alguna de las señales o indicios que anuncian los sucesos naturales. Y hay que decir una vez más que el término "imprevisto" es parte sustancial de la naturaleza del acto que sanciona el artículo 384 y que de dicho vocablo no es posible predicar el calificativo de técnico o de uso reservado solamente a los diestros en las disciplinas del derecho y conocedores del léxico jurídico. De modo que si el Jurado prescinde de incluírlo en su veredicto, no lo hace por ignorancia de lo que significa, sino porque estima que no corresponde a la realidad de los hechos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre veintitrés de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

El recurso de casación que tiene a su estudio la Sala se refiere a la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el 13 de septiembre de 1957, en la que se condena a Luis Pintor Castro a ocho años y medio de presidio, como responsable de la muerte de Pedro Aguilar Umbarilla, delito acerca del cual el Juez Octavo Superior de la ciudad nombrada interrogó así al Jurado en el acto público del 20 de septiembre de 1956.

"El acusado Luis Pintor Castro es responsable, sí, o nó, de haber causado la muerte voluntaria e intencionalmente al señor Luis" (sic) "Aguilar Umbarilla, mediante el empleo de arma cortante y punzante, que ocasionó a la víctima una anemia aguda consecuencial a la sección de los vasos subclavios y asfixia por comprensión sanguínea del pulmón izquierdo, según hechos sobrevenidos el día veinte (20) de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos (1952), en las horas de la tarde, en la vereda "Cruces", jurisdicción del Municipio de Chocontá, comprensión de este Distrito Judicial?".

La respuesta de los Jueces de conciencia está expresada en los siguientes términos:

"El acusado sí es responsable de la muerte de Luis" (sic) "Aguilar Umbarilla pero en estado de embriaguez y en riña no provocada por él".

Este veredicto no fue interpretado en igual forma por los juzgadores de instancia. El Juez creyó que encajaba en lo dispuesto en el artículo 384 del Código Penal, y de ahí la pena de cuatro años de presidio que le impuso al homicida. El Tribunal, en cambio, consideró que aquel precepto no era aplicable al caso, puesto que ni la riña se calificó de imprevista, ni tal modalidad se podía deducir de los hechos, que en el fallo vienen relatados así:

"Pedro Aguilar Umbarilla residía con su menor hija Ascensión en la vereda de Cruces, jurisdicción municipal de Chocontá; a eso de las cinco de la tarde del 20 de diciembre de 1952 ambos se encontraban tranquilamente en su casa, después de regresar del pueblo, y mientras la niña hacía la comida, Pedro Aguilar se recargó contra la pared del frente del inmueble; en esos momentos pasaron por el camino Juan Mayorga y Polo Lara, quienes dieron gritos de vivas al partido político de sus simpatías; al oírlos, Aguilar Umbarilla —quien al parecer tenía diferencias de linderos con Mayorca— se dirigió a éste y a Lara diciéndoles "que ya que eran tan machos y tan capaces se bajaran para abajo", según lo afirma la esposa de Mayorga; éste saltó la quebrada que, del camino en que se hallaba, lo separaba de la casa de Aguilar, y entró de inmediato en discusión con Pedro. Poco después hizo su aparición Luis

Pintor Castro y, saltando a su vez la misma quebrada, participó en el lance que nada tenía que ver con él e hirió de muerte, con arma cortante, al infortunado Pedro Aguilar Umbarilla quien falleció casi inmediatamente; por su parte, Pintor Castro resultó herido en la frente".

* * *

LA DEMANDA:

Los cargos al fallo los formula el doctor Ismael Rincón Zamudio, quien ha invocado las causales 3ª y 1ª del artículo 567 del C. de P. P., que de acuerdo con su orden y fundamento deben entenderse como principal y accesoria, respectivamente. O, en términos más concretos: que el reconocimiento de la primera está subordinado a lo que con respecto a la tercera se resuelva, pues si ésta no procede, tampoco aquella.

La tesis de la demanda es, en síntesis: que la sentencia está en desacuerdo con el veredicto porque no acogió la voluntad del Jurado al prescindir de una expresión (imprevista), implícita en el pensamiento de éste cuando dijo que Luis Pintor Castro había obrado en "riña no provocada por él".

Para hacer esta afirmación presenta los siguientes argumentos: a) Que durante las audiencias la defensa sostuvo que el procesado cometió el delito "dentro de una riña imprevista"; b) Que si la Corte, en numerosos fallos, "ha dicho que al Jurado de conciencia no se le pueden exigir definiciones técnicas ni que utilice el tecnicismo jurídico que deben emplear los jueces de derecho", sino apenas que responda con claridad a las cuestiones propuestas, en el presente caso fue explícito cuando declaró que "la riña no había sido provocada por Pintor"; y c) Que "la intención del Jurado se traduce simplemente de la afirmación de que Pintor no fue el provocador y si no fue el provocador la riña en que se vio envuelto tenía que ser imprevista para el procesado".

Finalmente, y en relación con la causal primera, dice que hubo una indebida aplicación de la ley penal al fallar sin tener en cuenta el artículo 384 ya citado.

* * *

SE CONSIDERA:

De nuevo se plantea, y en los mismos o parecidos términos en que lo ha sido en anteriores oportunidades, el tantas veces pretendido como rechazado intento de adicionar imaginativamente el veredicto para adoptarlo a la proposición que la defensa les presentó a los miembros del Jurado durante el desarrollo del juicio popular. Y habrá que replicar a ese planteamiento con las razones que, a pesar de haber sido divulgadas, se ignoran todavía o se insiste en contrariar. Recientemente, en sentencia de esta misma Sala, fechada el 26 de marzo del año en curso, al resolver un caso análogo al que ahora es materia de examen pues allí también se omitió el calificativo que la ley le da a la riña para que la acción del sujeto activo del delito pueda colocarse en la situación favorable del artículo 384, se expuso lo que en seguida se transcribe:

"Riña provocada por el occiso no significa necesariamente que hubiera sido imprevista para el homicida. Porque no demuestra que de parte del provocado no existiera el propósito de reñir. La provocación de uno de los contendores no elimina la voluntad de aceptar el reto por parte del que la sufre y, que aún podría estarlo esperando para darle rienda a sus impulsos. Ambos pueden estar animados de igual designio beligerante o combativo. De manera que el hecho de que uno de ellos dé principio a la agresión —de palabra o de obra— no querrá decir que para el otro fue inopinado e imprevisto el lance. Sólo de quien ha sido sorprendido por un ataque que no esperaba y de él se defiende, trabándose en lucha con la persona que lo acomete, es posible predicar el fenómeno de la riña imprevista. Por eso se ha dicho que esa clase de reyerta equivale a la casual, a la que se produce sin el querer de quien llegó a ella obligado por una circunstancia imposible o casi imposible de eludir. La riña imprevista es, en términos exactos, un lance que surge accidentalmente y en forma sorpresiva para uno de los que lo afrontan y que no lo quería ni lo buscó, ni actuó de una manera voluntaria, sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el propósito de pelear. Y de ahí que la ley lo considere como un hecho especial de responsabilidad atenuada.

"Quien es agredido y se defiende, apenas ejercita un derecho; mas el que devuelve los golpes que otro le da, también se defiende, puesto que la defensa implica por lo regular contra-ataque. Y es aquí en donde parece confundirse la posición del que riñe sin querer y la de quien sólo por defenderse repele a su gratuito agresor".

Para formarse una idea exacta del caso que se estudia, conviene aclarar: 1º Que el representan-

te del Ministerio Público combatió en el curso del debate público el supuesto de la riña imprevista; 2º Que el señor defensor solicitó allí mismo que se reconociera dicha característica, explicándola suficientemente; 3º Que (fallo de 30 de noviembre de 1955) el Tribunal había declarado el primer veredicto emitido el 16 de mayo de ese año 1955) "contrario a la evidencia de los hechos", precisamente porque el Jurado de entonces consideró que el delito cometido por Luis Pintor Castro se había realizado en una riña imprevista; y 4º Que en el hecho del 20 de diciembre de 1952 hubo tres contendores armados así: Pedro Aguilar, con "una vara"; Juan Mayorga, con "un palo con recatón"; y Luis Pintor Castro, con "un palo y un cuchillo". El primero se entendía con el segundo cuando entró en la reyerta el tercero, sin que hubiera recibido incitación de la víctima (Aguilar).

En estas condiciones, mal puede asegurarse que el lance fue imprevisto para Pintor Castro. Y en una riña, en la que intervienen tres, al decirse de uno que no la provocó, queda sin resolver cuál fue el provocador. Si Pintor encontró una situación ya creada y tomó parte en ella, no es posible convenir en que lo hizo sin preverla. Si el occiso provocó a alguien, no fue propiamente a Pintor, que acudió al combate para secundar a Mayorga.

Riña no provocada por el responsable y riña imprevista para éste, no son conceptos equivalentes. Como tampoco se puede confundir la situación de quien aceptó la riña con la de quien fue sorprendido por ella. No ser el "provocador" (en el Código Italiano se dice "causa determinante de la riña o pelea") es una conducta; actuar en el lance imprevisto, otra distinta. Y sólo ésta —cuando es de modo expreso reconocida por los jueces populares— obra como circunstancia modificadora del delito.

"Si el homicidio tuviere lugar en una riña no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual éste se vio envuelto de una manera casual, la pena ...." etc., decía el artículo 603 del Código que estuvo en vigencia hasta el 30 de junio de 1938. Y también en ese estatuto (artículo 670), el provocado, si aceptó voluntariamente el reto, estaba sujeto a sanción. El problema se debatía pues, en el plano de la determinación de la voluntad. De ahí que la jurisprudencia hubiera considerado que la atenuación del artículo 384 del Código Penal se puede definir diciendo que "la riña asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional, que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse".

No resulta, pues, admisible el cargo que se le formula a la sentencia con base en la causal tercera. Primero, porque el veredicto no hizo mención de aquella circunstancia (riña imprevista); y segundo, porque tampoco hay lugar a suponer que en tal forma se hubiera suscitado, si se atiende al desarrollo de los acontecimientos. Quien concurre a una riña que no se originó —como lo quiere la ley— "de un modo imprevisto", no podrá aspirar al régimen especial que sólo debe concederse a la persona cuya participación no emanó de su voluntad, sino que sencillamente se vio en el trance de hacerle frente a un acaecimiento que no esperaba ni era para él conjeturable. La aclaración del Jurado ("en riña no provocada") es incompleta y carece de valor jurídico. Porque de no haberla provocado el responsable del homicidio no se desprende que no la quisiera, que fuera para él sorpresiva, casual, imposible de prever por algunas de las señales o indicios que anuncian los sucesos naturales. Y hay que decir una vez más que el término "imprevisto" es parte sustancial de la naturaleza del acto que sanciona el artículo 384 y que de dicho vocablo no es posible predicar el calificativo de técnico, o de uso reservado solamente a los diestros en las disciplinas del derecho y conocedores del léxico jurídico. De modo que si el Jurado prescinde de incluírlo en su veredicto, no lo hace por ignorancia de lo que significa, sino porque estima que no corresponde a la realidad de los hechos.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita que no se invalide la sentencia impugnada; conclusión a que llega después de un correcto análisis de la situación y de objetar los fundamentos de la demanda.

° ° °

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, NO CASA la sentencia recurrida.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas— Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía— Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

CUANDO HAY DESACUERDO ENTRE EL VEREDICTO Y LA SENTENCIA, LA CAUSAL PROCEDENTE ES LA TERCERA Y NO LA PRIMERA, CAUSAL ESTA ULTIMA, QUE APENAS CABE, EN LO REGULAR, COMO SUBSIDIARIA. — SI SE ESTIMA TRUNCO EL VEREDICTO DEL JURADO, LO OPORTUNO NO ES INVOCAR LA CAUSAL 1ª SINO LA 4ª PARA QUE SE DECLARE LA CONSIGUIENTE NULIDAD DEL JUICIO POR VIOLACION DE SUS FORMAS PROPIAS, GARANTIZADAS EN EL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION

1.—Si el Jurado afirmó para uno de los procesados, respecto del delito de homicidio, la responsabilidad de un cómplice no necesario y en cambio en el fallo acusado se sostuvo complicidad necesaria y en esa suerte el inculpado fue condenado con aplicación del artículo 19 del Código Penal y nó del 20 que es el que a su caso se acomoda de acuerdo con los términos de la respuesta del Tribunal popular, el recurrente en casación debe invocar no la primera sino la causal 3ª. Si así no lo hace cierra a la Sala la posibilidad de examinar esa causal, ya que el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal dispone que no se podrán tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes.

2.—Si se estima trunco el veredicto del Jurado, lo oportuno no es invocar la causal 1ª, sino la 4ª para que se declare la consiguiente nulidad del juicio por violación de sus formas propias, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución. Pero si en la demanda no se invocó esa causal sino que se adujo con exclusividad la primera, deja por este aspecto a la Sala en imposibilidad legal para examinar esa eventual nulidad de carácter supralegal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintitrés de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres).

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que se interpuso y admitió con respecto a la sentencia del siete de febrero del año en curso, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja condenó a ANGEL GOMEZ DUQUE, como responsable del delito de homicidio calificado de asesinato en la persona de Jesús María Serna, a la pena de quince años de presidio y accesorias consiguientes.

ANTECEDENTES

Jesús María Serna vivía con su concubina María Elisa Serna en un sitio llamado "Puerto Nuevo" o "El Hueco" dentro de tierras de José Berrío, situadas en el Territorio Vásquez —Zona del Magdalena— jurisdicción de Puerto Sarmiento. El veintisiete de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco los dos amantes en cuestión, se encontraban en su casa y como a eso de las dos de la tarde se presentaron allí los sujetos que resultaron ser Angel Gómez Duque y Bernardo Parra, los cuales luégo de hablar con los moradores pero en especial con Jesús María Serna, terminaron por darle muerte a éste y por llevarse a continuación unos cuantos enseres de propiedad de los concubinarios.

Con base en esos hechos los dos sujetos mencionados fueron llamados a juicio por el Juzgado Primero Superior del Distrito Judicial de Tunja, incriminándolos por homicidio en la persona del dicho Jesús María Serna, dentro de circunstancias que como constitutivas de asesinato se puntualizaron en la motivación del auto de calificación, y por robo. Llegado el término de la audiencia pública se propusieron al Jurado, con respecto al acusado Angel Gómez Duque, y en lo que toca con el homicidio, los siguientes cuestionarios, calcados en el auto de proceder:

"SERIE PRIMERA.—CUESTION PRIMERA.—El acusado ANGEL GOMEZ DUQUE, hijo legítimo de Cayetano Gómez y de Matilde Duque, de unos veinte años de edad, en la época de los su-

cesos, natural de El Carmen de Apicalá (Cundinamarca) vecino de Puerto Sarmiento —Territorio Vásquez— apodado 'Chirivico', es responsable SI o NO, de haber causado la muerte, con intención de matar, a Jesús María Serna Zapata, con arma cortante y de peso (machete), según hechos ocurridos en el punto de 'Puerto Nuevo' o 'El Hueco', jurisdicción de Puerto Sarmiento, en el Territorio Vásquez, el día veintisete (27) de febrero de mil novecientos cincuenta y cinco (1955)?"

"Respuesta: SI COMO COMPLICE.

"CUESTION SEGUNDA. — El mismo acusado ANGEL GOMEZ DUQUE, de las condiciones anotadas en la cuestión primera, es responsable, SI o NO, de haber cometido el hecho de que trata la cuestión anterior, con premeditación acompañada de motivos innobles y bajos y con indefensión de la víctima?".

"Respuesta: SI".

Como puede apreciarse, el Jurado afirmó la responsabilidad de Gómez Duque con relación al homicidio de que fue agente pasivo Jesús María Serna en forma de complicidad que se abstuvo de especificar en su naturaleza. El Juzgado de Instancia y más tarde el Tribunal en sus respectivos fallos, optaron por calificar esa complicidad para tenerla como necesaria y en esos términos, aplicando el artículo 19 del Código Penal, condenaron al acusado.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente Gómez Duque, por conducto de su apoderado, invoca, con exclusividad, la causal 1ª de casación prevista en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal referida a violación de la ley penal por errónea interpretación de la misma o indebida aplicación, la cual fundamenta en la consideración de que la sentencia del Tribunal "le dio a la primera respuesta del Jurado popular, SI como cómplice".... "una interpretación que no cuadra ni con el pensamiento del Jurado, ni con las normas penales a que esa respuesta pueda referirse", agregando en párrafos posteriores de su libelo que "si el Jurado hubiera creído en las primeras revelaciones de Angel Gómez Duque, en las que dice haber macheteado a la víctima, sin duda lo hubiera colocado en situación de coautor, o, más claramente, le hubiera asignado una participación necesaria en la consumación de los delitos de homicidio y robo. No lo hizo así, de donde se infiere, también claramente, que la complicidad que le apuntó fue la no necesaria, de que trata el artículo 20 del Código Penal. Y tan lógica fue la veredicción, que el Jurado no pudo negar, para Gómez Duque, las circunstancias de premeditación acompañada de motivos innobles y bajos con la indefesión de la víctima que se traducen en las conversaciones anteladas de los delincuentes". Estos conceptos que de suyo proclaman las ideas del recurrente culminan con lo siguiente que importa reproducir textualmente:

"Se cumple, entonces, el requisito impuesto por el ordinal primero del artículo 567 al interpretar la sentencia, en forma errónea, la respuesta 'sí, como cómplice', como incrustada en el mandato del artículo 19 del Código Penal, cuando esa respuesta cabe, y debe caber en lo dispuesto por el artículo 20 del mismo Código, que trata de la complicidad no necesaria.

"Y la anterior errónea interpretación tenía que llevar a la indebida aplicación del mismo artículo 19 del Código Penal, calculando una pena que (sic) 15 años de presidio para Gómez Duque, que, conforme a la verdad legal, no le corresponde.

"Del propio modo, y para el caso de que la respuesta del Jurado "sí, como cómplice" entrañara una duda —que no la entraña, por lo dicho antes—, tal duda deberá resolverse en favor del sindicado o procesado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

"Se ha violado también, pues, la anterior disposición 204 del Código de Procedimiento Penal, con la errónea interpretación de una respuesta del Jurado, que llevó a la indebida aplicación del artículo 19 del Código Penal.

"Si por lo dicho anteriormente, la respuesta del Jurado 'sí, como cómplice' cabe dentro de lo dispuesto en el artículo 20 del Código Penal, la aplicación de la penalidad habrá de calcularse con fundamento en el artículo 363, numerales 2 y 5, en relación con el artículo 20 (y no con el 19 de que habla la sentencia) del Código Penal, habida cuenta de lo dispuesto en los artículos 36, 38 y 39 del mismo Código".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, en el concepto que emitió sobre el recurso

que se estudia, manifiesta que la causal propuesta por el demandante es equivocada y que por lo tanto no debe prosperar, y así dice que ha debido invocarse la 4ª que es la que tiene asidero por razón de que en los juicios por jurado la calificación de los hechos es de su exclusiva incumbencia y, por lo tanto, "cuando el veredicto —fundamento inmediato y único de la sentencia— deja de señalar la característica de alguna circunstancia modificadora, ese fallo trunco no puede ser suplido —ni a favor ni en contra del procesado— por el Juez de Derecho, sin riesgo de modificar sustancialmente la voluntad del Juez de conciencia. En estos casos no es conducente la causal 1ª de casación, pues no existe base cierta alguna para aseverar con seguridad que la sentencia viola la ley penal por su interpretación errónea o por su aplicación indebida. Es la causal 4ª en donde el tema está contemplado, pues con la arbitraria adición del veredicto el Juez de derecho invade la órbita por el Legislador reservada al Juez de hecho, lo cual implica una franca inobservancia de las formas procesales, una clara violación del método que establecen y de la justicia a que atienden, a cuya reparación se presenta el artículo 26 de la Carta, a fin de que la condena o absolución del procesado sea inobjetable conclusión de un trámite normal del correspondiente juicio. Pero el demandante no aduce esta causal, y la Corte no puede tomar en cuenta ninguna otra distinta de aquella que haya sido alegada expresamente (Artículo 568 del Código de Procedimiento Penal)".

Semejantes razonamientos permiten al distinguido representante del Ministerio Público solicitar de la Corte que no case la sentencia materia del recurso y que fue dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

SE CONSIDERA:

En la argumentación que se formula en la demanda con el fin de sustentar la causal que como única se invoca y que es la 1ª, se da a entender claramente que la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, a pretexto de interpretar el veredicto del Jurado en torno al grado de participación que fijó con respecto a Angel Gómez Duque por razón del homicidio en Jesús María Serna, vino a confeccionarse, a la postre, en desacuerdo con ese mismo veredicto sometido a interpretación por el juzgador en derecho. No otra cosa se desprende de la insistencia con que el recurrente recalca en que el Jurado afirmó para Gómez Duque y en lo que toca con el homicidio en Serna la responsabilidad de un cómplice no necesario y en cambio en el fallo acusado se sostuvo complicidad necesaria y en esa suerte el inculpado fue condenado con aplicación del artículo 19 del Código Penal y nó del 20 que es al que a su caso se acomoda de acuerdo con los términos de la respuesta del Tribunal popular. En estas condiciones el recurrente ha debido invocar la causal 3ª; pero como no lo hizo, cerró a la Sala la posibilidad de examinar esa causal, ya que el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal dispone que no se podrán tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes.

De otro lado, si el veredicto del Jurado se estimaba trunco, como lo sostiene el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, lo oportuno no era invocar la causal 1ª, sino la 4ª para que se declaráse la consiguiente nulidad del juicio por violación de sus formas propias, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución: Pero tampoco en la demanda se invocó esa causal sino que se adujo con exclusividad la primera, dejando por este otro aspecto a la Sala en imposibilidad legal para examinar esa eventual nulidad de carácter supralegal.

Síguese de lo que se deja expuesto que no hay lugar a casar la sentencia materia del recurso, precisamente porque la causal invocada no procede. Las consideraciones que se consignan son suficientes para llegar a esta rigurosa conclusión.

* * *

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, acorde con el señor representante del Ministerio Público, NO CASA la sentencia del siete de febrero del año en curso expedida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el presente juicio y que es materia del recurso de estudio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas— Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía J.—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

COLISION DE COMPETENCIAS. — CUANDO EL DELITO O DELITOS POR EL QUE HAN SIDO PROCESADAS VARIAS PERSONAS, COMO AUTORES, COMPLICES O PARTICIPES, SE COMETIO O SE COMETIERON "EN LUGARES DISTINTOS", EL FUNCIONARIO COMPETENTE PARA CONOCER DEL PROCESO, ES EL SEÑALADO EN EL ARTICULO 57 DEL C. DE P. P.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintinueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Procede la Sala a dirimir la colisión de competencias suscitada entre los señores Juez Segundo Penal del Circuito de Cartago y Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, cada uno de los cuales sostiene que corresponde al otro el conocimiento de este proceso. Se trata de funcionarios de dos Distritos Judiciales diferentes, lo cual da a la Corte competencia para decidir (ordinal 4º del artículo 42 del C. de P. P.).

Gonzalo Marulanda se hallaba legalmente preso en la Cárcel del Circuito de Cartago. El Director de ésta, Alberto Echeverri Giraldo, le concedió permiso para trasladarse al municipio de Santa Rosa de Cabal, lo cual se cumplió bajo la custodia del guardián Laureano Zafra. Pero fuese por descuido de este último, fuese con su complicidad o asentimiento, es lo cierto que Marulanda se evadió en dicha ciudad, desde el 13 de mayo de 1956, fecha del permiso, sin que se conozca su paradero.

Inició la investigación correspondiente el Juzgado Segudo Penal de Cartago; pero, más tarde, se envió el proceso al señor Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal, por estimarse de su competencia, en razón de haberse agotado el delito de FUGA en el referido lugar. Este último funcionario aceptó las razones expuestas por el otro y entró a conocer del negocio, que culminó con fallo condenatorio contra el evadido Marulanda, fallo que se encuentra ejecutoriado, pero sin cumplirse, pues el reo se halla prófugo.

En cuanto al Director Echeverri Giraldo y el guardián Zafra, el mismo Juez Penal del Circuito de Santa Rosa de Cabal había dispuesto que se expidieran copias, para que la justicia penal militar les definiera su situación jurídica, ya que, en conformidad a lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 1.897 de 1953, tenían fuero especial.

Pero el proceso constituído por tales copias estuvo paralizado en la Auditoría de Guerra de la Tercera Brigada, desde el 5 de marzo de 1957 hasta el 9 de julio último, en que dicha Brigada dispuso se enviara el proceso al señor Juez Penal del Circuito de Cartago, por haber desaparecido dicho fuero especial, a virtud de lo dispuesto en el Decreto Extraordinario 0209 de junio último.

En auto del 11 de agosto pasado, dicho Juez se declaró incompetente para conocer del negocio, y dispuso enviarlo al Juzgado del Circuito Penal de Santa Rosa de Cabal. Pero esta entidad también se declaró inhibida, y por esta causa, el proceso ha sido remitido a esta Corte, para que se dirima la colisión de competencias suscitada.

Razona el señor Juez Penal del Circuito de Cartago, sobre la base de que la fuga del preso Marulanda se consumó en Santa Rosa de Cabal, por lo cual es aplicable lo dispuesto en el artículo 55 del C. de P. P.

A ello replica el otro Juez que se trata de un delito conexo, el cual, por virtud de lo dispuesto en el artículo 54 del mismo Código, debía investigarse y fallarse en un mismo proceso; y que, aunque es cierto que conoció del seguido contra el reo Marulanda, no obstante haberse iniciado la investigación en Cartago, ello se hizo, porque la conexidad desaparecía, en razón del fuero que abrigaba a los acusados Echeverri Giraldo y Zafra. Abolido el fuero, la conexidad reaparece, y por tal motivo, la competencia para conocer del proceso contra aquellos está radicada en el Juzgado del Circuito de Cartago (artículo 54 y 57 del C. de P. P.).

Para resolver, SE CONSIDERA:

No obstante las razonadas objeciones que la doctrina ha formulado contra la teoría de la equi-

valencia de condiciones, sus postulados pueden aplicarse al caso presente no ya para declarar abolido el principio de la complicidad en los delitos y sujetar a todos los partícipes a una misma pena, cualquiera que sea su grado de participación o colaboración, pero sí para la dilucidación del caso.

Si, de acuerdo con dicha teoría, todo lo que se haga para la producción del evento, es parte inseparable de él, desde el punto de vista de la causalidad, cabría observar que la fuga del preso Marulanda, como evento delictuoso, fue el resultado o pudo serlo, de una actividad conjunta en que el permiso del Director para el reo y la complacencia, descuido o complicidad del guardián Zafra fueron verdaderas concausas —equivalentes— de la actividad eficaz de Marulanda para su fuga. El evento resulta ser así el resultado de una actividad que se puso de presente en el municipio de Cartago, mediante el permiso concedido al reo, de lo que se ejercitó por el guardián desde dicho lugar hasta Santa Rosa, y en fin, de la propia y culminante de Marulanda, en esta misma ciudad. Sobre tales bases, sea que se acepte la teoría **monística** que considera ser un solo delito el cometido en concurso por varios partícipes, sea que se admita la **pluralística** como que encaje mejor a lo dispuesto por la ley penal colombiana en el capítulo sobre fugas o evasiones, se tienen uno o varios delitos de esta calidad, en el caso presente, como fruto de la acción delictuosa de tres personas, que ejercitaron esa acción criminal en lugares de distinta jurisdicción o pusieron, en ellos, actos tendientes a producir el evento o eventos.

Para los efectos del artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, puede y debe admitirse, de consiguiente, que el delito o delitos de FUGA por el que fueron procesados Marulanda, Echeverri y Zafra, como autores, cómplices o partícipes, se cometió o se cometieron "en lugares distintos", si bien sólo vino a agotarse la acción criminal conjunta, en Santa Rosa de Cabal. Luego, por ministerio del mismo texto legal, el competente para conocer del proceso en mención, es el Juzgado Penal del Circuito de Cartago, pues allí se presentó la denuncia y se inició la instrucción correspondiente.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, DIRIME la colisión de competencias aludida, en el sentido de que corresponde al Juzgado Penal del Circuito de Cartago el conocimiento del proceso.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

EN TODOS LOS CASOS EN QUE SE SOBRESEA DEFINITIVAMENTE A FAVOR DE UN ABOGADO, POR FALTAS COMETIDAS EN EL EJERCICIO DE SU PROFESION, O SE DICTE SENTENCIA ABSOLUTORIA, EL JUZGADOR DEBE PASAR COPIA DE LO PERTINENTE A LOS JUECES PENALES, PARA QUE SE INVESTIGUE EL POSIBLE DELITO DE CALUMNIA EN QUE PUDIERON INCURRIR EL AUTOR O AUTORES DE LA DENUNCIA

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

En cumplimiento del artículo 10 de la Ley 69 de 1945 el Tribunal Superior de Medellín remitió a esta Corte el 12 de agosto último, la queja de José Velásquez C. contra el doctor NESTOR CASTRO por faltas contra la ética profesional; queja que concluyó en dicho Tribunal con sobreseimiento definitivo según providencia de 30 de julio de 1958

Dicho sobreseimiento ha venido en grado de consulta.

Se cumplieron los trámites de rigor.

Para resolver lo que sea legal, la Sala considera:

ANTECEDENTES:

En memorial de 10 de septiembre de 1957 (folios 1 y 2, cuaderno 1) el referido señor Velásquez C. pidió al Tribunal Superior de Medellín que, previa la investigación del caso, se cancelase definitiva o temporalmente la matrícula al abogado doctor Néstor Castro "por faltas cometidas en el ejercicio de la profesión".

El señor Velásquez se ratificó en la queja el 26 de septiembre de 1957 (folios 9 a 11 ibídem).

En el año de 1957 Velásquez dio poder al doctor Néstor Castro para adelantar una ejecución contra el presbítero José J. Bohórquez. Después de obtener el embargo preventivo de un inmueble, se inició el juicio en el Juzgado Civil del Circuito de Jericó; y se libró el correspondiente mandamiento de pago el 18 de febrero del mismo año por $ 3.560.00 y los respectivos intereses (folio 5 y vuelto).

Sin intervención del doctor Castro, el demandado y Velásquez transigieron el asunto y solicitaron la suspensión del ejecutivo por cuatro meses (folio 6).

No cumplió el padre Bohórquez o no pudo cumplir los términos de la transacción; reanudóse el juicio, y el doctor Castro recibió las siguientes instrucicones de Velásquez (folios 16 vuelto y 25):

"Con el fin de evitar inconvenientes con el presbítero José J. Bohórquez, autoricé ampliamente al doctor Antonio Valencia Restrepo para liquidar de acuerdo con usted o con el presbítero, la obligación materia del juicio. Cuando usted se entere de que el presbítero Bohórquez haya pagado la obligación... le ruego pedir, de acuerdo con él, el desembargo del inmueble ... y pedir también que se le entregue al doctor Valencia Restrepo la suma de quinientos pesos que consigné para los efectos del embargo preventivo, para que juntamente con el saldo que me debe el padre, me los traiga él en el próximo viaje.

"El mismo doctor Valencia Restrepo arreglará con usted lo relativo a honorarios .... le agradezco mucho el interés que ha tomado en este negocio... (firmado), José Velásquez C."

El presbítero Bohórquez buscó luégo con los abogados la liquidación de la deuda. Enterado el doctor Castro de las intenciones del deudor, elaboró el escrito de desistimiento que obra a los folios 6, vuelto y 7, fue dirigido al Juez, y dice así:

"Los suscritos presbítero José Bohórquez personalmente y doctor Antonio Valencia Restrepo, como abogado ... y en su calidad de coadyuvante a nombre del padre Bohórquez, por una parte, y por otra Néstor Castro ... debidamente autorizado por el señor José Velásquez ... con todo respeto manifestamos: que hemos arreglado particularmente las diferencias, pues de acuerdo con las instrucciones del señor Velásquez el suscrito Valencia Restrepo recibió el dinero restante del presbítero Bohórquez y recibirá los quinien-

tos de depósito ... con el fin de entregarlos a su tiempo al señor Velásquez, y por lo tanto le manifestamos: 1º— Que desistimos expresamente del juicio o demanda y de las medidas preventivas; 2º—Que se digne aceptar este desistimiento y por tanto ordenar que se levante el embargo y se ordene al señor Registrador por medio de oficio este acto; 3º—Que se ordene la entrega de la suma de $ 500.00 ... directamente al señor Antonio Valencia Restrepo; 4º—Que se archiven los autos, se cancele la letra y se le entregue el instrumento al demandado. Renunciamos notificaciones y ejecutorias ... Muy respetuosamente. —Jericó, junio 21 de 1957.—José Bohórquez G. Pbro. Néstor Castro..."

El memorial que se acaba de transcribir se lo entregó el doctor Castro al presbítero Bohórquez en la creencia de que éste lo llevaría a la firma del doctor Valencia Restrepo. Sin esa firma era claro que el memorial de desistimiento no debía presentarse al Juez, puesto que se trataba de un compromiso bilateral que requería, para su eficacia las firmas de ambas partes y no la de una sola de ellas. Tanto este hecho como el carácter sacerdotal del ejecutado debieron influir en el ánimo del doctor Castro para entregar el memorial sin cerciorarse luégo de la consecución de la firma del doctor Valencia Restrepo. Era obvio que éste no iba a firmarle al padre el escrito sin recibir al propio tiempo el saldo de la ejecución.

Pero ocurrió que el Juzgado de Jericó en providencia de 21 de junio, sin reparar en que el doctor Valencia Restrepo no aparecía entre los firmantes del desistimiento, lo aceptó y despachó favorablemente las demás solicitudes del mismo escrito.

El querellante señor Velásquez estima que el doctor Castro no sólo lo perjudicó en sus intereses sino que faltó a la ética profesional con motivo de lo que se ha relatado.

Con las formalidades legales al doctor Castro se le tomó indagatoria, y al doctor Valencia Restrepo y al padre Bohórquez sendas declaraciones.

En ninguna de estas piezas resulta probado hecho alguno del doctor Castro que sea contrario a la ética profesional.

La Fiscalía del Tribunal de Medellín y el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal abundan en el mismo parecer favorable al sindicado.

La calidad de éste como profesional está acreditada en los autos.

La competencia del Tribunal y de la Corte para conocer de este asunto en primera y en segunda instancia respectivamente está consagrada en la Ley 69 de 1945.

El señor Procurador echa de menos en la parte resolutiva de la providencia consultada, la aplicación del artículo 12 ibídem. Esta omisión habrá, pues, de subsanarse.

DECISION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada no sin disponer como en efecto dispone la aplicación de lo estatuído en el inciso 2º del artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.— Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres— Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

TECNICA DE LA CASACION EN MATERIA LABORAL. — VIOLACION DIRECTA E INFRACCION INDIRECTA DE LA LEY

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., septiembre ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto De Zubiría C.).

Contra la Compañía "INTERAMERICANA S. A." representada por su Gerente General doctor Arturo Uribe Arbeláez o en su defecto por su Subgerente doctor Luis Wiesner, con oficina principal en Bogotá, se instauró juicio ordinario laboral por parte del actor DIDIMO ARANGO MEJIA ante el Juzgado del Trabajo de Buenaventura, a fin de que por el trámite respectivo fuese aquélla condenada al pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones que a continuación se enumeran:

a) Cesantía correspondiente a 2 años de servicios prestados entre el 20 de febrero de 1950 y el 25 de febrero de 1952;

b) Vacaciones correspondientes al lapso comprendido y detallado en el párrafo anterior;

c) Cuatro (4) primas de beneficio correspondientes a los semestres de los años antes enunciados;

d) Lo concerniente a los días dominicales y días festivos patrios y religiosos laborados y pagados en forma sencilla;

e) El valor correspondiente a 5 meses y 25 días por violación unilateral del contrato de trabajo, ya que éste se convino en forma verbal y por lo tanto se presume celebrado en períodos de seis en seis meses; y,

f) La indemnización por los salarios dejados de percibir desde el día en que se le negó el pago de sus prestaciones hasta el día en que se efectúe éste.

El apoderado del actor relató los hechos base de la demanda así:

"1º—Mi poderdante entró a laborar como mecánico reparador de vehículos automotores introducidos al país por dicha Compañía, y otros de su propiedad particular.

"2º—No obstante lo anterior, la Compañía requirió de mi poderdante la llevada de vehículos al interior del país, lo que así hizo, llevándolos a distintas partes.

"3º—Cuando no había vehículos para reparar, alistar o llevar, a mi poderdante se le ordenaba por la Oficina de la Compañía en esta ciudad, la llevada de carga de los muelles, ésta de la misma Compañía a distintas partes del país, lo que así se hacía. Otras, la sacaba del muelle para aforarla por Ferrocarril, y cuando no había materialmente qué hacer le tocaba ir al Río Dagua en una volqueta a traer balastro para los patios de los depósitos y garajes de la Compañía.

"4º—A mi poderdante se le pagaba como salario, así: por cada volqueta de balastro, cinco pesos; por la sacada de carga del muelle, cinco pesos cada viaje; por la reparación de vehículos era convencional, es decir, según los que llegasen dañados; por la alistada de vehículos para llevar al interior, quince pesos cada uno, y por la llevada de carga se le pagaba por cada viaje, setenta pesos a Cali, ciento cuarenta a Bogotá y lo mismo a Medellín, a Manizales ciento veinte, a Tuluá cien pesos, etc.

"5º—El contrato de trabajo fue pactado verbalmente y por lo tanto se entiende en períodos presuntivos de 6 meses, ya que no fue pactado en forma escrita.

"6º—El contrato presuntivo de trabajo lo rompió la Compañía en forma unilateral sin causa justificativa.

"7º— Mi poderdante solicitó insistentemente tanto en esta ciudad como con la Gerencia de Bogotá, el pago de sus prestaciones sociales sin que hasta la fecha se le hayan pagado a pesar de los distintos reclamos en este sentido.

"8º—De ver mi poderdante que no se le pagaban sus prestaciones, demandó de su Despacho una Audiencia de Conciliación con el representante de la Compañía en esta ciudad, la

cual reposa en su Juzgado, sin que aquélla se hubiera prestado a un arreglo, puesto que se negó rotundamente al pago de las mismas.

"9º — No obstante la conciliación aludida, a mi poderdante se le dijo en Bogotá, por parte de la Gerencia, de que presentase una carta por escrito, para resolver su pago. Así lo hizo y en ella detallaba toda su labor lo mismo que los salarios devengados, pero hasta el presente no ha obtenido respuesta alguna a pesar de que la entrega de dicha carta en Bogotá fue hace más de 6 meses. ..

"10.—El salario de mi poderdante en el último año de servicios fue de $ 11.180.00 moneda corriente, o sea un salario promedio mensual de $ 931.66 moneda corriente".

Fueron citados en derecho los artículos 22, 23, 24, 25, 65 y los demás del Código Sustantivo del Trabajo; el Decreto 797 de 1949; los Decretos 70 y 71 de 1950 y todas las demás disposiciones concordantes a la acción, como el Decreto 0243 sobre costas expedido en el año de 1951.

La Compañía demandada al descorrer el traslado de la demanda por medio de apoderado, se opuso a que se hicieran las declaraciones y condenaciones contenidas en el libelo, argumentando que entre la empresa y el demandante no existió una vinculación de continuada dependencia de patrono a trabajador y que por tanto no hubo contrato de trabajo que diera base para el reclamo de las prestaciones sociales ya mencionadas. Al contestar los hechos manifestó ser cierto el reclamo de dichas prestaciones por parte del trabajador, las cuales no se le reconocieron por cuanto la Sociedad demandada nunca consideró que entre ella y el actor hubiera existido un contrato de trabajo sino el pacto en forma ocasional y transitoria para la ejecución de una o más obras determinadas por cada una de las cuales no recibía un salario sino un precio de acuerdo con la labor desarrollada; que Interamericana S. A. pagó por unidad de obra realizada pero que Dídimo Arango nunca fue trabajador de ella pues no aparece registrado su nombre en planillas o roles de pago; que no es cierto que el actor hubiera entrado a trabajar haciendo labores con tiempo fijo para ejecutarlas bajo la existencia de una dependencia laboral para con Interamericana S. A.., pues Arango podía ejecutar otras labores durante el tiempo en que realizaba el trabajo que se le encomendaba y que se terminó cada contrato al quedar ejecutada la obra pactada.

Que Arango subcontrató con particulares la ejecución del trabajo encomendado y que en algunas ocasiones se celebraron contratos independientes con él para la traída de vehículos al interior del país reconociéndole un determinado precio. Afirma igualmente la Compañía que no existe causa ni razón jurídica alguna para el cobro de las prestaciones sociales que pretende el actor, y que, en resumen, existe una serie de contratos de obra independientes los unos de los otros que no crearon vínculo jurídico continuo entre el demandante y la sociedad demandada. Fundamentó su oposición en el artículo 34 del C. S. del T.

El referido Juzgado del conocimiento al desatar la controversia en fallo fechado el 8 de marzo de 1955, condenó a la citada Compañía a pagar al actor la cantidad de $ 674.65 por concepto de cesantía; $ 670.00 por concepto de cuatro primas de servicio semestrales; y $ 335.00 por concepto de dos (2) años de vacaciones. En total $ 1.679.65 con base en un salario mensual de $ 335.00. Igualmente produjo condena "por los salarios dejados de percibir por el actor desde el día de la terminación del contrato hasta el día en que se pagaran las prestaciones sociales". No condenó en costas.

Apelado el precedente proveído por el apoderado de la citada Sociedad, el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en sentencia de fecha junio 7 de 1956 desató el recurso de alzada revocando en todas sus partes el fallo del **a-quo**, y en su lugar dispuso absolver a la Compañía demandada de todos los cargos formulados en la demanda. Condenó en costas a la parte actora en la primera instancia y no las impuso en la segunda instancia.

Habiendo recurrido en casación contra el proveído del **ad-quem** el apoderado del actor, tramitado el recurso en legal forma y verificado el estudio de la respectiva demanda y del escrito de oposición, corresponde ahora a la Sala entrar a dictar su fallo. La demanda contiene tres cargos.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Pretende el recurrente que la Sala de Casación Laboral revoque la sentencia acusada del **ad-quem** y en su lugar acceda a las peticiones formuladas en la demanda.

PRIMER CARGO:

El recurrente lo plantea en los siguientes términos:

"VIOLACION DE LOS ARTICULOS 23, 24, 25 y 27 del CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — VIOLACION POR INFRACCION DIRECTA.

"El sentenciador de segunda instancia, en la parte motiva del proveído, consideró que de acuerdo con los elementos de prueba, era imperativo concluír que el contrato celebrado lo era de características distintas al contrato laboral. Pero se abstuvo el **ad-quem** de determinar expresamente qué modalidad contractual se había operado. En la sentencia de primer grado, en cambio, no sólo se analizó a fondo la modalidad contratica del trabajo, sino que se deslindó jurídicamente de la modalidad contractual prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Así, pues, la H. Corte Suprema de Justicia, habrá de detenerse a analizar nuevamente el contrato a través de lo dispuesto en los artículos 23, 24, 25 y 27 ibídem, cuya violación directa por parte del H. Tribunal Seccional de Cali, aparece palmariamente, al desechar de plano la modalidad contractual del trabajo, dejando sin protección legal la prestación de servicios, que a favor de la demandada, verificó mi mandante. Sería posible, involucrar el evento jurídico previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo con el legislador en el artículo 23 ibídem, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 25?. Consideramos que sí; y entonces no desaparece la naturaleza laboral en la relación existente entre mi mandante DIDIMO ARANGO y la demandada, aunque éste, haya pagado directamente al personal ayudante. La relación directa es la de un contrato de trabajo porque hubo la prestación de servicios y la continuada dependencia o subordinación que facultaba a INTERAMERICANA S. A. para señalar al trabajador el lugar de sus actividades, así como las unidades de trabajo y en cualquier momento podía modificar las órdenes, en cuanto al modo, tiempo, cantidad y demás circunstancias de trabajo; y porque por todo ello, en compensación jurídica, existió la remuneración o salario, factiblemente deducido en autos.

"Así, pues, no tomar en cuenta estos elementos constitutivos de la relación laboral, o equivocarlos, por similitud de otras modalidades exceptivas, que por la misma razón son restrictivas y deben pactarse expresamente, no tener en cuenta los elementos mencionados, equivale a violar directamente las disposiciones invocadas.

"Por ende, la CASACION debe prosperar por este primer motivo de derecho que se ha analizado".

SEGUNDO CARGO:

El recurrente lo propone así:

"ERROR DE HECHO en la apreciación probatoria y consiguiente violación de las disiposiciones legales de los artículos 23, 24, 25 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa.

"DETERMINACION DE LAS PRUEBAS ERRONEAMENTE APRECIADAS:

"Recibos visibles a folios 23 a 25 inclusive del cuaderno principal; y 57 a 80 item;

"Testimonios de Camilo Falla y Arcadio Hurtado (Folios 204 y 227 del cuaderno principal);

"Testimonios de Eduardo Chaves, Clovis Alvarado, Dámaso A. Ortega (folios 225 y siguientes del cuaderno principal);

"Se cometió error de hecho en las pruebas visibles a folios 23 a 55 inclusive, cuando el juzgador quiso darles el carácter de elementos de convicción suficientes a determinar el evento previsto en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Se desestimó por el juzgador de segunda instancia, que dichos elementos prueban en cambio que DIDIMO ARANGO estuvo durante varios años al servicio de "INTERAMERICANA S. A." y que se ocupa en labores propias de la naturaleza de esta Empresa, con continuada subordinación, como en efecto consta en los documentos subsiguientes, los cuales no se tuvieron en cuenta coordinadamente con los anteriores, a los cuales complementan. Si analizamos conjuntamente los recibos aportados por el demandado con los traídos por el actor, surge meridiana la relación laboral, por el concepto de subordinación y por inherente retribución de servicios, durante un lapso más o menos apreciable, en labores propias de la empresa demandada.

"Por los elementos de prueba hasta ahora analizados, mal apreciados en la sentencia acusada, hallamos configurado el contrato de trabajo, al tenor de los preceptos expresos del Código (artículo 23 y 25) así como las presunciones legales (artículos 24 y 27 ejusdem).

"No es de técnica procedimental entrar a analizar la prueba; sino demandar su estudio o invocar su invalidez o sus tachas. Basta entonces, para este recurso, mencionar en la presente cómo la relación laboral, se configura también de los elementos de convicción complementarios, tales como los testimonios de Camilo Falla y Arcadio Hurtado. A través de ellos y tal como se tuvieron

en cuenta en la primera instancia, el demandante aportaba sólo su esfuerzo material o capacidad de trabajo, en tanto que la demandada regía esta capacidad, mediante la subordinación económica, porque le deba pautas para las inversiones necesarias en las labores; y la subordinación jurídica porque le daba normas para la realización reglamentaria de los trabajos. Existe, pues, el contrato de trabajo, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Ha considerado, sinembargo, el juzgador adquem, que a través de los testimonios de Eduardo Chaves, Clovis Alvarado y Dámaso A. Ortega, desaparece la relación laboral, para surgir la condición de contratista independiente. ¿Pero no es posible estar ante el evento del artículo 25 del Código Laboral?. La naturaleza del contrato de trabajo no se ha desvirtuado; si Arango Mejía tenía algunas atribuciones de autoridad o dirección sobre terceros a quienes contrataba para la demandada, no es posible que fuese un intermediario para estos fines y un trabajador para su contrato?. ¿O si por este aspecto era contratista independiente, no es posible que existiese una relación entre Arango y los terceros, distinta, deslindada, de la existente entre Arango e "INTERAMERICANA S. A."?.

"Las pruebas que obran en el expediente, no están en pugna con la ley, en que esto es posible y cierto. Mas la apreciación que de los elementos de convicción se ha hecho en segunda instancia, sí está en pugna con la ley. Luego esta apreciación viola directamente, por error, de hecho, la ley sustantiva en los artículos ya determinados".

TERCER CARGO:

Se halla sustentado en la demanda en la siguiente forma:

"ERROR DE HECHO en la apreciación probatoria y consiguiente violación, por infracción directa, del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo y 253 ibídem.

"DETERMINACION DE LAS PRUEBAS MAL APRECIADAS:

"a) Recibos visibles de folios 23 a 55;

"b) Inspección ocular del folio 256 y siguientes; y peritazgo de folios 285 y siguientes.

"Los anteriores elementos de convicción, son suficientes para determinar el elemento salario. Sólo que al **ad-quem** los apreció erradamente, con flagrante violación de las disposiciones invocadas supra.

"En efecto, los recibos aportados por la demandada, se retuercen en su contra, cuando se trata de determinar el salario y son prueba suficiente de lo recibido por ARANGO; a ello se una la inspección ocular y el peritazgo rendido en legal forma por el señor Néstor Urbano Tenorio, del que se concluye que el trabajador recibió doce mil trescientos cuarenta y cinco pesos en el último año de labores.

"El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo faculta a los patronos y trabajadores para convenir y determinar la forma o modalidad del salario. La libertad que les concede llega al grado de plena autonomía; y así, en el caso de autos las partes establecieron este elemento con la única restricción de no violar el salario mínimo legal y consultando el espíritu del artículo 144 de la misma obra.

"Como ya se ha visto, los elementos probatorios, relacionados como erróneamente apreciados por el Tribunal de Cali, son suficientes para determinar el elemento "salario" de la relación laboral que hemos venido sosteniendo. Y la desestimación o errada apreciación de esas pruebas en segunda instancia, constituye infracción directa del artículo 132 de la ley sustantiva del Trabajo.

"Y como en el caso de autos se establece variabilidad en el salario, durante el último año de servicio, procede la aplicación del artículo 253 del Código Sustantivo del Trabajo. Tal disposición encuentra respaldo probatorio en los elementos que se han relacionado al invocar este último motivo de casación.

"Al desestimar tales pruebas o interpretarlas erróneamente, se viola la disposición cuya aplicabilidad ellas respaldan, y en consecuencia es procedente el recurso extraordinario.

"Si el H. Tribunal Seccional de Cali, al infirmar la sentencia de primer grado fundamentó su criterio en la ausencia de prueba del elemento "salario", la H. Corte Suprema de Justicia, al corregir tal apreciación, deberá dar vitalidad a dicho elemento y en consecuencia deducir la existencia del contrato de trabajo".

* * *

Se considera.

Los tres motivos de acusación que se dejan transcritos pueden ser estudiados de manera conjunta por la Sala, por razón de que todos ellos adolecen de las mismas fallas formales y técnicas

que debilitan sustancialmente su capacidad intrínseca para quebrantar la sentencia de segundo grado. En este sentido es justificada la crítica que le hace el opositor a la demanda en estudio.

En efecto, primeramente se observa que las disposiciones sustantivas que el recurrente señala como violadas en sus tres cargos, o sea, los artículos 23, 24, 25 y 27 del Código Sustantivo del Trabajo en los dos primeros y el 132 y 253 ibídem en el tercero, no son normas consagratorias de derechos prestacionales o indemnizatorios en favor del trabajador. Se puede afirmar esto por motivo de que los cuatro primeros artículos citados se refieren, en su orden, a los elementos esenciales que constituyen el contrato de trabajo, a la presunción de contrato de trabajo, a la concurrencia del contrato de trabajo con otros contratos y a que todo trabajo dependiente debe ser remunerado; y los dos últimos, hacen mención a las formas y libertad de estipulación del salario, el 132, y el 253 al salario que sirve de base para la liquidación del auxilio de cesantía. Por este primer aspecto, pues, la impugnación se quedó a mitad del camino, como suele decirse, puesto que el recurrente omitió indicar en qué forma incidió la violación de las disposiciones anotadas en aquéllas que consagran los derechos a prestaciones sociales que eventualmente dejaron de reconocerse al señor Dídimo Arango.

La segunda notoria deficiencia de las acusaciones formuladas por el libelista, consiste en lo siguiente: Todos los tres cargos se presentan como violación directa de normas sustantivas pero con la particularidad de que en su desarrollo se plantean cuestiones de hecho y de equivocada apreciación probatoria que, como lo tiene reiteradamente consagrado la jurisprudencia laboral, no pueden configurar una violación directa del precepto legal sino una infracción indirecta. Mas notorio resulta el defecto apuntado cuando se trata, como en el caso **sub-lite**, de cuestiones **fundamentales** de hecho que han sido discutidas desde la misma contestación de la demanda de instancia, como puede apreciarse en la negativa rotunda sobre existencia del contrato de trabajo contenida en ese escrito, y ratificada en la actuación procesal posterior.

Las consideraciones anteriores son suficientes para que la Sala concluya que ninguna de las acusaciones propuestas puede prosperar.

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo— **Roberto De Zubiría C.**— **Luis Fernando Paredes A.**—**Jorge Vélez García.**— **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

ANTES DE DETERMINAR LA INCAPACIDAD DEFINITIVA POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL, ES NECESARIO SUMINISTRAR AL TRABAJADOR LA ASISTENCIA NECESARIA POR INCAPACIDAD TEMPORAL.—DICTAMENES DE LA OFICINA DE MEDICINA DEL TRABAJO.—TUBERCULOSIS

Antes de clasificar la incapacidad permanente o definitiva del trabajador debe suministrársele a éste la asistencia prevista en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, las prestaciones por incapacidad temporal.—Y de conformidad con el artículo 278 ibídem, la incapacidad permanente o definitiva por enfermedad no profesional es una consecuencia patológica que guarda una estrecha relación con esa modalidad de enfermedad, tal como expresamente lo dice la disposición citada. De tal manera que para deducir aquella clase de incapacidad, es necesario que primero se dispense al trabajador la atención temporal de que trata el art. 277 del Código Sustantivo del Trabajo, pues éste es el orden legal en que se establecen las dos prestaciones: en primer lugar, el artículo 277 citado que se refiere a la incapacidad temporal y luégo el 278 atrás mencionado, que trata de la invalidez parcial o total. Es perfectamente razonable que así sea puesto que la oportunidad, eficacia y éxito de la atención temporal puede determinar que no haya necesidad del reconocimiento de la segunda (la del artículo 278) por resultar satisfactoriamente curado el paciente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., septiembre quince de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente :Dr. Roberto De Zubiría C.).

Ante el Juzgado de Trabajo de Cúcuta, PEDRO FELIPE PABUENCIA, por intermedio de apoderado legalmente constituído, instauró demanda laboral contra la Empresa "CERVECERIA NUEVA DE CUCUTA S. A.", para que previos los trámites del juicio respectivo fuese esta última condenada a pagarle a aquél las siguientes prestaciones sociales e indemnizaciones:

"a) El valor de los salarios correspondientes a seis (6) meses, que corresponden al tiempo que faltaba para cumplirse el contrato de trabajo, por indemnización como consecuencia del despido sin justa causa y sin preaviso, o sea, a razón de $ 186.00 mensuales, la suma de $ 1.116.00;

"b) Al pago de la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria, á que tiene derecho mi poderdante, como consecuencia de la enfermedad PROFESIONAL contraída como obrero de la Cervecería en el oficio de traspaso de ácido muriático y sulfuro de carbono de unos garrafones a otros recipientes, para preparación química en el laboratorio de la Compañía;

"c) A la indemnización por INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL, como consecuencia de la TUBERCULOSIS contraída en su oficio de manipuleo de las sustancias químicas, sin protección de máscaras, o sea, la suma de CUATRO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS, en 24 meses a razón de 186.00 al mes;

"d) Al reajuste de la cesantía y las vacaciones;

"e) A las costas del presente juicio.

"En subsidio, para el caso de que no se reconociere la enfermedad como PROFESIONAL, que se condene a la empresa, de conformidad con el artículo 277 del C. S. del T., a lo siguiente:

"e) (sic) Al pago de los salarios correspondientes a 180 días, a razón de $ 186.00 mensual;

"f) Al pago de las prestaciones señaladas en el ordinal b) de esta demanda".

El apoderado del actor sintetizó los hechos así:

"Mi poderdante ingresó al servicio de la empresa denominada CERVECERIA BAVARIA S. A. el día 28 de enero de 1946;

"2. El contrato de trabajo se firmó por el término de un (1) año, renovándose automáticamente se vencía, hasta el día 1º de agosto de 1954, en que fue despedido;

"3. Mi poderdante ganaba como último sueldo, la suma de $ 186.00 mensuales;

"4. Mi poderdante fue trasladado a trabajar como ayudante del señor Ricardo Yáñez, en el oficio de vaciar de un garrafón a otro, ácidos para el laboratorio de la empresa, sin protección de

ninguna naturaleza para absorción de esos gases, sin que ese trabajo le correspondiera, por cuanto estaba destinado al departamento de las materias primas, obligándosele a desempeñar el oficio en el laboratorio;

"5. La absorción de esos gases, causaron en el pulmón de mi poderdante graves lesiones, originando la tuberculosis que revela actualmente, de conformidad con los exámenes de rayos X;

"6. Mi poderdante ingresó a la compañía en completo estado normal de salud, de conformidad con los exámenes médicos y de laboratorio, siendo despedido sin el previo examen de desenganche;

"7. Mi poderdante se practicó por cuenta propia una radiografía, que revela la lesión del pulmón;

"8. Mi poderdante estando enfermo, sufriendo grave dolor en el oído izquierdo, solicitaba permisos para el examen del médico y su tratamiento, siendo la causa de la destitución por parte de la empresa, sin previo aviso, hecho que se cumplió el 1º de agosto de 1954;

"9. Mi poderdante no ha recibido prestación médica, ni farmacéutica, ni quirúrgica, ni compensación en dinero, por la enfermedad que padece;

"10). A mi poderdante no se le ha liquidado la cesantía ni las vacaciones de conformidad con el derecho que le asiste".

Como fundamenos de derecho para sus pretensiones, citó los artículos 200, 277, 227, 249, etc., del C. S. del T., y pertinentes del C. P. T.

La Empresa demandada al descorrer el traslado contestó oponiéndose a las pretensiones de la parte actora expresando no ser ciertos los hechos 2º, 9º y 10º; que debía probarse lo expuesto en el hecho 5º y que no le constaba lo relacionado en el 7º. En cuanto a los demás puntos se refirió a ellos en los siguientes términos:

"1º.—Es cierto, pero bajo la siguiente salvedad: El demandante fue contratado como trabajador transitorio de la Cervecería Nueva de Cúcuta S. A. construcciones en el lapso comprendido entre el 28 de enero de 1946 y el 21 de octubre del mismo año, fecha esta última en la cual pactó con la Empresa un contrato de trabajo de duración indefinida, con cláusula de reserva de terminación unilateral y prórrogas automáticas por períodos de seis (6) meses.

"3º.—El último salario del demandante fue de dos pesos con treinta y dos centavos ($ 2.32) diarios, más prima eventual.

"4º.—Me atengo a la relación de ocupaciones que consta en la hoja de servicio del demandante.

"6º.—No es cierto. El trabajador recibió la totalidad de las órdenes correspondientes a los exámenes de desenganche, pero eludió por su culpa una parte de ellos ya que sólo se practicó algunos.

"8º.—No es cierto. El contrato de trabajo con el demandante terminó con arreglo a los artículos 68, numeral 8 y 60, numeral 4º del Código Sustantivo del Trabajo".

En la misma contestación, la Empresa propuso además los hechos siguientes en su defensa:

"1º.—El demandante dejó de concurrir al trabajo desde el 1º de agosto del año en curso (esta Sala destaca: 1954), sin justa causa de impedimento y disfrutando, también, de capacidad completa para el trabajo.

"2º.—La Empresa atendió pronta e íntegramente todas las órdenes y recomendaciones médicas en relación con el demandante, tanto las precedentes de su Departamento Médico como las indicadas por el señor Jefe Seccional de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial.

"3º.—En ninguno de los conceptos médicos suministrados a la Empresa por los especialistas, los médicos funcionarios oficiales o el Departamento Médico de la misma, se le ha dado diagnóstico de que el demandante estuviera en algún momento incapacitado para desempeñar sus labores por causa de tuberculosis pulmonar".

Tramitada convenientemente la litis, en sentencia de fecha 7 de junio de 1955, el a-quo la desató en primera instancia de la siguiente manera:

"Primero.—Condénase a la Cervecería Nueva de Cúcuta, S. A., demandada y representada en esta ciudad por su Gerente doctor Eduardo Silva C., a pagarle a su ex-trabajador Pedro Felipe Pabuencia las siguientes prestaciones:

"a) El valor de cuatro meses y veintiocho días, tiempo que faltaba para cumplirse la última prórroga del contrato presuntivo y que liquidado conforme al salario mensual correspondiente da un total de MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS CON SESENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 1.767.68).

"b) A suministrarle al mismo Pedro Felipe Pabuencia un tratamiento médico especializado para eliminar toda posibilidad de activación de la lesión pulmonar, como lo prescribió la Dirección de Medicina Industrial de Bogotá.

"**Segundo.**—Se absuelve a la Cervecería Nueva de Cúcuta S. A. de los demás cargos de la demanda.

"Tercero. — Costas a cargo de la empresa demandada". (Folio 114 del cuaderno principal).

El mismo Juez de primer grado, a folio 115 del citado cuaderno, en audiencia de fecha 8 de junio de 1955, profirió el auto aclaratorio del ordinal b) de la parte resolutiva de la prenombrada sentencia, así:

".....Por tanto, el referido numeral b) del punto primero, para los efectos legales consiguientes, deberá leerse como sigue: "b) A suministrarle al mismo Pedro Felipe Pabuencia hasta por el término de seis meses —artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo— un tratamiento médico especializado para eliminar toda posibilidad de activación de la lesión pulmonar, como lo prescribe la Dirección de Medicina e Higiene Industrial de Bogotá".

Apelada la anterior providencia por el apoderado de la Compañía demandada, subieron los autos al extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, entidad que en sentencia de fecha 9 de julio de 1955, decidió el recurso de alzada confirmando los numerales 2º y 3º del fallo apelado, sin imponer condena en costas en la segunda instancia; pero en lo referente al ordinal primero lo modificó condenando a la Empresa a pagar al actor la suma de MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS CON ONCE CENTAVOS ($ 1.436.11), valor de cinco meses y veintisiete días de salario, tiempo que faltaba para cumplirse la última prórroga del contrato presuntivo de trabajo. Igualmente condenó a la citada Compañía a suministrar un tratamiento médico especializado para el actor hasta por el término de seis (6) meses, tiempo durante el cual el trabajador devengaría un auxilio monetario con base en el último promedio mensual de $ 243.41 y tal como lo dispone el artículo 227 del C. S. del T.

Contra este último fallo, ha recurrido en casación el apoderado de la Cervecería Nueva de Cúcuta S. A., recurso que habiéndose admitido y tramitado en legal forma, se va a decidir mediante el examen de la correspondiente demanda. Hubo escrito de oposición presentado extemporáneamente. La demanda consta de tres cargos los cuales se estudiarán en su orden.

o o o

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Lo expresa la parte recurrente así:

"Con la prosperidad de los cargos que más adelante plantearé, me propongo obtener que la sentencia impugnada sea casada parcialmente en cuanto en su numeral b) del punto 1º de la parte resolutiva del fallo, condenó a la demandada a suministrarle al señor PEDRO FELIPE PABUENCIA y en contra de "CERVECERIA NUEVA DE CUCUTA, S. A." "un tratamiento médico especializado para eliminar toda posibilidad de activación de la lesión pulmonar, hasta por un término de seis meses", y al auxilio monetario, mientras dure el tratamiento, con base en un salario mensual de $ 243.41 y para que una vez sea casado el fallo en este punto, procediendo como Juez ad-quem revoque el numeral b) del punto 1º de la parte resolutiva del fallo de primera instancia, y en su lugar absuelva a la demandada por este concepto".

MOTIVOS DE CASACION

El recurrente manifiesta que plantea los cargos basado en la causal primera (1ª) del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo.

PRIMER CARGO

Lo formula el recurrente sosteniendo que el fallo **del ad-quem** es violatorio, por aplicación indebida de los artículos 227 y 277 del C. S. del T., a consecuencia del "error evidente y ostensible de los autos", debido a errónea apreciación probatoria. Las pruebas que señala como mal apreciadas son éstas:

Folio 15 del primer cuaderno, informe del doctor Julio Ceballos.

Folios 16 y 17 del expediente, ó sea los exámenes de sedimentación y esputo practicados a Pabuencia el día 18 de junio de 1954 por el doctor Luis Humberto Duplat.

Folio 18 del primer cuaderno, informe radiológico del doctor Luis A Lizarazo.

Folio 19 del mismo cuaderno, estudio radiológico practicado por el doctor Rafael Lamus Girón.

Folios 24 y 33, en donde aparecen unas órdenes **de examen médico, sin reconocer, de las cuales** no puede concluírse que el señor Pabuencia estaba afectado de tuberculosis antes de retirarse del servicio de la demandada, en la fecha de su retiro y después de éste.

Folio 34 del primer cuaderno, estudio radiológico del doctor Rafael Lamus Girón.

Folios 65, 66 y 67 sobre declaración y reconocimiento de documentos del doctor Lamus Girón.

Folio 67 sobre declaración del doctor Luis Humberto Duplat.

Folios 75 y 77 acerca del concepto de Medicina e Higiene Industrial de fecha 8 de marzo de 1955.

Folios 78 y 81 en donde aparece la diligencia de inspección ocular practicada en el juicio.

Folio 82 sobre concepto del Médico-Jefe de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial de Cúcuta.

Folios 83 y 84 contentivos de la historia clínica del demandante Pabuencia.

Y folio 95 en donde se encuentra el dictámen de la Dirección de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial.

El error de hecho lo trata de demostrar el recurrente así:

"El error de hecho cometido por el sentenciador, a consecuencia de la equivocada apreciación de las pruebas relacionadas, consiste en haber dado por demostrado, sin estarlo, que el señor PEDRO FELIPE PABUENCIA adquirió la enfermedad de tuberculosis estando al servicio de la demandada, sufrirla en el momento de su retiro y estar incapacitado en ese momento para trabajar".

"A consecuencia de ese error, de hecho manifiesto, el sentenciador violó los artículos 227 y 277 al aplicarlos al caso de autos, desde luego de una manera indebida, por faltar la prueba de la enfermedad y la incapacidad del señor PABUENCIA, el día en que se desvinculó de la demandada, o sea el 31 de julio de 1954, requisito éste que se exige por las disposiciones que se citan como violadas, para que surja el derecho a la asistencia médica y al auxilio por enfermedad".

"De no haber sido por el error de hecho cometido por el sentenciador, como consecuencia de la errónea apreciación de las pruebas, que lo condujo a la violación de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, el Tribunal Seccional del Trajabo de Cúcuta no habría condenado a mi mandante al suministro de la atencin médica ordenada ni al pago del auxilio por enfermedad hasta por 6 meses, sino que, con la aplicación correcta de las disposiciones citadas, hubiera concluído por absolverla por los conceptos anotados".

Se considera:

Como más adelante se verá, del análisis que hace el recurrente de las pruebas singularizadas en el cargo y especialmente del concepto de la Dirección Nacional de Medicina e Higiene Industrial, no puede deducirse el evidente error de hecho que le imputa al Tribunal sentenciador.

Las críticas del impugnador se pueden sintetizar así:

a) El concepto oficial no dice que Pabuencia "estuvo enfermo antes de ser retirado de la empresa, ni que lo estuvo en el momento del retiro, ni después de éste, y menos aún que esté incapacitado para trabajar, como lo entendió el juzgador de instancia";

b) En el concepto médico mencionado "se afirma que el señor Pabuencia puede adquirir la enfermedad pero nunca que esté padeciendo de ella";

c) Añade el recurrente que "el concepto fue emitido el 2 de abril de 1955, es decir, nueve meses después de haberse retirado el trabajador del servicio de la demandada";

d) Y por último manifiesta: "En el supuesto de que se hablara claramente de una enfermedad actual (T.B.C.), era necesario establecer que la padecía al retirarse del servicio de la demandada y como esto no sucedió, se equivocó el sentenciador al apreciarlo como prueba de tales hechos".

La Sala, para resolver los reparos formulados por el recurrente, tiene en cuenta los antecedentes doctrinarios y probatorios que pasa a destacar:

1º. El Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial en materia de evolución de la tuberculosis pulmonar ha consagrado la siguiente doctrina:

"El honorable Consejo de Estado solicita de este Despacho la absolución de la siguiente consulta:

".....Solicítese de los señores Médicos de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial del Ministerio del Trabajo, se sirvan expedir una certificación relativa a si la tuberculosis pulmonar es una enfermedad que se manifiesta inmediatamente que se adquiere el bacilo, o, por el contrario, es un proceso lento y evolutivo, y al cabo de qué tiempo aproximadamente puede manifestarse o advertirse, después de adquirido el bacilo.....

"**La tuberculosis pulmonar es una enfermedad infecto-contagiosa de evolución generalmente lenta**, porque para que el bacilo de Koch, que ha invadido un organismo, alcance a ocasionar los trastornos patológicos que se manifiestan por el síndrome variado de la enfermedad, se requiere un período de incubación lenta, en relación con las diversas modalidades biológicas de cada organismo.

"Aunque la tuberculosis puede presentarse con caracteres agudos o crónicos, se acepta por todos los tratadistas en la materia que la manifestación clínica aguda solamente puede presentarse después de varias semanas de haberse expuesto a

la invasión bacilar. Por lo demás, es muy difícil demostrar con exactitud el momento en que el organismo recibió el primer contagio del bacilo de Coch. Las manifestaciones clínicas iniciales, son las que pueden hacer presumir al pneumólogo la fecha o época aproximada de la invasión bacilar. J. M. Baena Lavalle. Médico Director". (Concepto número 016- D- de febrero 4 de 1954). (Subraya la Sala).

2º. Está suficientemente demostrado en el juicio de que el trabajador Pabuencia entró al servicio de la sociedad demandada sin lesiones pulmonares. Esto lo comprueba el examen médico de admisión, del cual da cuenta su historia médica.

3º. El estudio radiológico efectuado por el doctor Rafael Lamus Girón, el 14 de junio de 1954, (mes y medio antes de que Pabuencia dejara de prestar sus servicios), dice así: "Se tomó tele-radiografía del tórax y se aprecia lo siguiente: El campo pulmonar izquierdo tiene transparencia satisfactoria. El campo pulmonar derecho muestra la cima velada por engrosamiento de la pleura y además se ven algunas sombras nodulares de aspecto duro, pero cuyo grado de evolución debe determinarse con la sedimentación y el examen de esputo; el resto del pulmón tiene transparencia satisfactoria. Resumen: Hay sospechas de T.B.C. en evolución de localización en la cima derecha".

El examen radiológico practicado por el doctor Luis A. Lizarazo Jaimes, el día 15 de junio de 1954, dice lo siguiente: "....En la radiografía del tórax, tomada en sentido ántero-posterior, se observa una ligera disminución de la transparencia en el vértice pulmonar derecho. Aunque esta circunstancia puede deberse a espesamiento de la pleura apical es conveniente hacerle practicar la baciloscopia del esputo y la prueba de eritrosedimentación. También se ve en el tercio medio de este mismo campo una imagen lineal, transversal, secuela de una antigua cisuritis interlobal, lo que refuerza la hipótesis del proceso pleural. El campo pulmonar izquierdo tiene actualmente una transparencia satisfactoria. La imagen del mediastino (corazón y gruesos vasos del tórax) es normal. En resumen, se trata de un caso sospechoso, deben hacerse los exámenes de laboratorio nombrados arriba y volver a hacer examen radiográfico a más tardar dentro de un mes, si los exámenes de laboratorio no resolvieren nada".

En posterior examen radiológico practicado por el doctor Rafael Lamus Girón, el 7 de septiembre de 1954, se dice: ".....Se tomó tele-radiografía del tórax y se aprecia lo siguiente: El campo pulmonar izquierdo tiene transparencia satisfactoria. En el lado derecho se ve la cima velada por engrosamiento de la pleura y se ven allí algunos nódulos de apariencia dura; el resto del pulmón tiene transparencia satisfactoria. Resumen: Hay signos radiológicos de lesiones pulmonares, no evolutivas pero deben hacerse los exámenes complementarios de esputo y sedimentación, para declararlo como curado definitivamente".

De conformidad con los conceptos médicos transcritos surge, sin lugar a duda, que antes del retiro de Pabuencia ya éste presentaba muestras sospechosas de afecciones pulmonares y pocas semanas después de su retiro, el 7 de septiembre de 1954, presentaba "signos radiológicos de lesiones pulmonares, no evolutivas, pero de (sic) hacerse los exámenes complementarios de esputo y sedimentación, para declararlo como curado definitivamente. Tiene pues un sólido fundamento probatorio el hecho de que Pabuencia antes de la terminación de su contrato de trabajo estaba, por lo menos, en lo que se refiere al examen radiológico, enfermo de T.B.C., ya que de otro modo el radiólogo no hablaría de "para declararlo como curado definitivamente".

4º En contraposición con los diagnósticos antes relacionados, existen los exámenes bacteriológicos tomados por el doctor Luis Humberto Duplat, de folios 16, 17, 35 y 37, de fecha junio 18 los dos primeros y octubre 13 los restantes, todos de 1954, cuyos resultados para sedimentación de la sangre y bacilo de Koch, son negativos.

5º De autos se indica que la demanda de instancia fue presentada el 29 de octubre de 1954.

6º. El expediente da testimonio de que ambas partes solicitaron el examen de Pabuencia por la Oficina de Medicina e Higiene Industrial, el cual fue decretado por el Juzgado del conocimiento. En desarrollo de esta prueba es de observar que la Oficina Seccional de Cúcuta emitió dos conceptos: uno en diciembre de 1954, adverso a la existencia de la tuberculosis pulmonar de Pabuencia y otro, en marzo de 1955, en sentido positivo, en el cual se le reconoce una "incapacidad física permanente" y se decreta una indemnización de tres (3) meses de salarios. Para emitir este dictamen, dicha oficina solicitó y obtuvo el examen radiológico del doctor Florentino Castro, de febrero 16 de 1955, en el que se observa esto: "una imagen cavitaria tamaño de una moneda de cinco centavos en el vértice derecho del pulmón del mismo lado". Este último concepto fue apelado por la sociedad demandada y en tal virtud se enviaron copias de todos los exámenes bacte-

riológicos y radiológicos y de la ficha médica de Pabuencia a la Dirección Nacional de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial; esta Dirección expidió su dictamen en abril de 1955, por medio del cual rectificó el de la Seccional en orden a que antes de clasificar la incapacidad permanente o definitiva de Pabuencia debía suministrársele a éste la asistencia prevista en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, las prestaciones por incapacidad temporal, (ya que su historia médica no presentaba datos que acreditaran que se le hubiese otorgado esa atención). Y de conformidad con el art. 278 ibidem, la incapacidad permanente o definitiva por enfermedad no profesional es una consecuencia patológica que guarda una estrecha relación con esa modalidad de enfermedad, tal como expresamente lo dice la disposición citada. De tal manera que para deducir aquella clase de incapacidad, es necesario que primero se dispense al trabajador la atención temporal de que trata el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, pues éste es el orden legal en que se establecen las dos prestaciones: en primer lugar, el artículo 277 citado que se refiere a la incapacidad temporal y luégo el 278 atrás mencionado, que trata de la invalidez parcial o total. Es perfectamente razonable que así sea puesto que la oportunidad, eficacia y éxito de la atención temporal puede determinar que no haya necesidad del reconocimiento de la segunda (la del artículo 278) por resultar satisfactoriamente curado el paciente. Por este aspecto, pues, el dictamen comentado se ajusta a las normas legales.

Queda por dilucidar el problema relativo a la contradicción entre las pruebas científicas que bacteriológicamente señalaban la no existencia del bacilo de Koch en Pabuencia y las que radiológicamente establecían resultados positivos de tal afección. Para la Sala no cabe duda que este punto de conflicto correspondía resolverlo a los médicos oficiales que conocieron del caso. Estos facultativos fueron, por voluntad de las partes y decisión judicial, los de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial, entidad revestida de autoridad científica para practicar exámenes periciales, según lo dispuesto por la Ley 77 de 1948, artículo 2º, letra e). De tal manera que al haber llegado ellos a conclusiones positivas acerca de la tuberculosis pulmonar de Pabuencia, significa implícitamente que en su convencimiento científico actuaron con mayor poder de convicción las pruebas radiológicas que las otras. Por otra parte, el dictamen de abril de 1955 de la Dirección Nacional de la nombrada Oficina, demuestra que fue la culminación de un diligenciamiento anterior en el que intervino activamente la sociedad recurrente; la demora, pues, transcurrida entre el retiro y el dictamen en cuestión no puede ser asidero válido para descalificar este último, tal como lo pretende el recurrente.

En cuanto al reparo que hace el recurrente sobre que el concepto pericial no habla de que Pabuencia "esté incapacitado", para la Sala es de una meridiana claridad que si ese dictamen pericial es favorable al suministro de las atenciones contempladas en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria (y también la del artículo 227 ibídem, según el propio texto de la disposición citada), es porque el médico oficial consideró que Pabuencia estaba incapacitado para trabajar. No es posible otra deducción porque dicha norma expresamente prevee que la referida asistencia se otorga cuando el trabajador sufre "una incapacidad para desempeñar sus labores". Y hay que suponer que el Médico Director de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial conoce la disposición legal que aplica en materia de Medicina del Trabajo, tanto más cuanto dicha dependencia, según la Ley 77 de 1948 antes citada, está facultada para hacer las clasificaciones de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales de los trabajadores.

De todo lo anterior se deduce lo siguiente: Que Pabuencia antes de la terminación de su contrato de trabajo presentaba radiológicamente muestras sospechosas de afecciones pulmonares y pocas semanas después de su retiro se le comprobaban "signos radiológicos de lesiones pulmonares; que teniendo en cuenta, además, que la tuberculosis pulmonar es una enfermedad de evolución o desarrollo lento, como antes se vio, no resultaba desacertada, ni mucho menos de ostensible equivocación, la apreciación probatoria que condujo a la conclusión de que Pabuencia sí padecía de tal entidad nosológica, para la época de su retiro; que precisado ese estado de enfermedad por los medios adecuados que anteriormente se han relacionado, científicamente las personas que podían determinar si él producía o nó incapacidad eran los facultativos a cuyo examen pericial se había sometido el caso **sub-lite**; que establecido el estado de incapacidad por los medios idóneos, para el sentenciador laboral, en este campo estrictamente científico y especializado de la medicina, tiene mérito probatorio el estudio

técnico y razonado de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial (hoy División de Medicina del Trabajo) sobre todo, cuando, como en el caso de autos, el dictamen en que se apoyó el **adquem** para su pronunciamiento condenatorio, se efectuó sobre la base de los antecedentes médicos de Pabuencia en la empresa demandada (examen de admisión, ficha médica, exámenes de bacteriología y radiología, etc.), dictamen que no fue objetado por la sociedad demandada, por los medios legales, dentro de la respectiva oportunidad procesal. Todas las precedentes consideraciones sirven a la Sala para concluír que no se ha configurado el "error evidente y ostensible" de valoración probatoria que señala el recurrente.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

* * *

SEGUNDO CARGO:

. Lo presenta el recurrente en una forma subsidiaria de la siguiente manera:

"Acuso la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta el 19 de julio de 1955, en el juicio ordinario de trabajo de PEDRO FELIPE PABUENCIA contra "CERVECERIA NUEVA DE CUCUTA S. A.", de ser violatoria, por aplicaión indebida, de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

"Incurrió en esta violación el sentenciador, en razón de haber aplicado dichas disposiciones a un hecho probado pero no regulado por ellas.

"Para el sentenciador es un hecho debidamente probado que el señor PABUENCIA sufría de enfermedad no profesional en el momento de retirarse del servicio de la Compañía. En la parte motiva del fallo dice: "El concepto de la Central de Bogotá, establece acogiendo la tesis del especialista de Cúcuta que el demandante PABUENCIA presenta en la actualidad afección tuberculosa". Y continúa: "En nuestro caso está demostrado que el actor padece una tuberculosis pulmonar, por ello, tiene derecho al tratamiento médico correspondiente y al auxilio monetario hasta por 180 días". Sobre la base de la simple enfermedad dio aplicación a los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo que establece las obligaciones patronales en caso de incapacidad para trabajar, es decir, aplicó en forma indebida estas disposiciones a un hecho probado (enfermedad) pero no regulado por ellas.

"INCIDENCIA

"Si el Tribunal Seccional hubiera aplicado rectamente las disposiciones en cita, hubiera concluído absolviendo a la demandada por los conceptos de auxilio por enfermedad y suministro de atención médica especializada a favor del señor PABUENCIA".

Se estudia el cargo.

El razonamiento del recurrente no está en un todo conforme con la realidad procesal. No es exacto que el Tribunal hubiera tomado como punto de apoyo de su decisión condenatoria el hecho de "la simple enfermedad" del trabajador demandante. De ninguna manera, puesto que, por la propia transcripción del libelista, se aprecia que el **ad-quem** se refirió en su proveído al concepto de la Dirección Nacional de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial y al de la Seccional de Cúcuta. Y como se vio en el análisis del cargo anterior, el concepto de esta última Oficina se refiere a la clasificación de una "incapacidad física permanente" y el de la Dirección **Nacional de Bogotá, que no es contradictorio con** el de la Seccional sino complementario del mismo, dispone que antes de clasificar la incapacidad definitiva de Pabuencia se le debe suministrar a éste la atención prescrita en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo; y esta atención se presta, al tenor literal del mismo artículo, cuando el trabajador presenta "una incapacidad para desempeñar sus labores". Luego, tanto la Dirección Nacional de Bogotá como la Seccional de Cúcuta partieron de la base, para omitir sus dictámenes, de la incapacidad de Pabuencia. Definido este punto que con toda nitidez corroboran los susodichos experticios, no aparece estructurada la violación de los artículos 227 y 277 ibídem, por aplicación indebida, como lo sostiene el recurrente, pues para la Sala por las consideraciones que ha hecho, tales disposiciones o normas fueron aplicadas rectamente por el sentenciador.

Por consiguiente, la acusación no prospera.

* * *

TERCER CARGO:

Igualmente subsidiario como el segundo, lo sustenta el recurrente en los siguientes términos:

"Acuso la sentencia proferida por el Honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta el 19 de julio de 1955, en el juicio ordinario de trabajo

de PEDRO FELIPE PABUENCIA contra "CERVECERIA NUEVA DE CUCUTA" de ser violatoria, por aplicación indebida de los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, a consecuencia del error evidente y ostensible de los autos, cometido por el sentenciador como consecuencia de la falta de apreciación de unas pruebas y la apreciación equivocada de otras que más adelante singularizaré:

"La sentencia recurrida condenó a mi representada al suministro de la atención médica especializada hasta por seis meses, para eliminar toda posibilidad de activación de la lesión pulmonar del señor PABUENCIA y al pago del auxilio por enfermedad por el tiempo del tratamiento, previas las siguientes consideraciones:

"¿Por qué se le sometió al demandante en los útimos meses de servicio a un constante chequeo pulmonar? La respuesta es simple. Porque había duda sobre su estado de salud y no era posible despedirlo en esa forma".

Continúa el sentenciador: "Si esos chequeos demostraban la vigencia de la enfermedad, había que concluír que ella se había adquirido durante el servicio".

Continúa el sentenciador: "La serie de exámenes practicados al demandante por diferentes especialistas son contradictorios; algunos afirman que no existe activación alguna de la enfermedad; otros que está socialmente curado y puede trabajar; algunos que el peligro de activación es grave y otros que se observa en el sistema pulmonar de PABUENCIA "una imagen cavitaria tamaño de una moneda de cinco centavos". Ninguno se atreve a decir que la enfermedad no ha existido, luego **hay la presunción** de que ella puede desarrollarse normalmente" (Folios 26 y 28 del segundo cuaderno). "El concepto de la Central de Bogotá, establece acogiendo la tesis del especialista de Cúcuta, que el demandante PABUENCIA **presenta en la actualidad afección tuberculosa** (Subrayo). Continúa el Tribunal: "**En nuestro caso está demostrado que el actor padece una tuberculosis pulmonar. Por ello, tiene derecho al tratamiento médico corespondiente y al auxilio monetario hasta por 180 días**". (Subrayo).

"Para el Tribunal Seccional de Cúcuta está demostrado que el señor PABUENCIA en el momento de retiro, 31 de julio de 1954, sufría de enfermedad de T.B.C. y estaba incapacitado para trabajar, y sobre esta base equivocada aplicó los artículos 227 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

"PRUEBAS DEJADAS DE APRECIAR

"Folios 16 y 17 debidamente reconocidos por el doctor Luis Humberto Duplat, y que contienen los exámenes de sedimentación y esputos practicados al señor PABUENCIA

"Informes radiológicos del doctor Luis A. Lizarazo.

"Folios 19 (primer cuaderno). Estudio radiológico practicado por el doctor Rafael Lamus Girón y debidamente reconocido.

"Folio 34 (primer cuaderno). Estudio radiológico del doctor Rafael Lamus Girón, debidamente reconocido.

"Folios 65, 66 y 67, declaración del doctor Lamus Girón y reconocimiento de documentos.

"Folio 67, declaración y reconocimientos de documentos por el doctor LUIS HUMBERTO DUPLAT.

"Folio 78 a 81. Diligencia de Inspección Ocular.

"De las pruebas anteriores se concluye que el señor PABUENCIA no estaba enfermo de tuberculosis en la fecha de su retiro y en consecuencia tampoco estaba incapacitado para trabajar.

"Pruebas apreciadas equivocadamente.

"Concepto de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial de Cúcuta (folio 82). Este concepto lo apreció el sentenciador, a pesar de estar rectificado, y en consecuencia no tenía valor alguno, su rectificación fue hecha por la Dirección de Medicina e Higiene Industrial que corre al folio 95.

"Folio 95. Corre el dictamen de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial. En este concepto se basó el Tribunal para proferir su fallo. Sin embargo lo apreció equivocadamente porque en él no se dice que PABUENCIA estuviera enfermo, y le instituyen un tratamiento precisamente para prevenir la reactivación de la enfermedad, sin que le fijen incapacidad para el trabajo.

"EL ERROR DE HECHO.

"El error de hecho cometido por el sentenciador a consecuencia de la falta de apreciación y equivocada apreciación de las pruebas relacionadas consistió en haber dado por demostrado, sin estarlo, que el señor PABUENCIA estaba afectado de tuberculosis y en consecuencia incapacitado para trabajador (sic) en el momento de su retiro de la Empresa.

"Violación de la ley sustantiva.

"A consecuencia del error de hecho expresado,

el sentenciador violó los artículos 227 y 277, al aplicarlos de una manera indebida, por faltar la prueba de la enfermedad y la incapacidad, mientras el trabajador esté al servicio de la empresa, en el caso del día 31 de julio de 1954, y que se exige en las citadas disposiciones, para que haya lugar a las obligaciones patronales contempladas en las mismas.

"Incidencia del cargo.

"De haber aplicado rectamente las disposiciones citadas, el sentenciador hubiera absuelto a la demandada del suministro de la atención médica especializada y del pago del auxilio por enfermedad ordenados en la parte resolutiva de la sentencia impugnada".

Se considera.

Puede decirse que este cargo es una repetición con ligeras modificaciones del primero, pues en el fondo se reproducen los mismos argumentos ya conocidos y estudiados por la Sala en la primera acusación. O sea, que según las pruebas singularizadas en este cargo, en unos casos hubo falta de apreciación y en otros errónea apreciación de aquéllas, con lo cual se dio "por demostrado, sin estarlo, que el señor Pabuencia estaba afectado de tuberculosis y en consecuencia incapacitado para trabajador (sic) en el momento de su retiro de la Empresa".

La Sala estima que por parte del Tribunal las pruebas que relaciona el recurrente no fueron equivocadamente valoradas ni se omitió su consideración. No puede desconocerse, tal como se dijo en el estudio del cargo anterior, que el principal respaldo probatorio del fallo de segunda instancia fue el dictamen pericial definitivo de la Dirección Nacional de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial, solicitado por ambas partes contendientes, como se puede comprobar en los escritos de demanda inicial y de respuesta a la misma. Tampoco puede negarse válidamente que, para emitir dicho dictamen, la Oficicna en cuestión dispuso de todos los elementos de orientación acostumbrados, tales como exámenes de admisión, bacteriológicos, radiológicos, etc. (Folios 89 a 94). El diagnóstico pericial como resultado de todo ese conjunto de pruebas científicas se concreta en el dictamen mencionado que, como anteriormente se expresó no fue objetado, ni tachado, ni desvirtuado por las partes. Lógicamente ésta era la prueba técnica y especializada en que tenía que apoyarse el sentenciador por ser ella la indicada científicamente para el caso **sub-judice,** siendo indiscutible que el **ad-quem** no podía tomar aisladamente los exámenes médicos allegados al juicio porque de esta manera se habría formado un criterio incompleto del problema. En el presente caso, la cuestión central de la litis, es decir, si Pabuencia era o nó acreedor a las prestaciones de los artículos 277 y 278 del Código Sustantivo del Trabajo, quedó deferida al dictamen de la Oficina de Medicina e Higiene Industrial. De tal modo que al resolver dicha dependencia oficial definitivamente que como primera medida debían otorgársele al trabajador reclamante las atenciones del artículo 277 ibídem, decisión que no fue objeto de reparos oportunos por las partes, el sentenciador obró conforme a los antecedentes anotados y a la amplitud de que disfruta para la formación de su convencimiento, al darle eficaz mérito probatorio al aludido dictamen. Lo anterior armonizado con lo expuesto por la Sala en el estudio de los otros cargos, es suficiente para deducir que no se configura el evidente error de hecho señalado por el recurrente.

En tal virtud, el cargo no prospera.

° ° °

En mérito de todas las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —SALA DE CASACION LABORAL—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo materia del presente recurso dictado por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CLAUSULA DE RESERVA ES UNA MANERA PERO NO JUSTA CAUSA DE TERMINACION DEL CONTRATO. — APLICACION SIMULTANEA DE LOS ARTICULOS 48 Y 65 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — LA SANCION POR MORA EN EL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES ES GRADUABLE SEGUN LA BUENA O MALA FE PATRONAL. — LA IRREGULARIDAD DE LA CONSIGNACION NO DESTRUYE LA BUENA FE PATRONAL. — LAS OFERTAS HECHAS DURANTE LA CONCILIACION NO CONSTITUYEN CONFESION. —CARACTERISTICAS DEL SALARIO. — SISTEMAS PARA LIQUIDACION DE PRIMA Y CESANTIA. — EL DERECHO A PERCIBIR CESANTIA POR EL TIEMPO SERVIDO QUE EXCEDA DE 20 AÑOS NO PUEDE PREDICARSE DE LA JUBILACION RESTRINGIDA DEL ART. 267 DEL CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO. — EFECTO GENERAL INMEDIATO DE LA NUEVA LEY LABORAL. — DEMANDA POR UNA SUMA DE DINERO O "LA QUE RESULTE PROBADA". — OPORTUNIDAD PARA PEDIR QUE NO SEA OIDA LA PARTE QUE DEBE COSTAS. — CASACION POR CONTENER LA SENTENCIA APRECIACIONES POR VIA DE DOCTRINA

1.—El actor concretó sus pretensiones a una suma de dinero "o la que resultare probada", suma que aparece como un total procedente de cantidades fijadas sobre cesantía, vacaciones, salarios, etc. Es natural que el término disyuntivo "o la que resultare probada" necesariamente se relacionaba con la modificación en el proceso en más o menos de cualquiera o cualesquiera de los sumandos, uno de los cuales era la cantidad por cesantía; luego es por este aspecto equivocada la aseveración de que sólo a esta cantidad hubo de limitar el actor su aspiración máxima por cesantía. Sería ilógico admitir la tesis, harto estrecha, de que cuando se pide un total expresado en cifras, o lo que resultare probado —en más o en menos— no se esté implícitamente haciendo relación a las variaciones de alza o baja que en el juicio puedan padecer los sumandos que producen ese total. Va envuelto en ello una verdad matemática: la de que el total, aumentado o disminuído, es necesariamente el resultado de los sumandos también elevados o rebajados. Luego si se deja subsidiariamente la puerta abierta para que aquél se modifique, es apenas natural que tal modificación sólo pueda proceder, en aritmética, del cambio o mutación cuantitativa de los últimos.

2.—Desués de intensas discusiones doctrinarias en torno a si para la liquidación de la prima debe tomarse el salario fijo o el promedio, no cabe duda de que es este último el que juega en tal liquidación. Pero es obvio que para ello deba tomarse el salario promedio del respectivo período semestral o del lapso mayor a tres meses conforme a las voces del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, mas no el de otros períodos anteriores.

3.—El artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo previó la "cláusula de reserva" con la sola condición de que se hiciera constar por escrito (en el mismo contrato o en reglamento de trabajo), para contratos que fueran de duración indeterminada.

Dicho precepto fue modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo número 616 de 1954, el cual entró a regir el 26 de febrero de dicho año, e introdujo dos reformas así: 1).—Amplió a 45 días el término de desahucio y preaviso, del cual podría prescindir el patrono pagando al trabajador los salarios correspondientes a ese mismo lapso de 45 días, y 2).—Propuso que dicha cláusula de reserva sólo sería válida en el caso de que se estipulara expresamente por escrito en el contrato (ya no en el reglamento de trabajo).

Un paso fundamental en la dilucidación del problema planteado es el conducente a establecer, conforme a derecho, cómo quedaba esa reserva inicialmente pactada bajo las condiciones de la ley vigente y que consagraba un término de preaviso o des-

ahucio equivalente al período de los pagos, frente a la ley laboral posterior que introdujo condiciones de ampliación a 45 días de ese mismo término, a efecto de concretar si se producía una nulidad de aquella primitiva cláusula, si era menester que las partes volvieran a convenirla y consignarla dentro del contrato en los términos del nuevo mandato legal, o si, finalmente, la nueva disposición obraba de plano sobre el contrato vigente, en el sentido de incorporar "ipso jure" la ampliación de 45 días a los contratos en curso o que se hubiera consagrado una reserva de inferior período temporal.

La Corte acoge la última posición enunciada, en razón de las consideraciones siguientes:

Es tan expreso y tan claro el artículo 16 del Código para la regulación del asunto, que no ofrece ni la más mínima sombra de dudas acerca de que hubo por ministerio de la ley una incorporación de pleno derecho de la ley nueva, en lo atinente a la cláusula de reserva, dentro de los contratos que estuvieran vigentes en el momento en que se expidió el mandato, y por lo tanto hubo una ampliación automática de 45 días del término de desahucio para los contratos que consagraran un plazo inferior. Tal es el "efecto general inmediato" que se le atribuye a la norma legal del trabajo, sin que pueda argüirse retroactividad de la misma por cuanto no afectaba situaciones consumadas o definidas o resueltas conforme a leyes anteriores.

Además, siendo como es la legislación social eminentemente tutelar de los derechos de los trabajadores, y habida cuenta de que el artículo 1º del Decreto 616 es, en términos generales, más favorable a aquéllos, no cabe duda de que era la norma aplicable en los términos del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

4.—La tesis sustentada por el apoderado del actor sugiere que el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo (reformado por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954) exige que el preaviso o desahucio, efectivo o conmpensado en dinero, sólo procede "previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar"; y que cuando sólo hubo una oferta de pago por estos conceptos ,más no una cancelación efectiva de los mismos, no es procedente aquel desahucio, o mejor, es inválida y sin ningún efecto la aplicación de la "cláusula de reserva" y debe estarse a lo preceptuado por el artículo 64 ibídem sobre la ruptura unilateral e ilegal del contrato.

La anterior argumentación va dirigida a demostrar que no habiendo operado la cláusula de reserva para la terminación legal del contrato, por la ausencia de previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones, es de rigor aplicar al artículo 64 sobre lucro cesante. Ello conduciría a establecer una colisión radical entre dos instituciones del Código del Trabajo, a saber: la cláusula de reserva del artículo 48 reformado como antes se dijo, y la consignación establecida por el artículo 65, inciso 2º en caso de desacuerdo. El mismo recurrente parece resolver la aparente oposición con desmedro de la segunda, considerándola como absolutamente inoperante cuando quiera que obra la primera, pues su tesis significaría que en el evento de ser aplicada la "cláusula de reserva", debería preceder una cancelación material, efectiva, real, de todas las prestaciones e indemnizaciones etc. y que por ello no cabe aplicar —en tal evento— las hipótesis del ordinal 2º del artículo 65. Concluye tácitamente en que, caso de no anteceder tal cancelación, pero aún en el de que anteceda la situación preventiva del artículo 65 en su segundo ordinal, la cláusula de reserva pierde validez y obra el artículo 64 del estatuto laboral. (Subraya la Sala).

La Corte entiende que estas dos instituciones, antes que excluírse, se complementan y armonizan. La una rige autónomamente la terminación del contrato y la otra regula, independientemente, los efectos de esa terminación en la eventualidad de que no hubiere acuerdo entre las partes respecto de la obligación o del monto de las prestaciones. En tal virtud —y para la inteligencia armónica de los dos preceptos— debe entenderse que la previa cancelación de las deudas, prestaciones, etc., equivale a la manifestación expresa de la voluntad patronal de hacer el pago inmediato y entraña la existencia de actos poistivos que indiquen ánimo de querer realizar efectiva e inmediatamente esa voluntad de pago, de

lo cual pueden surgir dos situaciones:

a)—Que el pago efectivamente se realice por existir completo acuerdo entre las partes, o,

b)—Que aquellos actos positivos que indican ánimo de pagar se vean detenidos o frustrados en el logro de su objeto por el desacuerdo de las partes sobre el monto de la obligación.

La primera situación —aplicable con o sin cláusula de reserva— es la regla general: quiere la ley que una vez terminado el contrato el patrono satisfaga plenamente las prestaciones laborales. La segunda situación —aplicable igualmente con o sin cláusula de reserva— es la excepción legal, se regula conforme al ordinal 2º del artículo 65, y corresponde a una suprema razón de equidad consagrada por el legislador para impedir que el hermetismo cronológico exigido para el pago de prestaciones resulte lesivo de los intereses de las partes patronal o laboral en el evento de duda justificada acerca de la existencia de la obligación o del monto de ésta.

Es natural que la eficacia de la consignación pueda ser discutible y que aún pueda resultar nugatoria; pero los efectos de tal resultado son los que la ley propone y no otros. La utilización legítima de la cláusula de reserva produce la ruptura del contrato en debida forma, en tanto que una consignación irregular podría no producir en bien del patrono la exoneración de la indemnización moratoria. Saca en claró, pues, la Corte, que los artículos 48 y 65, ordinal 2º, no se destruyen recíprocamente sino que se complementan y que las dos instituciones por ellos consagradas pueden coexistir.

5.—El sentenciador, "por vía de doctrina", sentó la tesis de que la consignación debe hacerse en el sitio convenido para el pago de los salarios. A ello cabe observar que la jurisdicción no es doctrinante; sus consideraciones y decisiones constituyen jurisprudencia, que no doctrina, pues que ésta es el conjunto teorético de los estudiosos y tratadistas de derecho acerca de aspectos generales o concretos de los principios jurídicos o de la ley positiva. Es por tanto ineficaz, desde el punto de vista del resultado del proveimiento, la aseveración de que sólo "por vía de doctrina" se formula un enunciado jurídico.

No es procedente, por tanto, tratar de plantear un antagonismo entre la sentencia y la ley cuando lo que ha hecho el fallador es destacar, según apreciación simplemente doctrinaria, e inhibiéndose expresamente de aplicarla al caso sub-lite, una oposición entre un hecho concreto y la doctrina.

6.—La drasticidad de la sanción prevista por el artículo 65 se halla atemperada por una jurisprudencia, según la cual el elemento buena fé exonera al patrono de la indemnización por mora, y la temeridad o mala fé lo hace responsable de la pena.

Si ha de considerarse salvaguardiada la postura patronal contra la sanción indemnizatoria por el patrocinio del elemento buena fé, es apenas obvio que mientras este último persista o transcurra en el tiempo, aquella postura del patrono se verá precavida contra la sanción por mora. La solución anterior es predicado natural de que, dada la buena fé, ésta se presume subsistir temporalmente en el sujeto que la ostenta hasta cuando se deduzca su desaparición en él de hechos eficazmente demostrativos de que tal elemento ha desaparecido.

En este orden de ideas es razonable sostener que la buena fé resguarda al sujeto patronal contra la sanción mientras (noción temporal) lo acompaña, al par que mala fé lo responsabiliza de la pena mientras se encuentre asociada a su conducta, habida cuenta de que la sanción misma es graduable en función temporal, por tratarse de una indemnización cuantitativamente variable en relación al tiempo, tasable en "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo" (Artículo 65, número 1º).

De otra parte, la jurisprudencia ha sostenido con inmodificada persistencia que los elementos buena o mala fé son presunciones judiciales deducidas por el juzgador del acervo de pruebas y según el sistema de la libre formación del convencimiento.

7.—La pretendida irregularidad de la consignación judicial no podría aceptarse por sí sola como factor destructivo de la eficacia de la buena fé procedente del patrono como eximente de la sanción, respecto del lapso anterior, durante el cual aquella buena fé se evidencia.

Si prosperara la tesis de la consignación irregular, aparecería manifiesto que los efec-

tos de ésta no obrarían retrospectivamente en punto a anonadar la precedente buena fé del patrono y destruír su protectora eficacia contra la sanción durante el lapso pretérito.

8.— La Sala mantiene la jurisprudencia de que los autos por los cuales se concede, se admite el recurso extraordinario de casación y se da traslado al opositor no son vinculantes. No lo son en cuanto tales actos jurisdiccionales se emitan contrariando los presupuestos procesales del interés jurídico, el término para interponer el recurso, la cuantía y naturaleza del negocio y la idoneidad de las partes. Mas el reparo formulado no toca sustancialmente con estos aspectos, ni siquiera con el último, como va a verse.

La solicitud de que no sea oída la parte demandada recurrente es extemporánea en el momento de resolver el recurso de casación, según se puede colegir del siguiente breve análisis: el artículo 2º del Decreto 243 de 1951 reformó los artículos 964 y 575 del Código Judicial, más no se ve que aquella norma hubiera subrogado el artículo 497 ibídem, cuya vigencia, por tanto, se mantiene. El referido artículo 497 del Código Judicial preceptúa: "Si el Juez concede la apelación sin que el recurrente haya pagado las costas, el superior se abstiene de conocer, a petición de la parte contraria, y ordena que se devuelva la actuación al Juzgado de su procedencia". El momento procesal adecuado para paralizar las actuaciones de la parte demandada fue, por tanto, cuando a dicha parte se le concedió el recurso de apelación sin haber pagado las costas, y, más concretamente, cuando el juzgador de segundo grado entró a conocer del asunto y a oír a la parte renuente a pagarlas. Pero resulta inadecuado, a más de contrario al equilibrio y economía procesales, dejar escapar aquellas oportunidades, como también las que le brindaba el otorgamiento y admisión del recurso de casación, para tratar de aniquilar al adversario en el momento mismo en que dicho recurso va a ser resuelto.

9.—De acuerdo con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos deben ser tenidos en cuenta para decidir, en un caso dado, si las sumas o especies dadas por el patrono al trabajador constituyen salarios. Van a verse:

I.— El carácter retributivo y oneroso. — Es de la esencia del salario que la suma o especie que se den sean de naturaleza retributiva, es decir, correspondan a la prestación de un servicio, cualquiera que fuere la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades (artículo 127).

II.—El carácter de no gratuidad o liberalidad.—Este principio es correlativo a la naturaleza onerosa referida en el anterior. Por lo cual no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales (artículo 128).

III.—El carácter de ingreso personal.—Que dichas sumas ingresen realmente al patrimonio del trabajador, o que lo enríquezcan como dice la ley, sirviendo para subvenir a sus necesidades. Por lo cual no será salario lo que el patrono le dé al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales (Artículo 127).

10.— Dispone el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo que, como su auxilio de cesantía, el patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

Entre los diversos sistemas usados para efectuar la liquidación figuran dos que, por conducir a igual resultado numérico, son indiferentes, a saber: (1) al sumar los días de los meses trabajados por su número de jornadas o "designación calendario" (enero 31 días, febrero 28, marzo 30, etc.) y dividir por 365, o (2) al tomar los meses trabajados de 30 días y dividir por 360, se llega con precisión a un idéntico resultado numérico.

11.—En el curso de un arreglo directo la deferencia decisoria a la otra parte es demostrativa de la conducta leal y del ánimo conciliatorio de la parte que la propone más sería absurdo considerar que —en presencia de pruebas más convincentes— se le fuera a conferir valor de verdad real a una decisión contraevidente. No convence por tanto a la Sala el proveído del ad-quem en cuanto en él se consideró como confesión, con el valor de plena prueba, la aludida deferencia decisoria.

Además, implica un golpe de gracia contra las diversas formas jurídicas del arreglo directo, institución que en el Derecho Laboral goza de especial amparo de la ley. En efecto: ésta propicia toda composición amistosa de partes desavenidas con el encarecimiento de que el Juez la procure en una de las etapas del juicio, y con la manifiesta voluntad de que aquéllas la busquen y a ser posible la obtengan antes o en el curso de él (artículos 19, 20, 22, 77 y 78 del Código de P. L.).

Si la tesis del sentenciador se abriera paso en la jurisprudencia nacional, sería apenas lógico que el arreglo amistoso entre litigantes en cuestiones del trabajo resultase notablemente constreñido, si no absolutamente desueto, por las obvias inhibiciones de las sueto, por las obvias inhibiciones de las partes al formularse sus recíprocas posturas, bien dentro de la transacción o de la conciliación a causa del inevitable recelo de que sus aserciones o propuestas fueran tomadas, en juicio, con el carácter de plena prueba confesoria.

Lo anterior no quiere decir que tales posturas deban ser desechadas de plano por el Juez. Ello sería contrario a la libre formación del convencimiento. Mas esos datos no deberán ser asimilados por el juzgador a verdad inconcusa con validez de confesión legal, sino que podrán ser tenidos como acervo indiciario coadyuvante del criterio en la apreciación de los hechos. No podría negarse que tales indicios, siempre que vayan apoyados en otras probanzas, pueden ser un invaluable aporte a la configuración de la verdad real. Pero resulta inadecuado tomarlos por sí solos como confesión.

12.—La cláusula de reserva es una manera legal de terminar el contrato de trabajo, pero no es una causa justa, en el sentido preciso atribuído por la ley a ciertos motivos específicos y determinados que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan "justas causas". Existe una diferencia sustancial entre aquél y "modus" extintivo del contrato que la ley acoge y estas causas, establecidas por los artículos 62 y 63, que la ley expresamente califica de justas.

Podría objetarse que todo lo legal es justo, y que por consiguiente siendo legal la manera en que se termina el contrato de trabajo, según el artículo 48, esa manera también será justa. Tal tesis equivale a asumir una de las posiciones extremas que surgen, dentro del campo filosófico, al tratar de establecer el paralelismo o discrepancia entre lo legal y lo justo, en el vastísimo ámbito de las relaciones entre el derecho natural como categoría de justicia y el derecho positivo como ley. Sin profundizar en materia tan ardua, es menester afirmar que en el ordenamiento jurídico positivo existen normas que se desvinculan del jusnaturalismo no por ser francamente opuestas a éste sino por ser indiferentes. Es un desideratum que la ley positiva rija no sólo las relaciones fundamentales dentro del espíritu de la justicia natural, sino que también regule las situaciones indiferentes a ella, u obscuras, en cuya fijación estén interesados el bien común o la conveniencia social.

En todas estas situaciones consideradas indiferentes o por lo menos de difícil acomodo a la idea de la justicia, el legislador ocurre a la equidad y ordena al juzgador que, por su parte, al aplicar la ley, también ocurra a ella. (Artículo 18, Código Sustantivo del Trabajo, artículo 5º, Ley 153 de 1887).

Ya se dijo atrás que la cláusula de reserva es una manera, pero no es una causa. Es sabido que la manera es el modo como se rige una situación jurídica, en tanto que la causa es el antecedente de hecho o de derecho que produce esa situación. La causa se confunde en este caso con la noción de móvil determinante.

El legislador acogió la manera preavisada de concluír una relación contractual de trabajo a término indefinido, inspirado por un criterio de equidad, en una cuestión en la cual el acomodamiento de la idea pura de

la justicia resulta difícil sobre manera en vista de la complejidad de la materia, y en que, precisamente por tal dificultad, determinaría injusticias una regulación demasiado asáz elástica, al tiempo que era necesario legitimar situaciones decisivamente vinculadas a la conveniencia social. En punto a la terminación con preaviso del artículo 48 la ley sanciona y legitima el "modus" o manera, pero no hace referencia alguna a la causa. En cambio en la terminación unilateral de los artículos 62 y 63 la ley hace especial énfasis sobre la causa (aunque también señala la manera), lo cual destaca aún más la distinción entre la una y la otra.

13.—La ley dispone que cesantía y jubilación se excluyen. Sin embargo, cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor de veinte (20) años, el trabajador recibirá, a más de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido (artículo 266).

La Sala estima que la disposición del literal anterior in fine, no se hace extensiva a la jubilación reducida de que trata el artículo 267, o sea cuando la pensión jubilatoria se genera por el despido sin justa causa después de 15 años de servicios.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., diez y seis de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor Francisco Gaviria R. demandó, mediante procurador judicial, a la sociedad denominada "NAVIERA COLOMBIANA S. A.", con domicilio en Medellín, representada por su gerente, para que previos los trámites de un juicio ordinario de trabajo se condenara a ésta a pagar a aquél las siguientes prestaciones e indemnizaciones:

I—La suma de quince mil quinientos veintiún pesos con ochenta y ocho centavos ($ 15.521.88) moneda corriente, o la que resultare probada, por los siguientes conceptos:

Cesantía	$	15.363.40
Salarios pendientes		6.986.27
Vacaciones insolutas		4.600.00
Prima de servicios		619.74
Lucro cesante (presuntivo)		8.663.41
		36.232.82
Menos abono por comisiones	$	2.000.00
Menos abono judicial		18.710.94
	$	20.710.94
TOTAL.....	$	15.521.88

II—A reconocer al actor la pensión vitalicia especial de que trata el artículo 276 del Código Sustantivo del Trabajo, desde el 29 de junio de 1958 en adelante, liquidada sobre un sueldo promedio mensual de $ 2.837.50.

III—A indemnizar al demandante por los perjuicios materiales y morales, subjetivos objetivados, que se acrediten.

IV—A pagarle al mismo, como indemnización por la mora en el pago de sus salarios y prestaciones, setenta y seis pesos con sesenta y siete centavos ($ 76.67) moneda corriente por cada día de retardo, desde la fecha de su despido hasta la fecha en que la empresa cancele la totalidad de lo que ha reconocido adeudarle", y

V—A pagar las costas del litigio, en caso de oposición.

Relata el libelo que:

a) El señor Francisco Gaviria R. trabajó al servicio de la demandada (y de las empresas a las cuales sustituyó como patrono), desde el 26 de octubre de 1937 hasta el 21 de junio de 1947.

b) Por renuncia aceptada en esta última fecha se extinguió dicho contrato y la demandada pudo así pagarle al actor válidamente, sin violación legal, su cesantía hasta entonces.

c) A partir del 1º de agosto de 1947 ingresó nuevamente el señor Gaviria al servicio de la demandada, en Bogotá (a donde se le remitió el respectivo documento para su firma, según nota de gerencia de 30 de julio de dicho año), como administrador de la oficina de Bogotá.

d) En el aludido contrato escrito se estipuló: "El servicio antedicho lo prestará el trabajador en la ciudad de Bogotá, donde ha sido contratado, pero se compromete a aceptar cualquier otro empleo a donde lo promueva el patrono dentro de sus dependencias, sea en Bogotá o en cualquier otro lugar y que el trabajador sea capaz de desempeñar, siempre que el cambio no impli-

que desmejora de la remuneración ni de la categoría del trabajador".

e) A partir del 1º de julio de 1953, el sueldo fijo del demandante fue de dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) moneda corriente mensuales.

f) Aparte del sueldo fijo, el señor Gaviria obtuvo de la Junta Directiva de la compañía la oferta de reconocerle una comisión del tres por ciento (3%) de los fletes de la carga para el Ferrocarril del río Magdalena, fletes que en el segundo semestre de 1953 valieron en t o t a l $ 214.986.51. Aquella oferta, convenida con Gaviria, sólo fue parcialmente cumplida al liquidársele una comisión del dos y medio por ciento (2½%), y el ofrecimento telegráfico, de 18 de marzo último, en el sentido de que la Junta Directiva resolvería sobre el medio por ciento (½%) de diferencia tampoco se ha cumplido.

g) El 2 de abril de 1954, el señor Gaviria recibió la nota de Gerencia número G-439, de la misma fecha, en que se le ordenaba entregar la Oficina de Bogotá a don Bernardo Montoya, con asistencia del Revisor Fiscal de la empresa don Martín Restrepo.

h) Procedió a hacer la entrega de la oficina a su reemplazo, diligencia que concluyó el 7 del mismo mes.

i) La oficina de Bogotá, diciéndose autorizada por la gerencia de Medellín, le entregó a Gaviria un pasaje aéreo para Medellín y $ 500.00 de viáticos que no había solicitado, a fin de que viajara a aquella ciudad para arreglar con la gerencia el problema creado por su retiro intempestivo.

j) Llegado a Medellín, ya consumado su despido y reemplazo en la oficina de Bogotá (y sin haber aceptado un "traslado", para lo cual habría tenido que conocer previamente la remuneración y la categoría del nuevo cargo, según lo estipulado en su contrato de trabajo), el actor recibió el 8 de abril de 1954, de manos del gerente de la empresa, la nota número G-451 de esa fecha en la que éste le expresa: "Desde el día de hoy doy por terminado el contrato de trabajo".

k) En sus distintas "liquidaciones" (sic), la demandada ha venido aumentando la cifra que reconoce adeudar al actor, así: el 8 de abril (1954), $ 13.934.39; el 26 de abril, $ 15.260.94; el 30 de abril, $ 22.468.88 y el 20 de mayo, $ 25.918.88.

l) El 30 de abril (1954) en nota número G-554, el Gerente de la demandada informó al apoderado del demandante haber hecho una consignación judicial en favor de éste; las investigaciones en los Juzgados del Trabajo de Bogotá (lugar de la prestación de los servicios) no lograron localizar la enunciada consignación; hasta que el demandante supo, inicidentalmente, que en uno de los Juzgados de Medellín había una consignación para él, y viajó por su cuenta ese mismo día mayo 28) a retirarla. Eran $ 18.710.94.

m) La ruptura intempestiva de su contrato de trabajo; la retención de sus salarios, prestaciones e indemnizaciones por la empresa; el empeño de ésta por compensar ilegalmente el saldo que el actor adeudaba por un contrato de mutuo a interés, de término no vencido y consignado en pagaré, con los salarios y prestaciones que ella reconoce adeudarle todavía, y las demás acciones y omisiones que se relacionan, han causado a Gaviria perjuicios materiales y morales de todo orden, entre otros la pérdida de la mitad del inmueble a que se refieren el documento de promesa de venta, de 19 de febrero último, y la escritura número 2.749 de 7 de junio del presente año, de la Notaría Cuarta de Bogotá, y los gastos y contratiempos ocasionados por el viaje que tuvo que hacer a Medellín para recibir un abono judicial a sus créditos laborales en sitio distinto del estipulado para los pagos.

Como fundamento jurídico citó los artículos 64, 65, 189, 249, 253, 267 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto 617 de 1954.

Corrido el traslado del libelo de demanda, la sociedad demandada lo contestó por conducto de apoderado, de la siguiente manera:

Al primero o a): El señor Francisco Gaviria R. prestó sus servicios a "Naviera Colombiana S. A.", desde el 4 de noviembre de 1942, hasta el 21 de junio de 1947, fecha ésta en la cual hizo dejación voluntaria de su cargo. Aclara que la sociedad "Naviera Colombiana S. A." se constituyó por escritura pública número 3.866 del 4 de noviembre de 1942 de la Notaría Cuarta de Medellín, y por ello sólo desde esta fecha en adelante inició el señor Gaviria R. la prestación de los servicios a la sociedad que se ha demandado. Igualmente afirma que la sociedad demandada, constituída por la escritura antes dicha, "es absolutamente distinta a las sociedades que pudieran haber existido antes de ella, las cuales fueron disueltas y liquidadas totalmente".

Al segundo o b): Es cierto.

Al tercero o c): Es cierto. Aclara que tales servicios (como administrador de la Oficina de Bogotá), los prestó el señor Francisco Gaviria R. hasta el 8 de abril de 1954, inclusive, fecha en que la Compañía dio por terminado el contrato de trabajo, valiéndose para ello de la cláusula de reserva prevista en el contrato de trabajo fir-

mado por las partes el 1º de junio de 1952 en Medellín. Agrega que la terminación del contrato, con base en la referida cláusula de reserva, se hizo mediante la comunicación dirigida por el Gerente de la Sociedad al demandante, cuyo duplicado fue firmado por éste el mismo día 8 de abril de 1954 (transcribe la comunicación mencionada).

Al cuarto o d): Es cierto.

Al quinto o e): Los sueldos devengados por Gaviria fueron los siguientes: Desde agosto 1º de 1947 a febrero 28 de 1950, $ 900.00; de marzo 1º de 1950 a marzo 31 de 1951, $ 1.200.00; de abril 1º de 1951 a octubre 31 de 1952, $ 1.600.00; de noviembre 1º de 1952 a junio 30 de 1953, $ 2.000.00; de julio 1º de 1953 hasta el 8 de abril de 1954, inclusive, fecha de la terminación del contrato de trabajo, $ 2.300.00.

Al sexto o f): Entre las funciones del demandante —dice—, estaban las de establecer conexiones favorables al desarrollo del objeto social de la empresa; actuar ante toda clase de entidades, personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, con el objeto de obtener carga y pasajeros, contratar el transporte de aquélla y de éstos, en fin, "cumplir todas las funciones necesarias relacionadas con sus obligaciones, y lograr que la sociedad pudiera, exitosamente, desarrollar su objeto o prestar los servicios de transporte para lo cual fue constituída especialmente". El señor Gaviria R. —agrega la demandada— informó a la Junta Directiva que obtendría el transporte de toda la carga con destino al Ferrocarril del Río Magdalena, "pero que como condición para efectuar el contrato se le exigía reconocer una comisión especial o mejor, bonificación, sobre el valor de los fletes de la carga que fuera transportada, bonificación destinada al señor Francisco Gaviria R., quien en cumplimiento de sus labores ordinarias como trabajador venía adelantando las gestiones respectivas". La Junta Directiva convino en reconocerle tal bonificación ocasional, "sin fijar su porcentaje o cuantía". Aclara que tal bonificación fue de carácter accidental, y de ninguna manera sobre-sueldo, pues no era regla ordinaria retribuírle al administrador de Bogotá una sobre-remuneración por la carga que consiguiera para la empresa, pues ésta era parte de sus funciones por las cuales se le reconocía y pagaba una asignación fija mensual. Por este concepto se le pagaron al señor Gaviria la suma de $ 2.000.00; y posteriormente la junta consideró justo reconocerle un porcentaje del dos y medio por ciento (2½%) sobre el valor de los fletes cobrados en el transporte de carga para dicho ferrocarril, pero con el carácter de bonificación ocasional.

Al séptimo o g): Es cierto. La demandada aclara que el traslado a Medellín con el objeto de conversar con él o de definir su situación, o como dice la nota "....mientras se le resuelve su situación en la compañía", obedeció a que se tenía conocimiento de que el señor Gaviria "había manifestado su deseo o intenciones de retirarse del servicio de la sociedad", y para ello era preciso concretar su decisión. Agrega que es claro que mientras el demandante estuviera ausente de Bogotá, alguna persona responsable debería estar al frente de la oficina de Bogotá, y por esta razón se le pidió que le hiciera entrega de ella al señor Montoya. Añade que para el viaje a Medellín del señor Gaviria, la Gerencia ordenó a la oficina de Bogotá que se le suministrara un pasaje aéreo "en viaje redondo", como también los gastos de alimentación y alojamiento, los que se estipularon en la suma de $ 30.00 diarios. "Precisamente se le suministraron tales pasajes aéreos y viáticos —dice— porque el señor Francisco Gaviria R. ese día siete (7) de abril (de 1954) todavía era empleado de la sociedad. Si no hubiera sido empleado en esa fecha no habría razón para haberle pagado viáticos y pasaje de ninguna naturaleza". Y el señor Gaviria los aceptó en su calidad de empleado de la Compañía y en obedecimiento al llamamiento de la Gerencia, para que se trasladara a Medelín a definir su situación frente a la empresa.

Al octavo o h): Es cierto, en los términos del anterior.

Al noveno o i): El pasaje de ida y regreso dado al señor Gaviria explica claramente que no se tenía la intención de trasladarlo permanentemente a Medellín o a otra ciudad, y Bernardo Montoya (como se dice en la nota g-439) sólo permanecería al frente de la oficina de Bogotá mientras se resolvía el caso del demandante. Aclara la demandada que tampoco es cierto que para viáticos (alojamiento y alimentación) se le hubieran dado a Gaviria $ 500.00, ya que esta suma fue solicitada en préstamo por éste; los viáticos fueron de $ 30.00 por día, es decir $ 60.00 en total para los dos días en que permaneció en Medellín.

Tampoco es verdad —añade— que al señor Gaviria se le hubiera llamado a Medellín para arreglar el problema creado por su retiro intempestivo, pues al demandante no se le había retirado o despedido intempestivamente. En la nota precitada del 2 de abril se le solicitaba trasla-

darse a Medellín "mientras se le resuelve su situación con la compañía" Sólo el 8 de abril se le manifestó al trabajador la determinación de la empresa de dar por terminado el contrato de trabajo.

Al **décimo o j)**: No es cierto, y la demanda reitera que cuando Gaviria viajó a Medellín no había sido despedido, de acuerdo con las explicaciones dadas en otras respuestas. Pero si es cierto que una vez en Medellín se dio por terminado el contrato, en ejercicio de la cláusula de reserva, el 8 de abril de 1954.

Al **undécimo o k)**: Naviera Colombiana S. A. procuró por todos los medios llegar a un acuerdo amistoso con el señor Gaviria, pero éste con peticiones exageradas se negó al entendimiento. La empresa —añade— manifestó en todo momento un ánimo transaccional, sin tener en cuenta las liquidaciones legales, ya que ofreció más de lo que legalmente estaba obligada a pagar.

Al **décimo-segundo o l)**: El Gerente de Naviera Colombiana S. A. informó por nota G-554 del 30 de abril de 1954, dirigida a Gaviria, que había hecho una consignación judicial de lo que la sociedad creía deber, la cual correspondió en repartimiento al Juzgado Primero del Trabajo de Medellín, ciudad en donde tiene su domicilio la demandada. Explica que precisamente la consignación (por $ 18.710.94) se hizo en razón de que al entregársele al señor Gaviria R., por el Gerente de la Sociedad, la nota sobre terminación del contrato el día 8 de abril, y no obstante habérsele dicho en la misma nota que estaban a su disposición en la Caja de la Compañía las sumas correspondientes a sus prestaciones sociales y 45 días de preaviso, el señor Gaviria manifestó que consultaría con su Abogado en Bogotá la liquidación respectiva. El Gerente de la Sociedad sólo recibió el anuncio o comunicación del Abogado del señor Gaviria, con fecha 21 (sic) de abril de 1954, en la que se le reclamaban a la sociedad entre otras cosas, la indemnización por mora, lo que les indicó a los directores de la Compañía por primera vez, que Gaviria no estaba conforme con la liquidación y por ello se negaba a recibir. Ante estos hechos, y para evitar la indemnización por mora, la Sociedad se apresuró a consignar en la forma y cantidad dichas, "mientras la justicia del trabajo decide la controversia; fallando si es más o menos". La demandada arguye que el retiro de la consignación por el demandante, consignación que estaba condicionada hasta tanto la justicia del trabajo decidiera la controversia, significa la aceptación de Gaviria de la liquidación y pago de todas sus prestaciones, no obstante cualesquiera constancias dejadas al recibir el dinero consignado.

Al **décimo-tercero o m)**: No es cierto que haya habido ruptura intempestiva del contrato de trabajo, sino que éste se dio por terminado en la forma prevista en él, mediante el uso de la cláusula de reserva. No es verdad tampoco que haya habido retención de salarios, prestaciones e indemnizaciones: el señor Gaviria se negó a recibir de la sociedad pero recibió del Juzgado. Luego no hubo retención sino compensación. Es inexacto —continúa la respuesta al libelo— que haya habido empeño por parte de la compañía en compensar la suma que adeudaba el señor Gaviria a la sociedad, por concepto de mutuo con interés, consignado en un pagaré, sino que el demandante aceptó ante el Gerente y ante uno de los miembros de la Junta Directiva de la Sociedad, que se le compensaran las deudas que tenía para con ésta, y por esto se le enviaron las notas G-803 y G-857 de junio 23 y julio 5 de 1954. Aclara que la compensación se hizo entre las sumas de la bonificación accidental por transporte de carga para el Ferrocarril del Magdalena y el citado pagaré y el préstamo de $ 500.00.

La sociedad se opuso a que se accediera a las peticiones del demandante, explicando las razones de su oposición y propuso las excepciones de pago, la de inexistencia de la acción y del derecho en cuanto a la pensión jubilatoria, y las de prescripción, compensación y genérica.

Fallo de primer grado.

Correspondiole conocer de la controversia al Juzgado Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, el cual hubo de dirimirla por providencia de 30 de noviembre de 1955, acto jurisdiccional en que se hicieron las siguientes declaraciones:

1º.—Se condenó a la Sociedad "Naviera Colombiana S. A." a pagarle al señor Francisco Gaviria R. la cantidad líquida de cinco mil cuatrocientos un pesos con sesenta centavos ($ 5.401.60) moneda corriente, resultante de los siguientes conceptos y deducciones:

1. Cesantía ....$	13.224.60
2. Salarios insolutos	613.28
3. Saldo comisión Ferromagdalena....	3.374.66
4. Vacaciones	3.450.00
5. Preaviso	3.450.00
TOTAL.....$	24.112.54

Menos abono judicial .....$ 18.710.94
Saldo líquido por pagar.....$ 5.401.60

2º.—Se absolvió a la Sociedad demandada de los demás cargos formulados en la demanda.

3º.—Se condenó en costas parciales a la parte demandada.

Segunda instancia.

Apelada por ambas partes la providencia anterior, y tramitado legalmente el recurso, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por su Sala Laboral, lo resolvió mediante sentencia proferida el 29 de abril de 1957, la cual modificó la del Juez a-quo y en su lugar dispuso:

"a). CONDENASE a la sociedad "NAVIERA COLOMBIANA S. A." a pagar a FRANCISCO GAVIRIA las siguientes sumas de dinero: I—La cantidad de $ 15.363.40, por concepto de auxilio de cesantía; II—La cantidad de $ 3.987.94, por concepto de salarios insolutos; III.—La cantidad de $ 3.450.00, por concepto de la compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas; IV.—La cantidad de $ 619.74, por concepto de prima de servicios.

"b) CONDENASE a la Sociedad "NAVIERA COLOMBIANA S. A.", a reconocer y pagar a FRANCISCO GAVIRIA, a partir del 29 de junio de 1958, la cantidad mensual de $ 450.00, a título de pensión mensual vitalicia de jubilación. "NAVIERA COLOMBIANA S. A.", podrá aplicar el valor total de cada una de las pensiones que mensualmente se vayan causando, al pago de las sumas recibidas por el actor, a título de liquidación definitiva del auxilio de cesantía, en las siguientes fechas: en noviembre de 1942, septiembre 30 de 1944 y junio 21 de 1947, así como también al pago de la suma que el trabajador recibirá, por el mismo concepto, de acuerdo con el presente fallo, pero esta última hasta completar $ 12.322.29, según la parte motiva de esta sentencia. Una vez que la Empresa se haya devuelto, en la forma mencionada, los valores expresados, deberá continuar pagando al demandante, en su totalidad, las pensiones mensuales que se sigan causando.

"c) AUTORIZASE a "NAVIERA COLOMBIANA S. A." para descontar del monto de las condenaciones anteriores, la cantidad de $ 18.710.94, que el demandante tiene recibida y la suma de $ 440.00 en que prospera la excepción de compensación, de acuerdo con la parte motiva del presente fallo.

"d) CONDENASE a "NAVIERA COLOMBIANA S. A." a pagar a FRANCISCO GAVIRIA, a título de indemnización por la mora, la cantidad de $ 76.66 diarios, a partir del día 30 de abril de 1954 y hasta tanto no cancele al actor el saldo insoluto de salarios y prestaciones que le adeuda.

"e) ABSUELVESE a "NAVIERA COLOMBIANA S. A." de los demás cargos formulados contra ella en el libelo de la demanda.

"f) CONDENASE a la parte demandada en el 75% de las costas en primera instancia.

"2º Sin costas".

La Casación.

Contra el proveído de segundo grado interpusieron ambas partes el recurso extraordinario de casación. Como éste fue concedido por el adquem, admitido por la Corte y tramitado legalmente, corresponde ahora decidirlo mediante el examen de las demandas y los correspondientes escritos de oposición, como en efecto va a hacerse, empezando por el estudio de la demanda presentada por el recurrente demandante.

El recurso del demadante-recurrente.

El apoderado del demandante pretende que sea parcialmente casada la sentencia, en sus literales a), d) y e), para que se eleven las condenas por cesantía, vacaciones y primas de servicios a las cantidades de $ 16.229.60, $ 4.121.82 y $ 748.03, respectivamente, y por indemnización moratoria a $ 91.59 diarios desde el 9 de abril de 1954 en adelante; para que se condene a $ 10.441.26 por indemnización del lucro cesante (presuntivo) o, en subsidio, al equivalente del preaviso omitido ($ 4.121.82) y para que se condene en abstracto a la indemnización de los demás perjuicios.

Formula doce cargos (de los cuales el 3º es subsidiario del 2º, el 5º lo es del 4º, el 7º del 6o., el 8o. de los cargos 6o. y 7o., y el 9º de los cargos 6º, 7º y 8º), que serán estudiados, si hubiere lugar a ello, en el orden seguido por el recurrente.

Primero.

A)—CESANTIA. La sentencia es impugnada como violatoria de los artículos 193, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, como consecuencia del evidente error de hecho consistente en dar por demostrado que el actor limitó a $ 15.363.40 el máximo de su aspiración por cesantía, por equivocada apreciación

de la demanda inicial. Como infracción de medio, violó además el artículo 50 del C. de P. L. por aplicación indebida y como consecuencia del mismo error.

El cargo es sustentado diciendo que el sentenciador liquidó correctamente la cesantía adeudada al actor en $ 16.229.60, pero agregó que tal suma no podría constituír el monto de la condena, ya que el actor fijó en la suma de $ 15.163.40 el máximo de su aspiración por cesantía. Dice que tal apreciación es contraria a la evidencia, porque en el libelo inicial (folio 2) se hizo una liquidación apenas aproximada y se pidió el pago de esa cantidad **"o la que resultare probada"**, sin ninguna limitación. Agrega que como el artículo 50 del C. de P. L. sólo faculta al Juez de primera instancia para condenar ultra-petita, partiendo del referido error el sentenciador se creyó inhibido para condenar al pago de la totalidad de la cesatía debida: infracción medio que condujo al **ad-quem** a una aplicación incompleta, y por ello indebida, de las normas reguladoras del pago de cesantía que el cargo invoca.

El opositor arguye que la afirmación del apoderado del actor es contraria a la realidad, puesto que "puede aceptarse que..... haya pedido una condenación total que asciende a $ 15.521.88, hechas las compensaciones del caso, por diversos conceptos, o la cantidad que resultare probada en juicio. Pero no puede aceptarse que la expresión "la que resultare probada", se refiere a la cantidad señalada, en forma precisa, por concepto de cesantía". De lo cual concluye que no se dan las violaciones indirectas afirmadas por el demandante-recurrente.

Se considera:

Dijo el sentenciador sobre este punto: "Esta suma (se refería a la cesantía de $ 16.229.60), no obstante, no podrá constituír el monto efectivo de la condenación por este aspecto, por la circunstancia de que el actor señaló en la cantidad de $ 15.363.40, el máximo de su aspiración por cesantía".

Habiendo sido apelada por ambas partes la sentencia del a-quo, y habiendo sido objeto de apelación por parte del actor, entre otros, el extremo correspondiente a cesantía, el interés jurídico del último por este aspecto se mantenía intacto desde el punto de vista de sus pretensiones y aspiraciones iniciales. De ello resulta que en segundo grado de jurisdicción se planteaba, más que un problema de **ultra o extra petita**, una cuestión de hecho acerca del verdadero alcance cuantitativo del **petitum** de la demanda en lo referente a la cesantía.

Cabe advertir que el actor concretó sus pretensiones a la suma de $ 15.521.88, "o la que resultare probada", suma que aparece como un total procedente de cantidades fijadas sobre cesantía, vacaciones, salarios, primas, lucro cesante, menos las comisiones pagadas y el abono judicial. Es natural que el término disyuntivo "o la que resultare probada" necesariamente se relacionaba con la modificación en el proceso en más o menos de cualquiera o cualesquiera de los sumandos, uno de los cuales era la cantidad por cesantía ($ 15.363.40), luego es por este aspecto equivocada la aseveración del ad-quem, de que sólo a esta cantidad hubo de limitar el actor su aspiración máxima por cesantía. Sería ilógico admitir la tesis, harto estrecha, de que cuando se pide un total expresado en cifras, o lo que resultare probado —en más o en menos— no se esté implícitamente haciendo relación a las variaciones de alza o baja que en el juicio puedan padecer los sumandos que producen ese total. Va envuelta en ello una verdad matemática: la de que el total, aumentado o disminuído, es necesariamente el resultado de los sumandos también elevados o rebajados. Luego si se deja subsidiariamente la puerta abierta para que aquél se modifique, es apenas natural que tal modificación sólo pueda proceder, en aritmética, del cambio o mutación cuantitativa de los últimos.

Es suficiente lo dicho para acoger la prosperidad del cargo.

Segundo.

B).—VACACIONES.—PRIMA DE SERVICIOS.

Acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 186, 189 y 192 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el artículo 127 ibídem, y 7 y 8º del Decreto 617 de 1954, por aplicación indebida.

Respalda el cargo argumentando que la sentencia dio por demostrado que el actor, entre el 17 de junio y el 11 de diciembre de 1953, recibió $ 5.374.66 a título de comisiones, además de su sueldo fijo de $ 2.300.00 mensuales. Agrega que conforme a la regla consignada en el artículo 192 del Código Sustantivo del Trabajo, con su reforma de 1954 (Decreto 617, artículo 8º), por tratarse de un salario variable ha debido tomar-

se "el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan" (las vacaciones) o se compensen; es decir, para el caso de autos, en el año comprendido entre el 9 de abril de 1953 y el 8 de abril de 1954. Al dividir por 12 —agrega—, esa cantidad de $ 5.374.66 devengados por el actor como salario variable resulta un promedio de $ 447.88, que sumado al último salario fijo (de $ 2.300.00) da un salario promedio total de $ 2.747.88, luego los tres años de vacaciones valen $ 4.121.82 (y no $ 3.450.00 que fue lo liquidado por el sentenciador en razón de tal concepto).

El opositor, en síntesis, rechaza los anteriores puntos de vista y dice que "el último año de vacaciones debe liquidarse con base en el sueldo de $ 2.300.00, suma que el actor devengaba en la época del retiro, y los años anteriores se liquidarán tomando como base el sueldo o sueldos devengados en los años respectivos, cuando el derecho se causó realmente. Lo contrario sería darle carácter retroactivo al Decreto 617 de 1954".

Examen del cargo:

Está demostrado en autos que el contrato de trabajo terminó el 8 de abril de 1954, es decir dentro de la vigencia del Decreto 617, que había entrado a regir desde el 26 de febrero de ese mismo año. Los artículos 7º y 8º de este último reformaron los artículos 189 y 192, respectivamente, del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de que la compensación en dinero de vacaciones causadas y no disfrutadas debe hacerse sobre la base del último salario devengado, y que cuando el salario fuere variable, las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se conceden, y, por extensión analógica, en que se compensen.

Era, pues, de rigor, que el sentenciador aplicase las hipótesis del decreto preindicado al caso sub-lite, y que habiendo deducido, como dedujo, un salario variable durante el último año, debiera haber tomado su promedio para la compensación correspondiente. Tal solución no implica en manera alguna darle efecto retroactivo a la ley —como dice el opositor—, puesto que la doctrina legal del artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo es clara sobre manera en punto a regular la situación sub-judice. En efecto: el precitado texto consagra que las normas de trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato y por tanto se aplican o se incorporan a los contratos de trabajo vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, mas no son retroactivas, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a las leyes anteriores.

Es el caso que, en materia de compensación por vacaciones cuyo verdadero lapso causal las partes discuten —y que será estudiado en su oportunidad— existía una situación pendiente, aún no definida, ni resuelta, ni consumada conforme a legislación procedente, a la cual era menester aplicarle la ley coetánea al momento de su resolución o consumación. Y está visto cómo esa ley laboral en este punto es el Decreto 617 de 1954, cuyos artículos 7º y 8º se consideran infringidos, y consiguientemente los artículos 189 y 192 del Código del Trabajo a los cuales aquéllos reforman.

Estas razones serían suficientes para considerar atendible el cargo, más carece de eficacia práctica debido a que —como se ve más adelante— prospera la acusación del demandado recurrente por estar demostrado que el empleado disfrutó de las vacaciones, cuya compensación en dinero —no obstante su goce efectivo— fue equivocadamente ordenada por el juzgador de segunda instancia. (Ver tercer cargo del recurso de la sociedad demandada). Lo anterior releva a la Sala de estudiar el tercer cargo del presente recurso, propuesto en forma subsidiaria, pues su análisis llevaría a las mismas conclusiones. Esto es, se consideraría atendible, pero su prosperidad carecería de eficacia práctica por las razones antes anotadas.

Cuarto.

Acusa la sentencia por violación del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 127 ibídem, por aplicación indebida. Como en el caso de las vacaciones —dice el recurrente— la sentencia da por demostrado un último salario promedio de $ 447.88 mensuales por comisiones, mas no lo toma en cuenta para la liquidación de la prima de servicios. Si hubiera sido liquidada tomando en cuenta esta cantidad, la prima habría valido $ 748.03; y al liquidar apenas la suma de $ 619.74 por este concepto, el sentenciador aplica de modo incompleto, y por tanto indebido, el artículo 306 del Código del Trabajo.

Examen:

La prima a que se hace referencia fue la correspondiente al período comprendido entre el 1º

de enero de 1954 y el 8 de abril del mismo año, fecha de la terminación del contrato, o sea un lapso de tres meses y ocho días. Después de intensas discusiones doctrinarias en torno a si para la liquidación de la prima debe tomarse el salario fijo o el promedio, no cabe duda de que es este último el que juega en tal liquidación. Pero es obvio que para ello deba tomarse el salario promedio del respectivo período semestral o del lapso mayor a tres meses conforme a las voces del artículo 306 citado, mas no el de otros períodos anteriores.

En el caso sub-lite se halla que durante el término de la prima liquidable (3 meses y 8 días), sólo obraba un salario fijo de $ 2.300.00 y ninguna otra sobre-remuneración distinta.

Esa sobre-remuneración, como lo indican los autos, y que correspondía a las comisiones por el transporte de carga para el Ferrocarril del río Magdalena, se causó en un lapso anterior, exactamente el comprendido entre el 17 de junio y el 11 de diciembre de 1953, luego debía obrar para la liquidación de la prima del primero y segundo semestres de 1953, mas no para la del primer semestre —o el lapso computable de 3 meses y 8 días del año de 1954, durante el cual no hubo variación de salario.

Estas consideraciones son suficientes para rechazar el cargo, y para tener como realizada conforme a derecho la liquidación de la prima efectuada por el ad-quem con base en el salario de $ 2.300.00 que era el correspondiente al lapso liquidable.

Quinto.

Es propuesto en subsidio del anterior, y está planteado en el sentido de impugnar la sentencia por violación indirecta del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 127 ibídem, como consecuencia de no dar por demostrado, estándolo, que el actor devengó en el último año de servicios $ 5.374.66 como salarios variables, además de su sueldo fijo mensual, error evidente de hecho que fue ocasionado por falta de apreciación de la confesión del gerente de la demandada en posiciones, de las cartas de folios 87, 87v, 89 y 90 y de la constancia en el acta de inspección ocular.

Respalda el cargo afirmando que las pruebas singularizadas no dejan la menor duda acerca del hecho de las comisiones devengadas por el actor; y si se observa que el sentenciador, para efectos de la prima de servicios, no dio por demostrado ese hecho que aceptó para la cesantía, se deduce la aplicación incompleta del artículo 306 antes citado como consecuencia de tal error.

Se estudia el cargo:

Exactamente las mismas consideraciones hechas para rechazar el cargo anterior caben para sustentar el rechazo del presente.

La Sala no encuentra que el sentenciador hubiera dejado de apreciar las pruebas enunciadas por el apoderado del demandante, ni halla que —por tal razón— aquél hubiera incurrido en ostensible error de hecho por tal extremo. Lo que ocurre es que como ya se dijo, el salario base para la liquidación de la prima es el correspondiente al período liquidable y no a otro u otros anteriores; es decir, que en el presente caso ese salario era de $ 2.300.00 —que fue el tomado por el ad-quem— mas no el salario promedio —fijo más bonificaciones— que correspondía a lapsos anteriores.

En tal virtud ,no prospera este cargo.

Sexto:

C).—PRESUNTIVO O PREAVISO. — Acusa la sentencia por ser violatoria del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo y del artícuo 1º del Decreto 616 de 1954, por aplicación indebida, en relación con el 43 del mismo Código, que no aplicó; y como consecuencia de esa infracción, falta de aplicación del artículo 64 del mismo, en relación con los artículos 47 y 49 ibídem. A ello llegó el sentenciador por equivocada apreciación del contrato escrito que obra a folio 49, que lo indujo al evidente error de derecho de tener por demostrada la estipulación sobre cláusula de reserva sin que aparezca la prueba solemne requerida y al no menos evidente error de hecho de dar por establecido, sin estar lo que las partes acordaron por escrito la reforma de la cláusula tercera del citado contrato, bajo el imperio del Decreto 616 de 1954, en el sentido de ampliar el término pactado para el preaviso hasta 45 días.

En el desarrollo del cargo manifiesta el recurrente que el sentenciador estudia si el despido operado en virtud de la carta del folio 40, en la que se invoca la cláusula de reserva, se hizo utilizando en forma correcta y legal dicha estipulación. Pero da por demostrado, sin ningún análisis —añade— que entre las partes existía válidamente la estipulación sobre preaviso.

Argumenta que conforme al artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, no reformado en este punto por el Decreto 616 de 1954, la única prueba admisible de la existencia de la aludida estipulación es la del contrato **escrito**, de duración **indeterminada**, en que conste que las partes se reservaron la facultad de extinguir unilateralmente el vínculo mediante un preaviso **no inferior** (desde el 26 de febrero de 1954) a 45 días. (Los textos subrayados son del recurrente). En el contrato del folio 49 aparece realmente esa estipulación, pero en relación con un preaviso "no inferior al período que regule el pago de la remuneración" (Cláusula III). Dicha estipulación —dice— era válida cuando se pactó, en 1º de junio de 1952, pero dejó de serlo desde que entró a regir el Decreto 616 de 1954, porque así lo ordena el artículo 43 del C. S. del T.

Por lo cual —concluye— al dar por demostrado un hecho que requiere prueba solemne, sin que aparezca esa prueba, el sentenciador incurrió en error de derecho; y al atribuír a los contratantes la voluntad de acomodar aquel contrato de 1952 a las exigencias del Decreto 616 de 1954, sin que ello esté demostrado, incurrió en error de hecho. Tales errores llevaron al sentenciador a aplicar el artículo 48 del Código, no siendo pertinente, y como consecuencia, a dejar de aplicar el artículo 64 del mismo, que ordena el pago del lucro cesante equivalente al tiempo que faltare para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato (de seis en seis meses, según los artículos 47 y 49 ibídem), ya que la ruptura operada mediante la invocación de una facultad inexistente tuvo que ser ilegal.

Expresa el opositor que no hay error de derecho porque existe un contrato escrito, es decir, la prueba solemne exigida por la ley para que pueda pactarse la cláusula de reserva. Ni tampoco hay error de hecho —añade—, ya que las nuevas normas sobre el trabajo son aplicables inmediatamente a los contratos laborales que se hallen en vigencia, máxime cuando tales disposiciones son más favorables al trabajador, como en el caso presente. Afirmado lo cual concluye que no era necesario, por ende, que las partes firmaran un nuevo contrato para ajustarse a lo dispuesto por el Decreto 616 de 1954, puesto que el contrato fue modificado inmediatamente por la norma legal citada.

Examen del cargo:

El contrato regulador de la relación laboral objeto del sub-lite fue escrito, y a folio 49 aparece el texto del mismo, sin que se le hayan formulado en instancia reparos de ninguna clase por cuanto se ajusta en todo a la ley, y fue regularmente aducido como prueba. En la cláusula tercera de dicho contrato —que fue celebrado el 1º de junio de 1952 en Medellín— se establece: "El presente contrato es de duración indeterminada, y cualquiera de las partes puede hacerlo cesar dando aviso por escrito a la otra, con anterioridad no inferior al período que regule el pago de la remuneración. El patrono podrá prescindir del preaviso pagando al trabajador el salario correspondiente al mismo período...."

La anterior estipulación, que se conoce con el nombre de "cláusula de reserva", resultaba completamente válida al tiempo de celebrarse el contrato a la luz de lo preceptuado por el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, cuyo tenor literal la previó con la sola condición de que, como en el presente caso, se hiciera constar por escrito (en el mismo contrato o en reglamento de trabajo), para contratos que, como éste, fueran de duración indeterminada.

Dicho precepto fue modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo número 616 de 1954, el cual entró a regir el 26 de febrero de dicho año, e introdujo dos reformas así: 1) Amplió a 45 días el término del desahucio y preaviso, del cual podría prescindir el patrono pagando al trabajador los salarios correspondientes a ese mismo lapso de 45 días, y 2) Propuso que dicha cláusula de reserva sólo sería válida en el caso de que se estipulara expresamente por escrito en el contrato (ya no en el reglamento de trabajo).

Un paso fundamental en la dilucidación del problema planteado es el conducente a establecer, conforme a derecho, cómo quedaba esa reserva inicialmente pactada bajo las condiciones de la ley vigente y que consagraba un término de preaviso o desahucio equivalente al período de los pagos, frente a la ley laboral posterior que introdujo condiciones de ampliación a 45 días de ese mismo término, a efecto de concretar si se producía una nulidad de aquella primitiva cláusula, si era menester que las partes volvieran a convenirla y consignarla dentro del contrato en los términos del nuevo mandato legal, o si, finalmente, la nueva disposición legal obraba de plano sobre el contrato vigente, en el sentido de incorporar "ipso jure" la ampliación de 45 días a los contratos en curso en que se hubiera consagrado una reserva de inferior período temporal.

La Corte acoge la última posición enunciada, en razón de las consideraciones siguientes:

1º.—El artículo 16 del estatuto laboral —que antes se citó— dice: "Las normas sobre trabajo, por ser de orden público, producen efecto general inmediato, por lo cual se aplican también a los contratos de trabajo que estén vigentes o en curso en el momento en que dichas normas empiecen a regir, pero no tienen efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores".

Es tan expreso y tan claro el precepto anterior para la regulación del asunto de autos, que no ofrece ni la más mínima sombra de dudas acerca de que, en el presente caso y otros similares, hubo por ministerio de la ley una incorporación de pleno derecho de la ley nueva, en lo atinente a la cláusula de reserva, dentro de los contratos que estuvieran vigentes en el momento en que se expidió el mandato, y por lo tanto hubo una ampliación automática a 45 días del término de desahucio para los contratos que consagraren un plazo inferior. Tal es el "efecto general inmediato" que se le atribuye a la norma legal del trabajo, sin que pueda argüirse retroactividad de la misma por cuanto no afectaba situaciones consumadas o definidas o resueltas conforme a leyes anteriores.

2º.—En el presente caso, el contrato de trabajo de que aquí se trata estaba vigente y en curso en el momento en que el Decreto 616 de 1954 entró a regir, (en 26 de febrero de 1954).

3º.—Siendo como es la legislación social eminentemente tutelar de los derechos de los trabajadores, y habida cuenta de que el artículo 1º del Decreto 616 es, en términos generales, más favorable a aquéllos, no cabe duda de que era la norma aplicable en los términos del artículo 21 del C. S. del T.

No encuentra la Sala, por tanto, que se haya configurado el error de derecho ni el error de hecho a que se refiere el impugnador, puesto que obraba la cláusula de reserva en debida forma, por escrito, y ampliada por ministerio de la ley, como antes se vio, y por ello no aparecen configuradas las pretendidas violaciones indirectas que al fallo se le atribuyen, por lo cual no prospera el cargo.

Séptimo.

Se presenta como subsidiario del anterior. En él se acusa la sentencia como violatoria del artículo 48 del C. S. del T., (como quedó reformado por el artículo 1º del Decreto 616|54), por aplicación indebida, y consecuencialmente el 64 ibídem, por falta de aplicación, en relación con los artículos 47 y 49 del mismo Código.

Dice el cargo que a estas infracciones llegó el sentenciador por equivocada apreciación de la nota de despido de folio 40, del contrato de folio 49, de las posiciones absueltas por ambos litigantes, de la demanda y su contestación, de la inspección ocular, de la liquidación de folio 207, de las cartas de folios 87, 87 v. 89 y 90, y de las copias de folios 95 y 96, 133 a 135, y por falta de apreciación del memorial visible en copia a folios 43 y 44: lo cual condujo al error evidente de hecho de dar por demostrado, sin estarlo, que hubo pago previo o consignación legal y oportuna de lo que la demandada debía al actor por salarios, prestaciones y preaviso omitido, y de no dar por demostrado, estándolo, que el lugar convenido para el pago de los salarios era Bogotá, con lo cual violó también, por falta de aplicación, el artículo 57, ordinal 4º, del C. S. del T.

El impugnador fundamenta el cargo expresando que si se admite que el Decreto 616 de 1954 modificó automáticamente "las cláusulas de reserva" estipuladas conforme a la legislación anterior, sin necesidad de que los contratantes hubieran estipulado nuevamente la cláusula de reserva a las exigencias de tal Decreto, para su ejercicio legítimo no basta que el patrono ofrezca pagar en el momento del despido, sino que pague o consigne en ese mismo momento, lo que adeude por salarios, prestaciones y preaviso omitido. No ocurrió así en el presente caso, prosigue el recurrente. La carta de folio 40 es una simple oferta de pago; y la consignación judicial no se hizo en Bogotá, sino en Medellín, o sea en lugar distinto de aquél que se convino para el pago de los salarios, es decir en un lugar inadecuado; no se hizo inmediatamente sino veinte días después del despido; ni fue completa, sino notoriamente inferior a la suma debida y aún a la que la empresa confesaba deber. Dice que todo esto es ostensible con sólo verificar la contestación de la demanda, la inspección ocular, las cartas de folios 87 a 90 y los memoriales sobre consignación.

Remata diciendo que, por ende, la aplicación indebida del artículo 48 al caso de autos, no regido por él, condujo a dejar de aplicar el artículo 64 del Código sobre indemnización de lucro cesante, en relación con los artículos 47 y 49 ibídem que establecen la presunción del plazo semestral de los contratos de duración indefinida.

Dice el opositor —en contra de las apreciacio-

nes del recurrente— que la empresa puso a disposición del trabajador el dinero que le adeudaba por concepto de salarios, prestaciones y preaviso, desde el mismo día de la terminación del contrato. Agrega que mal podría haberse precipitado a depositar esa suma en el Juzgado, sin saber aún la inconformidad del trabajador. Pero que una vez el patrono fue sabedor del desacuerdo del trabajador, hizo la consignación correspondiente. Aclara que el señor Gaviria fue trasladado a Medellín válidamente, de acuerdo con las cláusulas del contrato. Agrega que al terminarse la relación de trabajo el 8 de abril de 1954, el trabajador prestaba sus servicios a la empresa en Medellín y no en Bogotá, y por ello a partir del traslado el pago de los salarios debía hacerse en aquella ciudad.

Examen:

Cita el recurrente como mal apreciadas numerosas pruebas cuyo análisis será realizado por la Sala. Ya se vio cómo el Decreto 616 de 1954 implicaba la reforma automática de la cláusula de reserva de los contratos en curso —uno de ellos el del caso sub-judice— y cómo, en tal virtud, la empresa demandada estaba en capacidad jurídica de utilizar la reserva ampliada a los 45 días, con lo cual no encuentra la Sala que el sentenciador hubiera desestimado la nota de folio 40, sobre terminación del contrato con prescindencia del preaviso y pago de los salarios correspondientes al nuevo lapso legal.

Es menester observar igualmente que el contrato de trabajo, aducido legalmente al proceso, consagra en el literal b) de la cláusula 1ª que:

"El servicio antedicho lo prestará (el trabajador) en Bogotá donde ha sido contratado pero se compromete a aceptar cualquier otro empleo u oficio a donde lo promueva el patrono dentro de sus dependencias, sea en Bogotá o en cualquier otro lugar y que el trabajador sea capaz de desempeñar, siempre que el cambio no implique desmejora de la remuneración ni de la categoría del trabajador"

Lo cual implica una clara disponibilidad del trabajador por parte de la empresa, dentro de los límites de iguales condiciones y con la natural restricción de no desmejora de la remuneración y categoría de aquél, siempre y cuando el empleado tuviere las aptitudes físicas e intelectuales adecuadas al desempeño de otro cargo, en otro lugar. Ello indica que, el simple traslado a Medellín del trabajador Gaviria, "mientras se le resuelva su situación en la compañía" (Nota del folio 41), y la orden de que don Bernardo Montoya recibiría la oficina y permanecería al frente de ella durante el tiempo que pudiera durar la solución del caso de Gaviria (idem), eran decisiones que estaban comprendidas dentro del marco jurídico contractual de la demandada, y —aún más— que fueron entendidas así por el propio señor Gaviria, cuyo acatamiento a tales decisiones aparece comprobado por el cablegrama que obra a folio 48, en que anuncia la entrega de la oficina y ofrece viajar a Medellín una vez que dicha entrega termine. En consecuencia, no aparece, por ello en qué aspecto pueda haber sido indebidamente valorada la prueba del folio 49 (o sea del contrato en lo que aquí es pertinente) por el sentenciador, puesto que ya se vio que el patrono tenía la facultad expresa de realizar con el trabajador un cambio de los términos de lugar y cargo —dentro de las limitaciones aludidas— y que en ejercicio de tal facultad provocó el viaje a Medellín del señor Gaviria.

Otro tanto cabe afirmar de las posiciones absueltas por las partes (demandante folios 65 a 69, y representante de la demandada folios 152 a 154), que la Sala ha estudiado cuidadosamente. En el punto 1º del pliego absuelto por el demandante ratifica el contenido del cablegrama precitado; en el punto 2º reconoce que "sí es cierto" que, el 8 de abril de 1954, en Medellín, se le puso en sus manos la carta del folio 40 en que el patrono hacía valer la cláusula de reserva ampliada a 45 días por ministerio de la ley, y se daba por terminado el contrato, pero aclara "que la cancelación del contrato de trabajo o más bien dicho la destitución se efectuó días antes", cuando por medio de una comunicación se le ordenaba entregar la oficina en Bogotá al señor Bernardo Montoya. Al punto 4º responde ser cierto que desde la fecha de la terminación del contrato se le entregó una liquidación de prestaciones "sin firma" y que hubo de manifestar que por no hallarse al corriente de la legislación social vigente, pasaría dicha liquidación a su abogado para que la revisara y para que contestara directamente lo que fuera conducente. En el punto 8º reconoce haber recibido por conducto del Juzgado Primero del Trabajo de Medellín una suma "caprichosa" que se le había liquidado por la empresa como prestaciones, y que había dejado la constancia de que se reservaba el derecho de reclamar por el faltante. Y en los puntos 6º, 15º y 17º niega que en presencia de los señores Alfonso Restrepo y Jaime Moreno, hubiera

autorizado al Gerente compensación alguna respecto de sus prestaciones. La absolución del punto 6º reza así: "No es cierto y aclaro que estando en las Oficinas de Naviera Colombiana pero sin estar presente uno de los señores que cita, el señor Restrepo Alfonso, ofrecí en forma espontánea cancelarles el pagaré que les adeudaba, una vez que me fueran liquidadas y cubiertas las presaciones sociales a plena satisfacción.

Las posiciones absueltas por el doctor Hernán Mora, Gerente de la demandada, indican que la decisión de dar por terminado el contrato se produjo en reunión de la Junta efectuada el día anterior a la entrega de la carta al señor Gaviria (punto 11); que al entregarle a éste la nota de terminación del contrato le expresó que las prestaciones que la Sociedad creía adeudarle y el dinero por concepto de preaviso estaban a su "disposición inmediata" en la Caja de la Empresa, bien de Medellín o de Bogotá; que le advirtió se tomara un tiempo prudencial para estudiar la liquidación, y que Gaviria manifestó que antes de su regreso a Bogotá haría saber sus observaciones (punto 12); que el señor Gaviria no formuló las observaciones prometidas y que sólo en fecha más o menos cercana al 26 de abril de 1954, recibió una carta suscrita por el doctor Adán Arriaga Andrade en que éste, como apoderado del señor Gaviria, no aceptaba la liquidación por considerar que lo debido era mucho mayor, ante lo cual los directores estimaron prudente proceder a consignar la suma que la compañía creía deber (punto 13); el absolvente reconoce ser cierto que el pago de los salarios le era hecho a Gaviria en Bogotá, que posteriormente a la consignación de $ 18.710.94, la Sociedad no hizo ninguna otra (puntos 14 y 15), y manifiesta no tener conocimiento de que en correspondencia cruzada con el abogado del actor, en los meses de abril y mayo de 1954, hubiera reconocido que las deudas laborales de la Empresa a Gaviria fueran superiores a la suma consignada; a este respecto se expresa textualmente: "Seguramente alguna o algunas de las frases de mis cartas han sido mal interpretadas pues me ratifico en que la liquidación efectuada por los abogados de la empresa es perfectamente justa y ceñida a todas las disposiciones legales". En cuanto a la demanda y su contestación, el recurrente no señala los hechos que en virtud de la respuesta hubieran tenido el valor de confesión, y respecto de los cuales hubiera podido configurarse la equivocada apreciación

La inspección ocular fue realizada por el Juez Cuarto del Trabajo de Medellín, como comisionado, en las oficinas de la Compañía "Naviera Colombiana S. A." en dicha ciudad. En ella se sacó copia del pagaré por $ 4.000.00 a cargo del demandante y a favor de la demandada y de los abonos que aquél hizo a ésta y que fueron extractados del libro "cuentas por cobrar"; igualmente se estableció en ella el valor total de los fletes pagados por el Ferrocarril del río Magdalena, cuya cuantía asciende a la suma de $ 214.968.51, y que fueron liquidados durante el período comprendido entre el 17 de junio y el 11 de diciembre de 1953, y se comprobó —con la transcripción del acta número 503 de la Junta Directiva— que la comisión especial acordada por este concepto con don Francisco Gaviria fue del 2½%. Así mismo se establecieron los diferentes salarios devengados por el actor durante la relación de trabajo.

La liquidación del folio 207 por un total de $ 13.934.39, fue la inicialmente realizada por la empresa y entregada al trabajador para que éste formulara sus observaciones —según asevera el gerente— y respecto de la cual Gaviria dijo que las formularía previo consejo de su abogado.

Las cartas de los folios 87v., 89 y 90 que son piezas de correspondencia cruzada entre la empresa y el abogado del señor Gaviria dentro de un intento de conciliación y arreglo directo, constituyen un desarrollo del planteamiento inicial del asunto, pues ya se vio que la empresa entregó al actor el 8 de abril de 1954, fecha de la terminación del contrato, una liquidación susceptible de estudio previo por parte de éste, en los términos que atrás se indican según las posiciones absueltas por las partes; (más adelante habrá ocasión de examinar estas pruebas, desde el punto de vista de la validez misma de la consignación efectuada por la empresa). La copia de los folios 95 y 96 corresponde al texto del memorial de consignación por parte de la empresa, de la suma de $ 18.710.94, hecha ante el Juzgado Quinto del Trabajo de Medellín y repartido al Juzgado Primero de ese mismo círculo. Se produjo dicha consignación el 26 de abril de 1954, cuando —según el consignante— la empresa recibió desde Bogotá una nota, suscrita por el abogado del actor, en la cual manifestaba la inconformidad de éste con la liquidación que se le hizo. Y, finalmente, a folios 43 y 44 aparece la copia del memorial suscrito por el señor Francisco Gaviria, —que el recurrente dijo fue inapreciado— mediante el cual reclama el valor del depósito referido, con la constancia expresa de que se reserva los derechos que la ley le otorga y que "la

presente solicitud y el recibo de la aludida consignación no implican ni aceptación por mi parte de la cancelación del contrato de trabajo, ni conformidad con los datos de la liquidación, ni renuncia de los salarios, prestaciones o indemnizaciones de toda clase que la mencionada empresa me adeuda.... ni conformidad con el lugar en donde se ha hecho la consignación", ni renuncia a las indemnizaciones por mora y por traslado de Bogotá a Medellín para retirar el depósito hecho por el patrono.

La Corte ha hecho un severísimo análisis acerca de la aptitud sustancial del cargo, en punto a establecer de qué manera fueron mal apreciadas o desestimadas por el ad-quem las pruebas enunciadas por el recurrente, para poder desentrañar el error de hecho evidente que al proveimiento recurrido se le atribuye, sin que le haya sido dado descubrir tal error.

La tesis sustentada por el apoderado del actor sugiere que el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo (reformado por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954) exige que el preaviso o desahucio, efectivo o compensado en dinero, sólo procede "previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar"; y que como en el sub-lite sólo hubo una **oferta** de pago por estos conceptos, más no una cancelación efectiva de los mismos, no era procedente aquel desahucio o, mejor, es inválida y sin ningún efecto la aplicación de la "cláusula de reserva" y debe estarse a lo preceptuado por el artículo 64 ibídem sobre la ruptura unilateral e ilegal del contrato.

La anterior argumentación va dirigida a demostrar que no habiendo operado la cláusula de reserva para la terminación legal del contrato, por la ausencia de previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones, es de rigor aplicar el artículo 64 sobre lucro cesante. Ello conduciría a establecer una colisión radical entre dos instituciones del Código del Trabajo, a saber: la cláusula de reserva del artículo 48 reformado como antes se dijo, y la consignación establecida por el artículo 65, inciso 2º en caso de desacuerdo. El mismo recurrente parece resolver la aparente oposición con desmedro de la segunda, considerándola como absolutamente inoperante cuando quiera que obra la primera, pues su tesis significaría que en el evento de ser aplicada la "cláusula de reserva", debería preceder una cancelación material, efectiva, real, de todas las prestaciones e indemnizaciones etc. y que por ello no cabe aplicar —en tal evento— las hipótesis del ordinal 2º del artículo 65. **Concluye tácitamente en que, caso de no anteceder tal cancelación, pero aún en el de que anteceda la situación preventiva del artículo 65 en su segundo ordinal, la cláusula de reserva pierde validez y obra el artículo 64 del estatuto laboral.** (Subraya la Sala).

La Corte entiende que estas dos instituciones, antes que excluírse, se complementan y armonizan. La una rige autonómamente la terminación del contrato y la otra regula, independientemente, los efectos de esa terminación en la eventualidad de que no hubiere acuerdo entre las partes respecto de la obligación o del monto de las prestaciones. En tal virtud —y para la inteligencia armónica de los dos preceptos— debe entenderse que la previa cancelación de las deudas, prestaciones etc., equivale a la manifestación expresa de la voluntad patronal de hacer el pago inmediato y entraña la existencia de actos positivos que indiquen ánimo de querer realizar efectiva e inmediatamente esa voluntad de pago, de lo cual pueden surgir dos situaciones:

a) Que el pago efectivamente se realice por existir completo acuerdo entre las partes, o,

b) Que aquellos actos positivos que indican ánimo de pagar se vean detenidos o frustrados en el logro de su objeto por el desacuerdo de las partes sobre el monto de la obligación.

La primera situación —aplicable con o sin cláusula de reserva— es la regla general: quiere la ley que una vez terminado el contrato el patrono satisfaga plenamente las prestaciones laborales. La segunda situación —aplicable igualmente con o sin cláusula de reserva— es la excepción legal, se regula conforme al ordinal 2º del artículo 65, y corresponde a una suprema razón de equidad consagrada por el legislador para impedir que el hermetismo cronológico exigido para el pago de prestaciones resulte a la postre lesivo de los intereses de las partes patronal o laboral en el evento de duda justificada acerca de la existencia de la obligación o del monto de ésta.

Es natural que la eficacia de la consignación pueda ser discutible y que aún pueda resultar nugatoria; pero los efectos de tal resultado son los que la ley propone y no otros. Saca en claro, pues, la Corte, que los artículos 48 y 65, ordinal 2º, no se destruyen recíprocamente sino que se complementan y que las dos instituciones por ellos consagradas pueden coexistir, como en efecto coexisten en el sub-judice. El punto modular del problema radica en el hecho, suficientemente

probado, y debidamente apreciado por el sentenciador, de que la empresa no hizo una simple oferta de pago sino que realizó actos que indican ánimo de pagar real y efectivamente las prestaciones al actor, al terminarse el contrato. Que entre aquella y éste hubo expresa concordancia de criterio en cuanto a que el último podría examinar la liquidación y formular sus reparos, y que la primera procedió a consignar lo que dice creía deber cuando se produjo manifiestamente el desacuerdo.

Ante tales antecedentes de facto la cuestión de si la consignación es valedera o no, en nada modifica la eficaz utilización de la cláusula de reserva, ni presta mérito jurídico para que, desconociéndose ésta, se derive a la aplicación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo como lo pretende el recurrente,. Puede ocurrir que la consignación sea irregular —cosa que igualmente alega— pero los efectos jurídicos de tal irregularidad son otros muy distintos a los de la ruptura unilateral e ilegal del contrato.

En virtud de las consideraciones anteriores, y por no haber hallado la Corte configuración de error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas por parte del ad-quem, no prospera el cargo.

Octavo:

Se formula como subsidiario de los dos anteriores.

Acusa la sentencia como violatoria del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida, en relación con el 57, ordinal 4º, que se dejó de aplicar, y consecuencial violación del artículo 64 ibídem, en relación con los artículos 47 y 49, de la misma obra por falta de aplicación.

Dice el impugnador de la sentencia que al estudiar la súplica referente a "salarios caídos", el sentenciador da por demostrado que el lugar convenido para el pago de los salarios fue Bogotá, y no Medellín; que, por ello, para que la consignación judicial fuera válida, ha debido hacerse en Bogotá y no en Medellín, que fue en donde la hizo la Empresa. Pero —arguye— se abstiene el sentenciador de sacar las consecuencias condenatorias que emanan ineludiblemente de esos hechos, so pretexto de que su decisión se profiere "por vía de doctrina".

Esto es, sencillamente —afirma el recurrente— una rebeldía contra la norma imperativa, entendida rectamente pero dejada de aplicar; es decir, una infracción directa del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con el 57, ordinal 4º, del mismo, porque independientemente de las cuestiones de hecho se da por bien efectuada la consignación judicial allí prevista, a sabiendas de que se realizó en un lugar distinto del ordenado por la ley. Lo cual llevó al sentenciador a dejar de aplicar el artículo 64, respecto de la indemnización del lucro cesante causado por aquella ruptura ilegal del contrato de trabajo.

El opositor replica que no es cierto que el Tribunal dé por demostrado que el lugar convenido para el pagó de los salarios haya sido Bogotá y no Medellín. Lo que ocurre —agrega— es que el Tribunal, por vía de doctrina, en abstracto, considera que "la consignación debe efectuarse en el sitio convenido para el pago de los salarios....", pero en ningún momento da por probado que en el caso sub-judice el lugar para el pago de los salarios fuera Bogotá y no Medellín.

Se estudia el cargo:

En el análisis del cargo anterior la Corte consideró que pueden coexistir las instituciones consagradas por los artículos 48 y 65, ordinal 2º del Código Laboral. Conceptuó así mismo que dichas instituciones son autónomas, que cada una opera dentro de su respectivo ámbito jurídico y produce sus efectos propios, no siendo por ello adecuado aducir que se opongan entre sí para generar —como se pretende— el encuadramiento de la situación de hecho concreta dentro de la hipótesis del artículo 64 del C. S. del T.

Es por ello por lo que no puede considerarse nugatorio el uso de la cláusula de reserva, si su utilización fue legítima y conforme a derecho, por la circunstancia de que la consignación judicial de lo creído deber presente irregularidades; la utilización legítima de dicha cláusula produce la ruptura del contrato en debida forma, en tanto que una consignación irregular podría no producir en bien del patrono la exoneración de la indemnización moratoria. Como tanto se ha repetido se trata de dos instituciones de derecho perfectamente armonizables, y de efectos distintos.

La Sala observa que el sentenciador, "por vía de doctrina", sentó la tesis de que la consignación debe hacerse en el sitio convenido para el pago de los salarios. A ello cabe observar que la jurisdicción no es doctrinante; sus consideraciones y decisiones constituyen jurisprudencia, que no doctrina, pues que ésta es el conjunto teorético de

los estudiosos y tratadistas del derecho acerca de aspectos generales o concretos de los principios jurídicos o de la ley positiva. Es por tanto ineficaz, desde el punto de vista del resultado del proveimiento, la aseveración de que sólo "por vía de doctrina" se formula un enunciado jurídico.

No es procedente, por tanto, tratar de plantear un antagonismo entre la sentencia y la ley cuando lo que ha hecho el fallador es destacar, según apreciación simplemente doctrinaria, e inhibiéndose expresamente de aplicarla al caso sub-lite, una oposición entre un hecho concreto y la doctrina.

Aún más: el hecho de que la doctrina sostenga que la consignación judicial sólo es válida si se hace en el lugar convenido para el pago de los salarios, en presencia del hecho de que la consignación se hizo en lugar distinto, podría desembocar en que la consignación fue irregular, dentro de la hipótesis de que el juzgador incorporase aquella doctrina dentró del contenido del mandato legal, por vía de interpretación jurisprudencial, y, en tal evento, emitiese la consiguiente decisión. Mas ya se ha visto cómo los efectos jurídicos de una consignación irregular son bienes diversos a los de la cláusula de reserva por cuanto las dos instituciones conservan su propia esfera de acción jurídica y producen efectos distintos.

No encuentra, por tanto, la Corte, que se hayan perpetrado las violaciones que se afirman, por lo cual no prospera el cargo.

Noveno:

Viene como subsidiario de los cargos 6º, 7º y 8º. Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 48 del C. S. del T. (1º del Decreto 616 de 1954) por falta de aplicación.

Está respaldado con la siguiente argumentación: aún en el supuesto de que entre las partes hubiera habido una estipulación válida sobre cláusula de reserva, y de que el pago de los salarios y prestaciones hubiera sido previo, y de que la consignación hubiera sido hecha en el lugar debido, etc., subsistiría la causa para una condenación incuestionable: la del valor de los salarios correspondientes a los 45 días del preaviso omitido. Agrega que aunque el sentenciador prometió confirmar la sentencia del a-quo respecto de esta condena, lo cierto es que olvidó cumplir esta promesa en la parte resolutiva de la sentencia.

El opositor sostiene que el recurrente está equivocado, ya que en el renglón correspondiente a salarios insolutos, el Tribunal incluyó el valor de los 45 días.

Se considera:

La Corte encuentra que es procedente el cargo y que carece de exactitud la aseveración del opositor. En efecto: el renglón de salarios insolutos de la parte resolutiva de la sentencia trae —como condena, anunciada pero no efectuada por el ad-quem.

tidades de $ 3.374.66 (por concepto de comisiones en el contrato del Ferrocarril del Magdalena) y $ 613.28 (por concepto de salarios correspondientes a los ocho primeros días de abril de 1954). Mas no aparece que en tal cantidad se incluya el valor de los 45 días de preaviso omitido que, efectivamente, es materia incuestionable de la condena, anunciada pero no efectuada por el ad-quem.

En razón de la prosperidad del cargo, la Corte anuncia que, en su oportunidad, y asumiendo el carácter de Tribunal de instancia, habrá de reformar, adicionándolo, el proveído del ad-quem, en el sentido de condenar a la demandada a pagar al demandante la cantidad correspondiente a 45 días de salarios, a razón de $ 76.66 por día.

Décimo:

D).—INDEMNIZACION POR MORA.—El recurrente impugna la sentencia por violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por aplicación indebida, en relación con el 57, ordinal 4º, ibídem.

Dice el impugnador que el texto primeramente citado permite al patrono, para librarse de la indemnización moratoria, hacer una consignación judicial de la cantidad que confiese deber, "en el lugar convenido para los pagos del salario". Agrega que así lo entiende el sentenciador, y admite que en el caso de autos ese lugar era Bogotá, y no Medellín, y que la consignación tardía la hizo la empresa en Medellín y no en Bogotá. La consecuencia de esa norma, rectamente entendida, y de esos hechos, admitidos como probados, tenía que ser la de condenar al pago de la indemnización moratoria a **partir del despido** (destaca el recurrente), sin tomar en cuenta la fecha de la consignación ilegal e ineficaz. Al no hacerlo así, el sentenciador incurrió en rebeldía contra la norma, que lo llevó a aplicarla en forma incompleta o sea indebidamente.

No es cierto —dice el opositor— que el Tribunal haya dado por establecido el hecho de que la consignación debió hacerse en Bogotá y no en Medellín. En el momento del despido el trabajador se hallaba trabajando en esta última ciudad, y la consignación se hizo válidamente en este sitio. Agrega que la empresa puso a disposición del actor los salarios y prestaciones que le adeudaba, desde el momento mismo de la terminación del contrato de trabajo, y se apresuró a consignar lo que de buena fé creía deber inmediatamente se enteró de la inconformidad del señor Gaviria con la liquidación presentada.

Estudio del cargo:

La drasticidad de la sanción prevista por el artículo 65 se halla atemperada por una jurisprudencia, según la cual el elemento buena fé exonera al patrono de la indemnización por mora, y la temeridad o mala fé lo hace responsable de la pena.

Se trata aquí de dilucidar un aspecto nuevo del hasta hoy inagotado artículo 65, al cual convergen cada día originales situaciones de facto que, desde diferentes ángulos y con diversidad de matices, plantean arduas cuestiones de novedosa complejidad. Tal así en el caso sub-lite. Si ha de considerarse salvaguardiada la postura patronal contra la sanción indemnizatoria por el patrocinio del elemento buena fé, es apenas obvio que mientras este último persista o transcurra en el tiempo, aquella postura del patrono se verá precavida contra la sanción por mora. La solución anterior es predicado natural de que, dada la buena fé, ésta se presume subsistir temporalmente en el sujeto que la ostenta hasta cuando se deduzca su desaparición en él de hechos eficazmente demostrativos de que tal elemento ha desaparecido.

En este orden de ideas es razonable sostener que la buena fé resguarda al sujeto patronal contra la sanción **mientras** (noción temporal) lo acompaña, al par que la mala fé lo responsabiliza de la pena **mientras** se encuentre asociada a su conducta, habida cuenta de que la sanción misma es graduable en función temporal, por tratarse de una indenmización cuantitativamente variable en relación al tiempo, tasable en "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo" (Artículo 65, número 1º).

De otra parte, la jurisprudencia ha sostenido con inmodificada persistencia que los elementos buena o mala fé son presunciones judiciales deducidas por el juzgador del acervo de pruebas, y según el sistema de la libre formación del convencimiento.

Hechos los anteriores planteamientos, la Corte anota que, entre el 8 y el 26 de abril de 1954 —que es el lapso a que se contrae la petición de condena indemnizatoria en este cargo— la decisión del ad-quem contraria a tal pretensión es ajustada a derecho. Y es jurídica, porque como lo advierte el sentenciador dentro de dicho término las partes no se habían puesto de acuerdo ni habían llegado a un desacuerdo —el cual sólo surge en la última fecha— acerca del monto de las obligaciones, hecho que —al menos en este cargo— resulta aceptado tácitamente por el libelista al formular un ataque por vía directa.

Tocando otro punto del problema, la Corte considera que la pretendida irregularidad de la consignación judicial no podría aceptarse por sí sola como factor destructivo de la eficacia de la buena fé procedente del patrono como eximente de la sanción, respecto del lapso anterior, durante el cual aquella buena fé se evidencia.

Si prosperare la tesis de la consignación irregular, aparecería manifiesto que los efectos de ésta no obrarían retrospectivamente en punto a anonadar la precedente buena fé del patrono y destruír su protectora eficacia contra la sanción durante el lapso pretérito, de acuerdo con las circunstancias especiales que se contemplan en este caso, circunstancias que le restan interés a la cuestión relativa al lugar en que se hizo la consignación.

Las consideraciones anteriores llevan a la Corte a rechazar el cargo, por cuanto no se advierten las violaciones a que el apoderado del actor se refiere.

Undécimo:

Se acusa la sentencia por violación del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por aplicación indebida, como consecuencia de la equivocada apreciación de pruebas (todas las que se enuncian en el séptimo cargo, menos el contrato de folio 49 y las posiciones del actor), lo cual condujo al sentenciador al evidente error de hecho que consiste en dar por demostrado, sin estarlo, que el ofrecimiento de pago en la fecha del despido se refería al total de la suma que la Empresa sabía estarle debiendo al actor; que la Empresa, en la fecha del despido, sólo creía deberle al actor, por salarios, prestaciones y preaviso omitido, $ 18.710.94; que la Empresa tuvo

buena fé o duda razonable, entre el 8 de abril de 1954 y el 30 de los mismos mes y año, respecto del excedente de la mencionada cantidad, y que el último salario del actor fue de $ 2.300.00 mensuales y no, en promedio, de $ 2.747.88 mensuales.

En desarrollo del cargo dice el recurrente que, en la nota de despido, a la cual se acompañó la liquidación visible a folios 207 (por $ 13.934.39 de cesantía), se ofreció pagar esa suma y el equivalente a los 45 días de preaviso ($3.450.00), o sea un total de $ 17.384.39. La Empresa en la misma fecha, sabía que le adeudaba además el saldo de las comisiones causadas ($ 3.987.94), el valor de la prima de servicios proporcional a los tres meses y ocho días servidos en el primer semestre de 1954 (por lo menos $ 619.74), y los salarios correspondientes a los primeros ocho días de abril de ese año (613.28). Así surge —agrega— de las confesiones judiciales de la parte demandada y de la inspección ocular. Dice el recurrente que la empresa parece que dudaba de deber las vacaciones. Y concluye en que, en el momento del despido, la empresa sabía que, cuando menos, debía al actor $ 21.992.07.

Añade que, en estas condiciones, el **ofrecimiento** de pagar apenas $ 17.384.39 era incompleto, en el supuesto de que el simple ofrecimiento de pagar hecho en las notas de preaviso equivalga al pago efectivo para enervar la sanción de "salarios caídos", al par que fue incompleta la consignación judicial de $ 18.710.94, también en el supuesto de que fuera válidamente hecha en lugar distinto del convenido para el pago de los salarios; lo anterior ocurre —dice— con respecto a lo que la empresa sabía que adeudaba al actor en la fecha del despido (abril 8|54), independientemente de las deudas que fue reconociendo posteriormente ($ 1.688.20 por cesantía sobre salarios variables, reconocidos en carta de 26 de abril), ($ 3.450.00 por vacaciones de tres años, reconocidos en carta de 30 de abril) etc. Prosigue diciendo que no se trata, pues, de si los 25.918.88 que la empresa confiesa deber en carta de 20 de mayo de 1954, guardan o no alguna razonable proporción con los $ 17.384.39 ofrecidos al actor el día del despido o con los $ 18.710.94 consignados sin eficacia en un lugar distinto al del pago de los salarios, sino de que las cantidades ofrecida y consignada eran, **a sabiendas de la empresa,** manifiestamente inferiores a lo que ella misma creía deber. Dice que por lo tanto, al atribuírle **buena fé** a la retención de excedente de salarios y prestaciones, por parte de la empresa, entre el día del despido y el del primer reconocimiento explícito de una suma superior, es un evidente error de hecho, sin asidero en los autos y contrario a todas las probanzas singularizadas en el cargo.

Termina manifestando que tomar como último salario, para los efectos de la indemnización moratoria, únicamente el fijo sin tener en cuenta lo devengado por comisiones en el último año, es otro evidente error de hecho, lo cual condujo a la aplicación incompleta, y por tanto indebida, del artículo 65 del Código.

El opositor expresa que no es cierto que la empresa creyese deber al trabajador más de lo consignado. La empresa, en la fecha del despido —explica— pasó una liquidación al demandante, quien prometió consultarla con su abogado para decidir sobre su aceptación. Dice que la liquidación del 8 de abril fue acompañada de oferta de pago, y que el 26 de abril, una vez recibidas las observaciones del abogado del actor, la empresa procedió a efectuar una nueva liquidación para corregir los posibles errores de la primera y consignó la suma total que en tal fecha creía deber a su ex-trabajador, por concepto de cesantía, salarios insolutos (8 días) y preaviso; que las comunicaciones posteriores a la consignación judicial, en que se indican sumas superiores a lo consignado, no son en manera alguna confesiones de deuda, ni reconocimiento de cantidades superiores a las realmente debidas, porque si se compara su texto íntegro y si se estudian relacionándolas unas con otras sólo indican el deseo de la empresa de precaver el litigio; son por ello simples ofertas de transacción e indican un manifiesto ánimo de conciliar, pero no son confesiones que permitan deducir que, a la fecha de la consignación, la sociedad creía deber una suma superior.

Análisis del cargo:

En el séptimo cargo se estudiaron las pruebas a que alude el recurrente en el presente motivo de impugnación, y en el anterior se consideró que —en razón de la pretendida irregularidad de la consignación— no podía desvirtuarse la buena fé que acompaña a la conducta del patrono durante el lapso comprendido entre el 8 y el 26 de abril de 1954, en lo tocante a las circunstancias de hecho, anotadas en este período, consistentes en la oferta de pago efectivo de las obligaciones, el anuncio del trabajador de que formularía sus observaciones en torno a la liquidación, y, final-

mente, el desacuerdo de las partes seguido de la consignación por la empresa.

Ya se vio cómo es indudable que en el asunto sub-judice no existen datos de los cuales el juzgador pudiera haber colegido temeridad o dolo de la empresa al no pagar real y efectivamente las prestaciones en el momento de terminarse el contrato y al abstenerse así mismo de consignar —regúlar e irregularmente— la suma confesada deber, entre el 8 y el 26 de abril de 1954. La realidad procesal demuestra plenamente que, cuando la empresa realizaba actos positivos encaminados de manera directa al pago real de la cantidad confesada deber y del preaviso, el trabajador —sin haber manifestado explícitamente en ese momento su desacuerdo con la liquidación que el patrono le presentaba —anunció que, por no estar al tanto de la legislación social vigente, estudiaría dicha liquidación en asocio de su abogado y haría saber sus observaciones acerca de la misma. (Posiciones del actor a folio 66, y del gerente de la demandada a folio 152 vuelto). Igualmente está probado que el 26 de abril de 1954, una vez recibida la comunicación —procedente de Bogotá— en que el abogado del traba. jador expresaba su inconformidad con dicha liquidación, la Empresa procedió a consignar $ 18.710.94 en un Juzgado de Medellín.

El problema se contrae, en este punto, el análisis de las comunicaciones de folios 87, 87v., 89 y 90 en las cuales aparece que, con posterioridad a la consignación, hubo varios conatos de arreglo directo o conciliación, todos ellos frustráneos, en que la Empresa ofreció gradualmente varias cantidades superiores a la consignada; y, por ende, es menester analizar si tales ofertas en cuantía superior a la primeramente ofrecida y consignada, tiene mérito suficiente para desvirtuar la buena fé bajo cuyo patrocinio en dicho lapso se ampara el patrono.

a) Aparece a folio 87 la comunicación de gerencia número G-526 de 26 de abril de 1954, dirigida al señor abogado del trabajador (cabe anotar que su fecha es la de la consignación en Medellín). En dicho documento la empresa hace las siguientes apreciaciones:

1º.—"En relación con la liquidación de cesantía le manifestamos que por un error nuestro no tuvimos en cuenta que el último contrato de trabajo con el señor Gaviria puede considerarse iniciado desde 1947 .... Es por ello que desde esa fecha debe partirse para hacer la liquidación a que tiene derecho".

2º.—Manifiesta no estar de acuerdo acerca de que sólo sean 7 días de salarios debidos al señor Gaviria, ya que efectivamente son 8 (uno más de los establecidos por el abogado de éste), que está dispuesta a pagar.

3º.—Reconoce una cesantía de $ 1.688.20 —a más de la causada por salario fijo— correspondiente a 3 años, 9 meses y 7 días de salario variable, teniendo en cuenta la comisión que se le asignó al señor Gaviria por concepto de los fletes del Ferrocarril del río Magdalena.

4º.—"En cuanto a las vacaciones que se deben a don Francisco —dice— queremos dejar a su recta conciencia el cobro de ellas, ya que según entendemos no se debe ninguna".

5º.—"Con ánimo de no entrar en un juicio que tan molesto sería para ambas partes", la compañía está dispuesta a pagar al señor Gaviria la suma de **$ 15.260.94.**

(Cabe anotar que ese mismo día la empresa consignó dicha cantidad más el valor de los 45 días de preaviso, o sea: $ 15.260.94 + $ 3.450.00 = $ 18.710.94).

b). A folio 87v. obra la comunicación número G-554 de abril 30 de 1954, dirigida al mismo, en la cual se da respuesta a una de éste —del día anterior— y su contenido presenta los siguientes datos:

1º.—Se accede al pago de $ 3.450.00 por concepto de vacaciones, cuya procedencia había sido deferida a la "recta conciencia" del señor Gaviria, y se incluye el saldo de la comisión por transporte de carga para el ferrocarril del río Magdalena por $ 3.374.66, según el detalle siguiente:

"....Cesantía sobre salario fijo....$	13.342.74
Cesantía sobre salario variable.....	1.688.20
Vacaciones	3.450.00
Saldo comisión ferroMagdalena.....	3.374.66
Salario 8 días (abril 1º a 8 inclusive)	613.28
Total .....$	22.468.88"

2º.—Dice textualmente la empresa: "Queremos advertirle que en nuestra carta anterior no habíamos incluído el valor de la comisión sobre los fletes del Ferromagdalena, por cuanto en ella sólo nos referimos a la deuda que teníamos con el señor Gaviria por concepto de prestaciones sociales".

3º.—Agrega: "Tampoco incluímos en aquélla, ni en ésta, el valor de $ 1.073.24 a que usted se refiere en sus cartas anteriores, por concepto de indemnización por mora en el pago de las presta-

ciones sociales, por cuanto la Empresa procedió, ciñéndose estrictamente a lo establecido por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que ordena que si no hay acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibir, el patrono cumple con sus obligaciones consignando ante el Juez del Trabajo la suma que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia; consignación que se hizo inmediatamente se tuvo noticia de la inconformidad de don Francisco Gaviria con la liquidación que se le entregó el 8 de abril próximo pasado, junto con la nota de terminación del contrato de trabajo, en la cual se le decía muy claramente que el dinero que por medio de dicha liquidación se le reconocía estaba a su disposición en la Caja de la Empresa".

4º.—Y termina: "En cuanto a la cuestión del plazo presuntivo que nos plantea, lamentamos manifestarle que estamos en pleno desacuerdo con usted, porque dadas las circunstancias de terminación del contrato, encontramos que no hay lugar a él".

c) A folio 89 obra la comunicación número G-644, del 20 de mayo de 1954 —respuesta a otra del abogado del trabajador fechada el 14 de los mismos— y en aquélla se destaca:

1º.—"En cuanto a la pensión reducida de jubilación —dice la empresa— a que don Francisco tendría derecho, después de llenados por él todos los requisitos legales, nada tenemos que comentar, pues la Empresa está dispuesta a reconocérsela ..... si en nuestras cartas anteriores no nos habíamos referido a la mencionada pensión, fue porque sobre ella nunca estuvimos discutiendo".

2º.—Se vuelve a rechazar la indemnización por lucro cesante, que según el abogado del trabajador asciende a $ 8.663.41.

3º.—"En cuanto al pago de los 45 días de preaviso queremos advertirle que no los incluímos en la liquidación enviada al señor Gaviria, por cuanto su pago tampoco se estaba discutiendo, ya que en la nota de despido se le dice a dicho señor que los salarios correspondientes a esos 45 días estaban a su disposición en la Caja de la Compañía".

4º.—Reitera su negativa a la indemnización por mora, que según el abogado del demandante se adeuda a éste por no haberse efectuado la consignación correspondiente en el lugar que ordena la ley. A este respecto dice la Empresa: "Queremos manifestarle que el despido de Gaviria se efectuó en esta ciudad (Medellín), a donde en virtud de la cláusula primera, literal b) del contrato de trabajo, fue trasladado por orden de la Junta Directiva, y porque además, el contrato vigente con el señor Gaviria, fue celebrado en Medellín, sede de la sociedad, el día 1º de junio de 1952".

5º.—En desarrollo del punto 3º de este aparte, la Empresa incluye en el detalle de cuenta la cantidad de $ 3.450.00 valor de los 45 días de preaviso, lo cual da un total de ($22.468.88 + $ 3.450.00) **$ 25.918.88.**

En los datos y transcripciones anteriores la Corte anota, en primer término, que los puntos de absoluto desacuerdo entre las partes eran los relativos a salarios caídos y a lucro cesante por ruptura intempestiva e ilegal del contrato que el trabajador por conducto de apoderado reclamaba y que la empresa negaba (puntos 3º y 4º del aparte b); y 2º y 4º del aparte c), y que, en cambio, si aparece una modificación creciente de las cifras, ello obedece según la Empresa a que sus liquidaciones anteriores sólo habían versado sobre las prestaciones discutidas o de monto controvertido, mas no acerca de obligaciones o prestaciones que no eran objeto de discusión (punto 2º del aparte b), y 1º, 3º y 5º del aparte c).

Se advierte así mismo que, respecto de las vacaciones, la Empresa inicialmente, afirmando que no las debe, defiere a la "recta conciencia" del trabajador la definición de la cuestión, (punto 4º del aparte a), y, presumiblemente, ante la reiteración de Gaviria de que se le deben, procede a reconocerlas (punto 1º del aparte b); reconoce más de lo pedido en cuanto a salarios insolutos que el apoderado del trabajador demandaba por valor de 7 días, y la compañía dice que son 8 días y que está dispuesta a pagarlos (punto 2º del aparte a); dice que nada tiene que objetar a la pensión reducida de jubilación del señor Gaviria, una vez llenados por él los requisitos legales, y se ratifica en su dicho de que antes no figuraba por no ser objeto de discusión. Corrige sus propios errores, y expresa que su ánimo es el de no entrar "en un juicio que tan molesto sería para ambas partes" (puntos 1º y 5º del aparte a).

Ante estos datos objetivos, arrojados por la realidad procesal, reveladores de una controversia en que están implicadas dos posturas en pro y en contra de materias tan dudosas como lo eran en este asunto la del lucro cesante y la de los salarios caídos —la primera ahora resuelta en favor de la posición del patrono y la última

todavía objeto del debate—, no puede colegirse mala fé o dolo en la conducta de la empresa. Porque ya se anotó que la contención entre la Naviera y Gaviria, según las pruebas estudiadas, radicaba básicamente sobre tales extremos (puntos 3º y 4º del aparte b); y 2º y 4º del aparte c), ya que el apoderado de éste alegaba la invalidez jurídica del uso de la cláusula de reserva, y hacía derivar la cuestión hacia la ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo —con la consecuencia de que el trabajador debía ser indemnizado por lucro cesante—, al par que aquélla sostenía la eficacia de dicha cláusula y la legitimidad de su uso; el represntante del trabajador exigía "salarios caídos", mientras que la empresa los negaba porque se consideraba amparada contra dicha sanción en virtud de las razones aducidas en los puntos 3º del aparte b) y 4º del aparte c).

Para los efectos del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, la mala fé patronal debe ser evidente; consistirá por ello en la manifiesta intención de negarle los salarios y prestaciones al trabajador, sin causa que lo justifique. Por ello la jurisprudencia ha erigido a la categoría de eximente de la sanción por mora todo factor destructivo de la mala fé, como lo es la duda razonable, justificada, seria, que asista al patrono para discutir la obligación o su monto.

No halla la Sala que en el caso sub-judice —en lo atinente a los extremos que son la base fundamental de discrepancia entre las partes— hubiera sido temeraria la actitud patronal. Mucho menos habrá lugar a deducir tal temeridad si —como lo sugiere el opositor—se estudian las comunicaciones antes referidas, relacionándolas unas con otras, de la cual relación se concluye que es por lo menos dudoso y aventurado vincular retrospectivamente la mutación de cantidades ofrecidas por la empresa —mutación que según ésta obedece a que en liquidaciones anteriores no se incluían partidas sobre obligaciones no discutidas, lo cual concuerda con la realidad del proceso— a la responsabilidad patronal de indemnización moratoria entre el 8 y el 26 de abril de 1954, que es lo solicitado por el recurrente.

Que el ánimo de la empresa no era una terca negativa, carenta de justicia, a pagar los salarios y prestaciones del trabajador, lo está indicando todavía más vehementemente el cumplimiento de aquélla a ofrecer el pago de vacaciones discutidas cuando la "recta conciencia" del trabajador —a la cual la Compañía había deferido la decisión respectiva— insiste en que se le deben, como también el reconocimiento de sus errores y la rectificación, en su contra, de la partida sobre salarios insolutos.

Como se anunció antes, ya habrá oportunidad de establecer si fue regular o irregular la consignación hecha por la Empresa en un Juzgado del Trabajo de Medellín, y los efectos jurídicos de la misma.

El último reparo del recurrente sobre el "quantum" del salario diario, y que puede tener importancia respecto de la indemnización moratoria del tiempo posterior al 30 de abril de 1954, tampoco es atendible. Pretende el apoderado del demandante que se case la sentencia recurrida mediante la modificación, aumentándolo (de $ 76.67 a $ 91.57) del salario por día para la indemnización por mora, habida cuenta de que la primera cantidad corresponde exclusivamente al salario fijo y la segunda al fijo más el variable. Y no es atendible, porque en la demanda se limitó expresamente tal pretensión a $ 76.67, como se advierte en el punto IV del **petitum**. Pero no siendo dable hacer condenaciones **ultra petita** en el recurso de casación, es de rigor atenerse a las primitivas aspiraciones del demandante.

En virtud de las consideraciones anteriores, no prospera el cargo.

Duodécimo.

E).—OTROS PERJUICIOS.— En este cargo se acusa la sentencia por violación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, como consecuencia de evidente error de hecho al no dar por demostrados, estándolo, los perjuicios provenientes del viaje a Medellín a reclamar el valor consignado por la Empresa y de la modificación del contrato de compraventa prometido, al cual llegó el sentenciador por falta de apreciación del contrato de folio 49, de las copias sobre consignación judicial y su retiro por el actor, de la promesa de contrato de folios 92 a 93, del recibo de folio 94, del certificado de pasaje a folio 99 y de la escritura pública de folios 100 a 109.

Desarrolla el cargo diciendo que es de toda evidencia que el actor tuvo que viajar a Medellín, lugar distinto del de su residencia, para retirar la consignación judicial; luego el "daño emergente" por dicha movilización es innegable, aunque su regulación tuviera que hacerse con posterioridad a la sentencia. No es menos evidente, agrega, que la promesa de contrato contemplaba la compra de una casa que sería íntegramente para el actor, y que su forzado incumplimiento

lo llevó a aceptar la compra de la mitad de ese mismo inmueble, por falta de los dineros que le estaba adeudando la empresa demandada. Concluye diciendo que por no verlo así, el sentenciador dejó de aplicar el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo sobre indemnización de todos los perjuicios causados al trabajador, tanto por concepto de lucro cesante como de daño emergente.

Dice el opositor que, aceptado por el fallador de segunda instancia que el actor accedió a trasladarse a Medellín, esta ciudad era el nuevo domicilio y en consecuencia allí debería efectuarse la consignación. Añade que en cuanto a los perjuicios derivados del incumplimiento de una promesa de contrato de compraventa, no existe relación de causalidad que permita configurar la obligación de indemnizarlos, puesto que son hipotéticos, no ciertos, y no presentan vínculo alguno con la terminación del contrato de trabajo. Aduce además que no puede atribuírsele culpa a la empresa por el supuesto incumplimiento de dicho contrato de promesa, pues aquélla es un tercero en relación con los promitentes contratantes y no obró culposamente al dar por terminado el contrato de trabajo mediante la cláusula de reserva, lo cual excluye toda culpa, o sea el supuesto necesario para hablar de perjuicios.

Examen:

La Corte no encuentra relación de causalidad entre el incumplimiento de la promesa de contrato y la conducta del patrono. En efecto: a folios 92 y 93 obra el texto de aquélla, y en él aparece que dicha promesa de contrato (que se refiere a la compraventa de un bien raíz) se celebró el 19 de febrero de 1954, y que —según la cláusula octava— la compraventa prometida debería efectuarse, mediante otorgamiento de la escritura respectiva, en un plazo de un mes máximo, es decir el 19 de marzo de 1954. El hecho de que en esta última fecha no se hubiera cumplido la promesa no puede atribuírse a culpa del patrono; en autos consta que el despido del trabajador fue el 8 de abril de ese mismo año. Pero aún en el evento de que la terminación del contrato de trabajo hubiera ocurrido antes de la fecha fijada para celebrar el contrato de compraventa, en nada sería culpable la empresa habiendo éste usado, como usó, vehículos legítimos para dar por terminada la relación contractual de trabajo. Además, el recurrente omitió indicar de qué manera fue incumplido por el patrono el contrato de trabajo, incumplimiento que daría origen a que operara la condición resolutoria tácita que, conforme al propio artículo acusado, va envuelta en todo contrato. En cuanto al viaje a Medellín del señor Gaviria para retirar la consignación hecha por la empresa, cabe observar lo siguiente:

El recurrente invoca el artículo 64 como violado indirectamente por no haberse apreciado los perjuicios. Pero es indispensable que para la indemnización de éstos se demuestre su nexo de causa a efecto con el "incumplimiento de lo pactado" de que trata dicho artículo. Y como para el caso no se ha demostrado que la empresa hubiera incurrido en tal incumplimiento, no resulta procedente decretar la condena impetrada. En virtud de las consideraciones anteriores no prospera el cargo.

El recurso de la demandada-recurrente.

La Sala debe considerar, por anticipado, las apreciaciones del demandante-recurrente como opositor tendientes a que no sea oída en casación la parte demandada-recurrente. Dice aquél: "Sin perjuicio de demostrar más adelante la inanidad de los cargos que se hacen a la sentencia, empiezo por demostrar que el recurso fue interpuesto por persona que no podía ser oída entonces en juicio porque, habiendo sido condenada a pagar a su contraparte las costas de un temerario incidente de falsedad (folios 261 a 264), no las cubrió oportunamente ni las ha cancelado todavía (artículos 575 del Código Judicial y 2º parágrafo, del Decreto 243 de 1951). Y aunque el auto que concedió el recurso, el que lo admitió y el que ordenó correr traslado al demandado-recurrente se hayan ejecutoriado, ellos no vinculan a la H. Corte, conforme a su propia jurisprudencia sobre la materia. En consecuencia, la pretendida impugnación no podrá ser considerada siquiera".

Para resolver se considera:

La Sala mantiene la jurisprudencia de que los autos por los cuales se concede, se admite el recurso extraordinario de casación y se da traslado al opositor no son vinculantes. No lo son en cuanto tales actos jurisdiccionales se emiten contrariando los presupuestos procesales del interés jurídico, el término para interponer el recurso, la cuantía y naturaleza del negocio y la idoneidad

de las partes. Mas el reparo formulado por el demandante recurrente como opositor no toca sustancialmente con estos aspectos, ni siquiera con el último, como va a verse.

La solicitud de que no sea oída la parte demandada recurrente es extemporánea en el momento de resolver el recurso de casación, según se puede colegir del siguiente breve análisis: el artículo 2º del Decreto 243 de 1951 reformó los artículos 964 y 575 del Código Judicial, mas no se ve que aquella norma hubiera subrogado el artículo 497 ibídem, cuya vigencia, por tanto, se mantiene. El referido artículo 497 del Código Judicial preceptúa: "Si el Juez concede la apelación sin que el recurrente haya pagado las costas, el superior se abstiene de conocer, a petición de la parte contraria, y ordena que se devuelva la actuación al Juzgado de su procedencia". El momento procesal adecuado para paralizar las actuaciones de la parte demandada fue, por tanto, cuando a dicha parte se le concedió el recurso de apelación sin haber pagado las costas, y, más concretamente, cuando el juzgador de segundo grado entró a conocer del asunto y a oír a la parte renuente a pagarlas. Pero resulta inadecuado, a más de contrario al equilibrio y economía procesales, dejar escapar aquellas oportunidades, como también las que le brindaba el otorgamiento y admisión del recurso de casación, para tratar de aniquilar al adversario en el momento mismo en que dicho recurso va a ser resuelto.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Sala entra a oír a la parte demandada recurrente.

No trae la demanda en capítulo especial el alcance de la impugnación. Con todo, el texto del libelo indica que el recurrente pretende obtener la casación de la sentencia recurrida en cuanto a los extremos de cesantía, vacaciones, pensión de jubilación e indemnización por mora, a efecto de que la Corte, erigida en Tribunal de instancia, declare pagadas al trabajador las dos primeras prestaciones, y absuelva a la empresa de pagar la tercera y de la sanción por salarios caídos.

Formula ocho cargos que, por ser algunos subsidiarios, serán estudiados en su orden en cuanto a ello hubiere lugar.

Primero.—Cesantía.

Acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 127, 128, 249 y 253 del Código Sustantivo del Trabajo, en forma indirecta, como consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al apreciar erróneamente algunas de las pruebas que obran en el proceso.

Manifiesta que el propósito de dicho cargo es el de que la Corte case la sentencia en el sentido de liquidar la cesantía con base en un salario fijo de $ 2.300.00, y, en consecuencia, absuelva a la sociedad demandada por haberle pagado ya al trabajador dicha prestación. En desarrollo del cargo cita las pruebas mal apreciadas así:

1º.—Según la confesión del demandante (folios 67 y 68), el señor Gaviria devengaba un salario fijo mensual. La inspección ocular del folio 183, a la cual le atribuye el sentenciador el carácter de plena prueba, demuestra igualmente que el salario del trabajador era una suma fija mensual. Está probado en autos que el señor Gaviria desempeñaba las funciones de Administrador de Naviera Colombiana S. A. en Bogotá; en razón de este cargo, el trabajador estaba obligado a adelantar todas las actividades necesarias al desarrollo del objeto social de la empresa, que consistía esencialmente en el transporte de carga por la vía fluvial, es decir, a obtenerla para su transporte, a celebrar los respectivos contratos de transporte, a atender reclamaciones, a percibir el pago de los fletes etc.

Continúa diciendo que el fallador de segundo grado no tuvo en cuenta los hechos anteriores, y por ello aceptó que el actor devengaba una sobre-remuneración por concepto de la carga que contratara para ser transportada por la empresa, afirmando que el salario no era fijo, sino variable. Por tanto —agrega— al dejar de apreciar la prueba de que la remuneración era fija, y al no tener en cuenta que la consecución de carga para el transporte era una de las obligaciones del contrato de trabajo, sin que mediara comisión suplementaria, incurrió el Tribunal en error de hecho evidente.

2º. — Durante toda la relación de trabajo, la empresa no reconoció sino en forma excepcional y por una sola vez, una bonificación extraordinaria al trabajador. Era el caso de un contrato aislado, de cierta importancia y cuantía, que no obstante estar comprendido dentro de las funciones normales del trabajador, se consideró por la empresa como un caso especial, por razones conocidas.

Dice además que de los puntos 12, 13, 14 y 17 de las posiciones absueltas por el actor (folios 67 y 68), y de los testimonios de los señores Jaime R. Echavarría (folios 215 y vuelto), Santiago Mejía Olarte (folios 218 y vuelto), Eduardo Arbeláez U. (folios 221 y vuelto), Martín Restrepo

(folios 237), Alonso Restrepo R. (folio 238), Guillermo Mora L. (folio 239) y Jaime Moreno A. (folio 240), resulta que el contrato de transporte celebrado con el Ferrocarril del Magdalena fue único, aislado, un contrato de ejecución instantánea y no de tracto sucesivo. Si se acepta que hubo remuneración fija mensual por el cumplimiento de las labores que como administrador le correspondían, y que la bonificación que se le hizo alguna vez fue ocasional, como que provenía de un solo contrato, incurrió el Tribunal en evidente error de hecho proveniente de la indebida apreciación de las posiciones y de los testimonios referidos, así como también de la inspección ocular citada, al deducir de estas pruebas que la bonificación implicaba remuneración habitual o comisión permanente. Finalmente sostiene la tesis de que la naturaleza de la sobreremuneracin, llámesela bonificación, sobresueldo o comisión, para que pueda considerarse como retribución ordinaria de servicios debe ser habitual, repetida, constituída por una serie de hechos uniformes y sucesivos que impliquen una conducta regular y ordinaria.

El opositor hace varias consideraciones para sostener que no se configura el error de hecho aseverado por el recurrente. Arguye que si de tales hechos, que son incontrovertibles, el sentenciador dedujo que dichos pagos constituían salario, y la deducción fuera equivocada, se trataría de una **interpretación** errónea (subraya el opositor) de los artículos 127 y 128 del Código (impugnación que no podría hacerse por vía indirecta), pero no de "errores de hecho". Sin que sobre anotar —concluye— que también la interpretación de dichas normas fue correcta, pues toda comisión o bonificación "pactada", aunque se liquide sobre una sola operación o por una sola vez, constituye salario; y sólo las que se otorguen "por mera liberalidad", sin compromiso previo, exigen el requisito de la habitualidad.

Se examina el cargo:

La cuestión planteada por el recurrente debe ser resuelta conforme a la doctrina legal establecida por los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo. De acuerdo con dichos textos, tres elementos deben ser tenidos en cuenta para decidir, en un caso dado, si las sumas o especies dadas por el patrono al trabajador constituyen salario. Van a verse:

1º.—**El carácter retributivo y oneroso.**—Es de la esencia del salario que la suma o especie que se den sean de naturaleza retributiva, es decir, correspondan a la prestación de un servicio, cualquiera que fuere la forma o denominación que se adopte, como primas , sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades (artículo 127).

2º.—**El carácter de no gratuidad o liberalidad.** Este principio es correlativo de la naturaleza onerosa referida en el anterior. Por lo cual no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales (artículo 128).

3º.—**El carácter de ingreso personal.**— Que dichas sumas ingresen realmente al patrimonio del trabajador, o que lo enriquezcan como dice la ley, sirviendo para subvenir a sus necesidades. Por lo cual no será salario lo que el patrono le dé al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales (artículo 127).

Comparado el caso sub-lite con los moldes anteriores, no cabe la menor duda de que las comisiones pactadas con el trabajador por el contrato de transporte de carga para el Ferrocarril del Río Magdalena constituyen salario. En efecto: dichas comisiones ostentan el carácter de onerosas y retributivas, al par que desechan toda idea de mera liberalidad o gratuidad; constituyen un ingreso personal del señor Gaviria, y excluyen francamente la hipótesis de que fueran pagadas por el patrono para que el trabajador desempeñara a cabalidad sus funciones.

El ataque por vía indirecta intentado por el recurrente va encaminado a demostrar que su no habitualidad, su ocasionalidad, su singularidad descartan la noción salarial. A este respecto se observa: En el supuesto de que la repetición ordinaria y periódica del pago del salario pudiera erigirse en carácter esencial de su naturaleza, las comisiones pactadas con el señor Gaviria llenarían este requisito, dado el hecho de que, si bien su fuente fue un convenio único —como lo es para los salarios el contrato individual y también único del trabajo— dichas comisiones se causaron y debieron percibirse sucesivamente en un lapso de tiempo más o menos largo; a medida que se iba produciendo el transporte de carga para las obras del ferrocarril mencionado. La

Corte ha estudiado detenidamente el elenco probatorio (posiciones, testimonios, inspección ocular) cuyas piezas enuncia el recurrente como mal estimadas por el sentenciador y, confrontando su valoración con las consideraciones anteriores, halla que no se configura el error evidente de hecho que al proveído le imputa el recurrente, por lo cual no prospera el cargo.

Segundo.

Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 198 del Código de Comercio, y del artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo por infracción directa. Dice en la demostración del cargo que el artículo 198 del Código de Comercio Terrestre preceptúa: "En los cómputos de días, meses y años, se entenderán, el día de 24 horas, los meses según la designación del calendario, y el año de 365 días". Por su parte el artículo 19 del Código Sustantivo del Trabajo dispone aplicar normas semejantes cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido.

Agrega que el Tribunal desconoció las anteriores normas en forma total. Si al fallar las hubiere tenido en cuenta, habría efectuado la liquidación tomando el divisor de 365 días y no el de 360. Destaca que es importante definir jurisprudencialmente dicho punto, aunque la ley lo decide, ya que es costumbre inveterada en nuestro medio liquidar las prestaciones sociales contando años de 360 días y no de 365, como lo ordena la ley.

Se considera:

Dispone el artículo 245 del Código Sustantivo del Trabajo que, como auxilio de cesantía, el patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

Entre los diversos sistemas usados para efectuar la liquidación figura el optado por el ad-quem, consistente en multiplicar el número de días trabajados por el salario mensual y dividir este resultado por los días del año.

La impugnación formulada por el recurrente es admisible en abstracto. Empero, para el caso presente carece de eficacia práctica. Porque hay dos vías que, por conducir a igual resultado numérico, son indiferentes, a saber: (1) al sumar los días de los meses trabajados por su número de jornadas o "designación calendario" (enero de 31 días, febrero de 28, marzo de 30 etc.) y dividir por 365, o (2) al tomar los meses trabajados de 30 días y dividir por 360, se llega con precisión a un idéntico resultado numérico.

El sentenciador, como se observa en el caso sub-lite, tomó los meses de 30 días, sin discriminación, por lo cual resulta adecuado dividir por 360 como efectivamente lo hizo. Si ha optado por tomar los meses por su "designación de calendario" y hubiera dividido por 365, habría obtenido exactamente el mismo resultado.

En razón de las consideraciones anteriores, no prospera el cargo.

Tercero.—Vacaciones.

Impugna la sentencia por ser violatoria de los artículos 186 y 189 (modificado por el artículo 7º del Decreto 617 de 1954), en forma indirecta, al aplicar indebidamente dichas disposiciones, como consecuencia del error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal al no apreciar unas pruebas y al interpretar mal otras. Manifiesta el impugnador que el Tribunal condenó a la demandada a la suma de $ 3.450.00 por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas por el trabajador en los últimos tres años, considerando que el patrono confesaba deberlas en cartas de folios 87v. y 90.

Como pruebas no apreciadas cita la inspección ocular de folios 182 y siguientes. Transcribe del folio 183:

"También aparece que en el mes de diciembre de 1950 tomó vacaciones; lo mismo en septiembre 29 de 1951, hasta el 6 de noviembre del mismo año; y en diciembre de 1954, durante un mes El señor Gerente manifiesta que por equivocación se puso el año de 1954, pero en realidad dichas vacciones corresponden al año de 1953, toda vez que en el año de 1954 el señor Gaviria estaba desvinculado de la empresa".

Dice que el sentenciador, por no haber apreciado dicha prueba, condenó a compensar en dinero vacaciones que efectivamente había disfrutado el trabajador.

Como pruebas apreciadas indebidamente cita las cartas de los folios 87v y 90, provenientes de la parte demandada, cuyo contenido respecto del extremo controvertido ya ha sido estudiado por la Sala. El recurrente insiste en que la oferta deferida del pago de vacaciones no es confesión sino intento de conciliación. El opositor sostiene que la base de la condena por vacaciones no es solamente la confesión del Gerente en sus cartas,

sino "la manifestación del Juez comisionado, acerca de la clase de anotación sobre disfrute en tiempo de vacaciones" que cita el sentenciador a folio 359. Agrega que esta prueba ha debido ser invocada como apreciada indebidamente y demostrarse el error de su apreciación, para que cayeran "ambos soportes de la condena y no apenas uno de ellos". Dice que la inspección ocular acreditó servicios por más de doce años y vacaciones por sólo dos y medio años.

Se examina el cargo:

Ya la Sala tuvo oportunidad de analizar detenidamente, entre otros documentos, las cartas que obran a folios 87v. y 90 del cuaderno principal. El análisis casi exhaustivo de las mismas fue efectuado al examinar el cargo décimoprimero del demandante-recurrente y ,en punto a vacaciones, se estableció plenamente cómo la Empresa inicialmente afirma no deberlas, diferiendo su reconocimiento y pago a la "recta conciencia" del actor; y presumiblemente ante la insistencia de éste (no obra en autos la carta correspondiente), accede a su pago. La Sala considera que, destacadas las anteriores circunstancias, no existe sólido fundamento jurídico para considerar que en el contenido de dichas notas, en cuanto al extremo de vacaciones, se configure formal y materialmente una confesión con la categoría de plena prueba.

En el curso de un arreglo directo la deferencia decisoria a la otra parte es demostrativa de la conducta leal y del ánimo conciliatorio de la parte que la propone, mas sería absurdo considerar que —en presencia de pruebas más convincentes— se le fuera a conferir valor de verdad real a una decisión contraevidente. No convence por tanto a la Sala el proveído del ad-quem en cuanto en él se consideró como confesión, con el vigor de plena prueba, la aludida deferencia decisoria. Y, complementando el método de la libre convicción con el de la tarifa legal —que puede utilizarse como verificadora de aquel método según lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte —cabe anotar cómo el mismo procedimiento civil (artículo 608 del Código Judicial) dice que "La confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta, y su fuerza es mayor o menor según la naturaleza y las circunstancias que la rodean, y puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma".

Pero no sólo las circunstancias anotadas hacen que su fuerza sea mayor en el caso sub-lite; los datos arrojados por la inspección ocular más que hacerla dudosa la desvirtúan completamente, por cuanto demuestran que en el libro de "Record de los Empleados", se halló la constancia de que el señor Gaviria había disfrutado de sus vacaciones durante los años de 1950, 1951 (en este año de 29 de septiembre hasta el 6 de noviembre) y 1953 (folio 183).

Dice el sentenciador que **"frente a la manifestación del Juez comisionado, acerca de la clase de anotación sobre disfrute en tiempo de vacaciones....** procede la confirmación del proveído del a-quo en este punto". La Sala no halló en los autos manifestación alguna del Juez comisionado a este respecto ni en el acta de inspección ni en ninguna otra pieza del informativo. La manifestación que aparece en este punto fue hecha personalmente por el Gerente de la Empresa, según el siguiente texto: "El señor Gerente manifiesta que por equivocación se puso el año de 1954, pero en realidad dichas vacaciones corresponden al año de 1953, toda vez que en el año de 1954 el señor Gaviria estaba desvinculado de la Empresa". Lo cierto es que no existe observación personal del Juez respecto de la credibilidad de lo anotado sobre este particular, ni hubo ampliación de la diligencia en relación con el punto aclarado por el representante de la Sociedad demandada, por lo cual, en contra de la equivocada aserción del juzgador de segunda instancia, de reconocerse el contenido objetivo de la prueba y, mediante su valoración, estarse a sus resultados reales.

Se configura, por tanto, el error evidente de hecho por apreciación indebida y falta de apreciación, en su orden, de las pruebas referidas, y en consecuencia prospera el cargo.

La Corte anuncia la casación del fallo recurrido en cuanto por éste se condenó a la demandada a compensar en dinero tres años de vacaciones, y, como Tribunal de instancia, la absolución de la demandada por tal concepto.

Cuarto.

Por ser subsidiario del anterior —que prosperó— y versar sobre el mismo punto, se desecha por sustracción de materia.

Quinto.—Pensión de jubilación.

El ataque trata de la violación indirecta de los artículos 260, 67, 68 y 69 del Código Sustantivo del Trabajo, al aplicarlos indebidamente, como

consecuencia del error de hecho en que incurrió el ad-quem al apreciar algunas pruebas; y de los artículos 48 y 267 ibídem por interpretación errónea.

Dice el impugnador que el Juez de segundo grado considera que la compañía demandada confiesa deber al actor la pensión de jubilación a que tenía derecho; y que el mismo fallador reconoce además, en el contrato escrito de folio 49 —y para los solos efectos de esta pensión— los servicios prestados entre el 26 de octubre de 1937 y el 4 de noviembre de 1942; y, finalmente, que el sentenciador toma el despido, que fue efectuado mediante el uso de la cláusula de reserva, como una terminación unilateral del contrato sin justa causa para los efectos de la misma pensión.

Agrega el recurrente que el Tribunal le atribuyó valor de confesión —sin que lo tenga— a las cartas de los folios 87v. y 90 y a la afirmación contenida en el párrafo final de la carta del 26 de abril de 1954 (folio 87), las cuales sólo constituyen intentos de solucionar amistosamente las diferencias y precaver el litigio. Dice que también se equivoca el fallador al atribuírle valor de plena prueba a la cláusula especial del contrato (folio 49) que dice: "Para efectos de la pensión de jubilación se hace constar que el trabajador ha prestado sus servicios a la Empresa desde el 26 de octubre de 1937", olvidando que el contrato de trabajo es un contrato realidad, es decir, que las relaciones laborales deben existir verdaderamente, a pesar de lo que expresa o tácitamente afirmen las mismas partes. Como respaldo de este último aserto manifiesta que está demostrado plenamente que "Naviera Colombiana S. A." se constituyó el 4 de noviembre de 1942 (folios 29 y siguientes); que antes el trabajador había prestado sus servicios a una sociedad distinta, "Naviera Colombiana", que se disolvió en 1942, y que ésta última continuó su período de liquidación durante varios años, subsistiendo en forma paralela a la nueva sociedad "Naviera Colombiana S. A." Seguidamente arguye que no se operó la sustitución patronal, la cual implica un hecho real que haga manifiesta la continuidad de la relación patronal (debió decir laboral) con patronos diferentes, en el sentido de que los posteriores se obliguen a asumir las obligaciones de los anteriores. Este fenómeno se cumple —agrega—, por convenio entre ellos, por disposición de la ley o por situaciones reales que hagan manifiesta dicha continuidad.

Prosigue diciendo que el Tribunal interpreta erróneamente el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre cláusula de reserva, pues afirma que la terminación del contrato con fundamento en ella es "causa legal", pero no causa justa. Argumenta de manera prolija sobre este punto, aduciendo que la jurisprudencia ha aceptado, en forma reiterada, que la terminación del contrato ,utilizando la cláusula de reserva, no exige la calificación del motivo, ya que se trata de un modo legal previsto por la ley que se supone justo. Y que si para unos casos la jurisprudencia ha aceptado que la terminación del contrato con base en la cláusula de reserva no da lugar a las indemnizaciones derivadas de la terminación sin justa causa, no es lógico aceptar la distinción sutil de que para la pensión de jubilación el empleo de dicha cláusula es injusto. Por otra parte, arguye que tendría que haberse demostrado que la Empresa, al usar de la cláusula de reserva obró injustamente, y sólo mediante la demostración de este extremo podría llegarse a condenarla al pago de la jubilación prevista en el artículo 267 ibídem.

El opositor replica, en síntesis, que el sentenciador no afirma que haya habido "sustitución de patronos", ni niega que la nueva sociedad se constituyó en 1942; los pretendidos errores de hecho no aparecen por parte alguna; lo que el sentenciador da por demostrado, y lo está, es que la nueva sociedad "reconoció" el lapso 1937-1942, anterior a su constitución, como servido a una misma empresa, y eso es suficiente. Termina diciendo que sería superfluo recordar a la Sala que la terminación del contrato por el uso de la cláusula de reserva es un modo legal que nada tiene que ver con las justas causas de despido.

Examen del cargo:

En el contrato de trabajo, a folio 49, figura una constancia en cuyo literal b) se dice: "Para efectos de la pensión de jubilación se hace constar que "el trabajador" ha prestado sus servicios a la Empresa desde el 26 de octubre de 1937". Por otra parte en el folio 89 la Empresa manifiesta estar dispuesta a reconocer la mencionada pensión, una vez llenados por el trabajador todos los requisitos. El sentenciador glosa dichas probanzas de la siguiente manera: "La demandada, en la comunicación que aparece a folios 89 y 90, confiesa estar dispuesta a reconocer al actor la pensión reducida de jubilación a que tenía derecho. En el supuesto de que ello no implicara confesión de deberla, es lo cierto que la demandada

en el contrato escrito que obra a folio 49, reconoció al actor, para los efectos de esta prestación, los servicios prestados entre el 26 de octubre de 1937 y el 4 de noviembre de 1942, con lo cual el demandante comprueba la prestación de servicios durante un lapso superior a 15 años".

Es sabido que para la prosperidad de una acusación por error de hecho es necesario que tal error se configure de manera evidente. La jurisprudencia ha reiterado esta tesis en razón de la autonomía de criterio de que debe gozar el juzgador de instancia en la evaluación de las pruebas como medios para establecer los hechos. En el presente caso no existe la indispensable ostentosa contraevidencia que haga inválida, sobre este particular, la conclusión a que llegó el sentenciador. El mismo aspecto confesorio de la carta referida fue sometido por el ad-quem al tamiz de la hipótesis, y dentro de este plano verificó su convicción a la luz de la nota contractual a que se ha aludido, lo cual produce tanto en aquél como en la Sala una vehemente certeza acerca de la procedencia de la jubilación reducida No trató el sentenciador de establecer la presunta sustitución patronal que el recurrente le atribuye, pues una recta valoración de tales datos probatorios conducía naturalmente a una firmísima presunción judicial de tal sustitución, y, en último término —desechada ésta— a la aplicación del artículo 13 del Código Sustantivo del Trabajo. Por lo cual no se ve la pretendida violación indirecta de los artículos 67, 68 y 69; ni tampoco del 260 ibídem. Respecto de la violación por interpretación errónea de los artículos 48 y 267 de la misma obra, la Sala va a realizar su estudio.

La cláusula de reserva es una manera legal de terminar el contrato de trabajo, pero no es una causa justa, en el sentido preciso atribuído por la ley a ciertos motivos específicos y determinados que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan "justas causas". Existe una diferencia sustancial entre aquél "modus" extintivo del contrato que la ley acoge y estas causas, establecidas por los artículos 62 y 63, que la ley expresamente califica de justas.

Podría objetarse, como lo hace el recurrente, que todo lo legal es justo, y que por consiguiente siendo legal la manera en que se termina el contrato de trabajo, según el artículo 48, esa manera también será justa. Tal tesis equivale a asumir una de las posiciones extremas que surgen, dentro del campo filosófico, al tratar de establecer el paralelismo o discrepancia entre lo legal y lo justo, en el vastísimo ámbito de las relaciones entre el derecho natural como categoría de justicia y el derecho positivo como ley. Sin profundizar en materia tan ardua, es menester afirmar que en el ordenamiento jurídico positivo existen normas que se desvinculan del jusnaturalismo no por ser francamente opuestas a éste sino por ser indiferentes. Es un desideratum que la ley positiva rija no sólo las relaciones fundamentales dentro del espíritu de la justicia natural, sino que también regule las situaciones indiferentes a ella, u obscuras, en cuya fijación estén interesados el bien común o la conveniencia social.

En todas estas situaciones consideradas indiferentes o por lo menos de difícil acomodo a la idea de la justicia, el legislador ocurre a la equidad y ordena al juzgador que, por su parte, al aplicar la ley, también ocurra a ella. (Artículo 18, C. S. del T., artículo 5º, Ley 153 de 1887).

Ya se dijo atrás que la cláusula de reserva es una **manera**, pero no es una **causa**. Es sabido que la manera es el modo como se rige una situación jurídica, en tanto que la causa es el antecedente de hecho o de derecho que produce esa situación. La causa se confunde en este caso con la noción de móvil determinante.

El legislador acogió la manera preavisada de concluír una relación contractual de trabajo a término indefinido, inspirado por un criterio de equidad, en una cuestión en la cual el acomodamiento de la idea pura de la justicia resulta difícil sobremanera en vista de la complejidad de la materia, y en que, precisamente por tal dificultad, determinaría injusticias una regulación demasiado rígida o azás elástica, al tiempo que era necesario legitimar situaciones decisivamente vinculadas a la conveniencia social. En punto a la terminación con preaviso del artículo 48 la ley sanciona y legitima el "modus" o manera, pero no hace referencia alguna a la causa. En cambio en la terminación unilateral de los artículos 62 y 63 la ley hace especial énfasis sobre la causa (aunque también señala la manera), lo cual destaca aún más la distinción entre la una y la otra.

Este razonamiento concuerda en un todo con la exacta y lúcida apreciación del ad-quem cuando dice: "Confrontados, desde el punto de vista de su contenido jurídico, los ordenamientos legales consagrados en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo, con las normas estatuídas en el artículo 48 ibídem, aparece claro que los primeros artículos citados señalan causas justas para la terminación del contrato, en tanto que

el último mencionado establece un modo de realizar la terminación, marginando las causas o motivos en que se funda la decisión de efectuarla. Por tanto, cuando el legislador sanciona al patrono por despedir a un trabajador con más de quince años de servicios, sin justa causa, no podría estar mencionando entre las justas causas alegables, la mera utilización de un modo legal que prescinde de las causas".

Considera por ello la Corte, coincidiendo con el parecer del sentenciador, que cuando la ley en su artículo 267 se refiere a la ausencia de justa causa en el despido como uno de los elementos generadores de la jubilación restringida, no puede entenderse que la simple manera de terminación preavisada legal equivalga a la justa causa, por cuanto ya se ha visto que justa causa y manera legal son cosas de esencia completamente distinta. Por lo cual no es válido invocar la manera establecida por el artículo 48 para la terminación unilateral como equivalente a la causa justa del artículo 267. Lo anteriormente expuesto es suficiente para desechar el cargo, por cuanto no se configuran las violaciones indirectas ni las directas por errónea interpretación —de los textos invocados— a que se refiere el apoderado de la demandada. No prospera la acusación.

Sexto, Séptimo y Octavo.

Los tres últimos cargos, correspondientes a los ordinales de este acápite, impugnan la sentencia por transgresión indirecta a través de errores de hecho, violación directa por aplicación indebida y por interpretación errónea en su orden, del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; el séptimo es subsidiario del sexto y el octavo lo es de los dos anteriores.

El impugnador desarrolla el sexto cargo diciendo que la violación indirecta del artículo 65 se produjo por la apreciación errónea de las comunicaciones que obran a folios 87v., 88, 89 y 90. Realiza un amplio análisis de dichas cartas, cuyo contenido, en lo pertinente, ya fue sopesado por la Sala (undécimo cargo del demandante recurrente), y afirma que el Tribunal halló razonable y justa la conducta de la empresa entre la terminación y la consignación. Pero que a partir de ésta, cuando la Empresa había cumplido con el deber de consignar —procediendo dentro de la más estricta buena fé—, con el ánimo de precaver un litigio aceptó entrar en discusión con el abogado del trabajador para decidir, en forma definitiva, sobre las peticiones que se le formulaban en materia de prestaciones. El apoderado de la demandada critica detenidamente la calificación de prueba confesoria que hizo el sentenciador de las comunicaciones referidas; declara que el hecho de acceder a las solicitudes formuladas por el trabajador está demostrando la buena fé de la Empresa, su ánimo conciliatorio para precaver un litigio, pero en manera alguna implica confesión. De considerar esas circunstancias como tal y darles valor confesorio a las ofertas de conciliación o de transacción que se hacen las partes, se acabaría con esta etapa prejudicial que tan positivos resultados ha venido dando en materia de relaciones obrero-patronales, evitando litigios y conservando la armonía social.

Añade más adelante que "no es indispensable sutileza alguña para comprender que el conjunto de estas cartas constituye propuestas de la Empresa, ofertas que ella hace al trabajador para llegar a un acuerdo para evitar el litigio. Analizando estas comunicaciones, relacionándolas unas con otras y éstas con las que el abogado del trabajador dirigió a la Compañía, se ve muy claramente que no tienen el carácter de confesión; el interés que las guiaba, su espíritu mismo demuestran que ello no es así. Darles el valor de confesión es atribuírles una calidad que no tienen, es presentar un supuesto falso para deducir una conclusión errónea. Ya hemos dicho —agrega— cómo puede llegarse por ese peligroso camino a terminar con la etapa de conciliación en materia laboral, ya que ninguna de las partes se atrevería a recurrir a este sistema para evitar litigios. El temor a que las propuestas se tuvieran como confesión se lo impediría. Sería también muy ventajoso para los trabajadores obtener ofertas sucesivas de los patronos, que luégo irían a considerarse como confesiones de éstos".

Se refiere a la consignación y dice que está probado en el proceso (folio 133), y así lo admite el Tribunal, que Naviera Colombiana S. A. consignó en el Juzgado Primero del Trabajo de Medellín la cantidad de $ 18.710.94, el día 26 de abril de 1954, cantidad que la Empresa creía deber al trabajador. Haciéndolo, el patrono cumplió con lo exigido por el artículo 65 del Estatuto Laboral y con lo que la jurisprudencia y la doctrina han entendido ser necesario para que sobre él no recaiga la sanción. "Es a saber: renuencia del empleado a recibir, consignación real, buena fé del patrono, proporción entre el depósito y lo adeudado y oportunidad de la consignación".

Dice que el sentenciador al analizar esta prueba encuentra justificada la demora del patrono

en consignar, esto es entre el lapso corrido desde la terminación del contrato hasta la consignación. Y esto —añade— a pesar de considerar como confesión de deber la liquidación entregada al empleado el mismo 8 de abril. De lo cual decide que es justificable la mora en dicho interregno y se abstiene de aplicar la sanción prevista en el artículo 65. Sin embargo, a renglón seguido, el Tribunal concluye que sí es el caso de aplicar a la Empresa la sanción por mora a partir de la fecha de la consignación, esto es, el 26 de abril, o mejor aún, a partir de la fecha en que "confesó" deber más de lo depositado. Dice que el fallador de segunda instancia llega a esta conclusión partiendo del supuesto erróneo de que el patrono confesó deber mayor cantidad de la consignada y de que no solucionó estas mayores sumas mediante depósito judicial o pago directo al trabajador.

Argumenta el recurrente que "el criterio del Tribunal es contradictorio. En efecto: si encontró justificada y excusable la mora durante el lapso en que no hubo consignación alguna, porque las partes estaban buscando un acuerdo, con mayor razón debió de abstenerse de aplicar la sanción legal cuando ya el patrono había consignado la cantidad que sabía deber a su empleado. Y no se diga que ahí terminaron las conversaciones para buscar el acuerdo, antes de ir a los Tribunales, pues está probado que a partir del 26 de abril las comunicaciones siguieron cruzándose de lado y lado en busca del arreglo".

Termina diciendo que el Tribunal erró de hecho, en forma evidente, cuando dio a las comunicaciones referidas el significado que no tuvieron, esto es, el carácter de confesión de la Empresa; y erró igualmente al no darle a la consignación el valor liberatorio de indemnización por mora que le atribuye el artículo 65.

La aplicación indebida de este mismo texto la hace consistir el impugnador en que, admitido por el Tribunal el hecho de la consignación, aplica la sanción de dicho artículo que resultaba enervada —según su mandato— por la misma consignación judicial. Y la interpretación errónea la hace gravitar sobre la expresión "la suma que confiese deber", pues tal confesión se manifiesta mediante la consignación judicial, y no por ofertas posteriores. En este punto vuelve a insistir en que resulta "peligrosa en sumo grado la tesis del Tribunal. Si no obstante la consignación quedaran los patronos expuestos a la gravísima sanción del artículo 65, cuando con ánimo generoso buscan la aveniencia ofreciendo más y más, el principio del equilibrio social y de la justicia se romperían. Llevar el formalismo hasta extremos tales, es la mayor de las injusticias".

El opositor hace un cuadro de las diferentes ofertas posteriores a la consignación, en el cual —según él— se advierte mejor "el proceso de los reconocimientos sucesivos, de los olvidos sospechosos y de los recuerdos súbitos". Destaca los textos de la correspondencia en que se configura una confesión de deber, y manifiesta que no aparece violación indirecta, ni tampoco transgresión por aplicación indebida o interpretación errónea.

Análisis de la acusación:

Ya la Sala tuvo oportunidad de examinar, por cierto de manera exhaustiva, las pruebas documentales que el recurrente cita como erróneamente apreciadas por el juzgador de segundo grado. En tal análisis, al que ahora se remite (undécimo cargo del demandante recurrente), la Corporación concluyó que los datos arrojados por la realidad procesal, reveladores de una controversia planteada entre dos posturas en pro y en contra de materias tan dudosas como lo eran en el sub-lite el lucro cesante y los salarios caídos, no daban asidero a la aserción de mala fé o dolo en la conducta de la demandada. Se explicó suficientemente en dicha oportunidad cómo, debiendo tenerse por evidente, en términos generales la mala fé patronal para la sanción moratoria, no se había hallado en el sub-judice que la actitud patronal fuera temeraria, ni que su postura hubiera sido de terca negativa a pagar los salarios y prestaciones del trabajador, todo ello con base en las circunstancias y hechos que de manera cuidadosa hubo de destacar esta Sala en el asunto como fundamento de su conclusión. No encuentra nada nuevo que agregar a tal conclusión, en la cual se ratifica.

El ad-quem, después de haber liberado a la demandada de la sanción moratoria por el lapso comprendido entre la terminación del contrato y la consignación judicial, fundamenta la aplicación de la pena para el futuro de la siguiente forma: "Ocurre, sin embargo, que con posterioridad a la consignación mencionada, concretamente en 30 de abril y en 20 de mayo de 1954, como lo prueban las comunicaciones que obran a folios 87v. y 88 y a folios 89 y 90, la sociedad demandada confesó deber sumas superiores a la cantidad consignada, por concepto de salarios y prestaciones, sin que haya constancia de que, hasta la fecha, tal saldo insoluto lo tenga recibido

el actor o lo haya consignado la Empresa. En consecuencia, por no haber solucionado al actor o consignado a su orden, con posterioridad al 30 de abril de 1954, el saldo de prestaciones y salarios que en esa fecha confesó deber, la sociedad demandada se ha hecho acreedora a la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo."

Tres consideraciones desvirtúan el anterior razonamiento del sentenciador, a saber:

1º.—El análisis de las sucesivas ofertas comprueba el aserto de la demandada —y ello afianza su buena fé— de que las cantidades ofrecidas de más corresponden a obligaciones no controvertidas. En efecto: sólo se mantuvo hasta lo último la controversia en torno al lucro cesante y a los salarios caídos; ambos extremos eran eminentemente discutibles.

2º.—Si se tiene como incompleta la consignación —de la cantidad que la empresa afirma creía deber al hacerla— la sanción sólo procedería en el caso de evidente mala fé patronal, la cual no surge del proceso; item más: la aseveración patronal del punto anterior concuerda en un todo con la realidad numérica de las ofertas posteriores a la consignación.

3º.— La tesis del Tribunal resulta de efectos nocivos en el cargo de la conciliación o arreglo directo que de manera especialísima el Derecho del Trabajo propicia y protege.

La jurisprudencia ha insistido de manera uniforme en punto a predeterminar la causalidad de la sanción moratoria en la mala fé y temeridad del patrono, al par que ha erigido la buena fé, que ampara inclusive los estados de duda razonable, como eximente de esa pena. Esta saludable orientación tiene raigambres profundas. Tal así la doctrina universal de derecho que considera el dolo, la torcida intención de causar daño, como precedente por antonomasia para la imposición del castigo, cuando quiera que éste por su rigor y gravedad —como lo es en casi todos los casos la pena pecuniaria del artículo 65— no sea graduable por otros factores. La Corte mantiene una vez más, en su integridad, las anteriores nociones habida cuenta de que una institución inspirada en la defensa de la justicia no puede esgrimirse como arma aniquiladora de ésta, para convertirla, por ello, en causante de ominosas injusticias.

La Sala, dentro de la rigurosa verificación de los hechos realizada atrás, no ha encontrado la franca configuración de la mala fé patronal en el proceso sobre el cual ahora decide. Un cuidadoso estudio de los documentos preindicados —de cuya reiteración se exime por la exhaustividad con la cual fue anteriormente tratado este punto de la litis— induce al convencimiento de que la conducta patronal, por las varias circunstancias analizadas oportunamente, en materia sobremanera dudosa, no consistió en una terca negativa a reconocer y pagar las obligaciones de su empleado ni fue intencionalmente lesiva de los intereses de éste. Cabe afirmar lo anterior respecto de las dos primeras objeciones formuladas al proveído del ad-quem.

En cuanto a la tercera, es indudable que presumir judicialmente confesión en las diversas ofertas formuladas por alguna de las partes en la fase transaccional o de conciliación, como lo ha hecho el juzgador, implica un golpe de gracia contra las diversas formas jurídicas del arreglo directo, institución que en el Derecho Laboral goza del especial amparo de la ley. En efecto: ésta propicia toda composición amistosa de partes desavenidas con el encarecimiento de que el Juez la procure en una de las etapas del juicio, y con la manifiesta voluntad de que aquéllas la busquen y a ser posible la obtengan antes o en el curso de él (artículos 19, 20, 22, 77 y 78 del C. S. de P. L.).

Si la tesis del sentenciador se abriera paso en la jurisprudencia nacional, sería apenas lógico que, como lo anota el recurrente, el arreglo amistoso entre litigante en cuestiones del trabajo resultase notablemente constreñido, si no absolutamente desueto, por las obvias inhibiciones de las partes al formularse sus recíprocas posturas, bien dentro de la transacción o de la conciliación, a causa del inevitable recelo de que sus aserciones o propuestas fueran tomadas, en juicio, con el carácter de plena prueba confesoria.

Lo anterior no quiere decir que tales posturas deban ser desechadas de plano por el Juez. Ello sería contrario a la libre formación del convencimiento. Mas esos datos no deberán ser asimilados por el juzgador a verdad inconcusa con validez de confesión legal, sino que podrán ser tenidos como acervo indiciario coadyuvante del criterio en la apreciación de los hechos. No podría negarse que tales indicios, siempre que vayan apoyados en otras probanzas, pueden ser un invaluable aporte a la configuración de la verdad real. Pero resulta indacuado tomarlos por sí solos como confesión. Por estos aspectos, es, por tanto, atendible la acusación.

Se dijo antes, empero, que era menester destacar si la consignación en el sub-lite fue regular.

Es decir, si llenó los requisitos que la ley y la jurisprudencia han considerado como sustanciales de tal acto, a efecto de que la institución cumpla debidamente sus fines. Ha sostenido la jurisprudencia que no basta solamente la voluntad o deseo de pagar, sino que tales voluntad o deseo —que indudablemente son indicios de la buena fé— deben convertirse en resolución, en acto consignatorio, y que tal acto a su turno debe ser sustancialmente completo para que se le tenga por válido.

Por regla general la consignación debe hacerse en el lugar en que se ha prestado el servicio y en que se han pagado los salarios. Empero, siendo como es el ordinal 2º del artículo 65 un medio de liberación indemnizatoria para el patrono, condicionado a la buena fé de éste, no resulta inadecuado aceptar que la consignación se haga en un lugar distinto debido a especialísimas circunstancias de facto como las advertidas en el sub-lite, en que concurren los hechos de que el "lugar distinto" lo es el domicilio principal de la casa matriz del patrono, y que el trabajador fue promovido a dicho lugar dentro de la ejecución del contrato de trabajo y en ejercicio de la facultad de traslado que le otorgaba al patrono una cláusula contractual válida.

La última de las circunstancias destacadas modifica fundamentalmente el planteamiento; efectivamente: ella está indicando que el lugar del pago de los salarios y de la prestación de servicios era temporariamente Medellín, y no Bogotá en el momento de la extinción del contrato de trabajo, puesto que a aquélla ciudad había sido trasladado el trabajador con base en disposición contractual. De donde es forzoso colegir que la consignación, por este aspecto, no adoleció de fallas sustanciales que la hagan írrita. Aunque sobre este particular no versó la causa de la condena de segunda instancia por concepto de salarios caídos, era de rigor dilucidar el punto, planteado en diferentes momentos por el demandante-recurrente, y aplazado por la Sala para esta oportunidad.

En razón de las consideraciones anteriores, la Sala encuentra configurados los errores de hecho por los cuales se acusa el proveímiento de segundo grado, y por tanto —al declarar la prosperidad del sexto cargo— se abstiene de analizar las acusaciones 7ª y 8ª presentadas como subsidiarias.

Visto lo anterior, la Corte se constituye en Tribunal de instancia para decidir la litis, respecto de los cargos que en este recurso prosperaron. Pero antes debe precisar varios puntos que van implícitos en el resultado obtenido, y que es menester dilucidar para proferir la sentencia.

Como prosperó la impugnación referente al extremo de cesantía (primer cargo del demandante-recurrente), en el sentido de que ésta no debe limitarse a $ 15.363.40, cantidad en que equivocadamente la fijó el ad-quem, sino que debe alcanzar a $ 16.229.60 que es la suma efectivamente establecida en juicio, la Sala se halla en posibilidad jurídica de cumplir plenamente su labor revisora acerca del proveímiento recurrido en lo que respecta a este extremo de la controversia. Anota sobre el particular:

a) La ley dispone que cesantía y jubilación se excluyen. Sin embargo, cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor a veinte (20) años, el trabajador recibirá, a más de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido (artículo 266).

b) La Sala estima que la disposición del literal anterior, **in fine,** no se hace extensiva a la jubilación reducida de que trata el artículo 267 —aplicable en el caso sub-lite,— o sea cuando la pensión jubilatoria se genera por el despido sin justa causa después de 15 años de servicios. Por lo tanto, no se estará a lo dispuesto por el sentenciador en materia de cesantía, en cuanto ordenó que el reintegrar el trabajador al patrono las cantidades pagadas por éste a aquél, por dicho concepto —incluída la última cesantía—, de tal reintegro se excluyera la suma de $ 3.041.11, por corresponder —según el sentenciador— a un período de un año, tres meses y veintiséis días en exceso de los 15 años.

c) El trabajador, para tener derecho al goce de la pensión jubilatoria, deberá reintegrar totalmente lo recibido por concepto de cesantía definitiva, en distintas ocasiones, inclusive la reconocida en este juicio, por excluírse ambos derechos. Pero de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de esta Sala Laboal de la Corte, la devolución de esas sumas se hará permitiendo al trabajador compensar las mesadas de la jubilación con lo debido, hasta reintegrar la totalidad de dichos auxilios de cesantía. Una vez cumplido dicho reintegro, la Empresa deberá pagar al trabajador, mes por mes, la pensión correspondiente.

d) Como el trabajador retiró la consignación de $ 18.710.94, y como se mantiene la sentencia en cuanto a la compensación de $ 440.00, deberá descontarse de las condenas que resulten la cantidad de $ 19.150.94, que se tiene como ya pagada por la compañía al trabajador.

e) Los resultados obtenidos en este recurso y que implican condenas a cargo de la demandada y a favor del demandante, son así:

Por concepto de auxilio de cesantía..$	16.229.60
Por concepto de salarios insolutos...	3.987.94
Por concepto de prima de servicios...	619.74
Por concepto de 45 días de preaviso.	3.449.70
TOTAL .....$	24.286.98

f) En desarrollo del literal d), procede la siguiente resta:

$ 24.286.98 — $ 19.150.94 = $ 5.136.04. Esta última cantidad representa el saldo líquido a favor del demandante por concepto de salarios insolutos, prima de servicios y preaviso que debe ser pagado al actor por la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá de fecha 29 de abril de 1957, en cuanto a los extremos de cesantía, vacaciones, preaviso, salarios caídos y reintegro compensatorio por cesantía excedente de 15 años; reforma el fallo de primera instancia y, en su lugar, dispone:

PRIMERO.—Condénase a la Compañía "Naviera Colombiana S. A." a pagar al señor Francisco Gaviria R. las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

a) La suma de diez y seis mil doscientos veintinueve pesos con sesenta centavos ($ 16.229.60) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

b) La cantidad de tres mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con setenta centavos ($ 3.449.70) moneda corriente, por concepto de preaviso de 45 días.

SEGUNDO.—Como se mantiene la sentencia en cuanto al reconocimiento de la pensión de jubilación, se dispone que el valor de las mesadas que la demandada debe pagar al demandante a partir del día 29 de junio de 1958, se apliquen por aquélla a la compensación total de las cantidades que el demandante recibió —y que debe reintegrar— por concepto de cesantía definitiva en diversas épocas, inclusive la que en este juicio se reconoce, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.—En lo que respecta a la cantidad del reintegro compensatorio de que trata el literal b) del aparte 1º de la sentencia recurrida, debe estarse a lo dispuesto en el punto anterior del presente fallo.

CUARTO.— No se casa la sentencia recurrida en los ordinales II y IV del literal a), ni en los literales c), e) y f) del aparte 1º, ni en el aparte 2º.

Sin costas en este recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCILIACION. — LOS ALCALDES NO PUEDEN SER CONCILIADORES. —APRECIACION DEL DICTAMEN PERICIAL CON QUE SE DEMUESTRA EL MONTO DEL SALARIO PAGADO EN ESPECIE. — DISPOSICIONES LEGALES QUE HAN REGULADO LA SUSTITUCION PATRONAL. — ALEGACION DE LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION

1. — La conciliación, "función de profilaxis procesal", como la llama Shonke, es un medio de arreglo amigable, de frecuente uso en los conflictos jurídicos laborales. Se efectúa, conforme a los artículos 20 y 78 del C. P. T., bajo la vigilancia de un Juez del Trabajo o, excepcionalmente, si el intento es anterior al juicio, ante un inspector del mismo ramo. El funcionario que interviene en el acto debe instruír a los interesados acerca de sus derechos y obligaciones, y cuando se llega a un acuerdo total o parcial, tiene la fuerza de cosa juzgada entre las partes. Se requiere, por ello, un especial conocimiento de las normas pertinentes, tanto sustantivas como de procedimiento.

La facultad de recibir consignaciones de valores correspondientes a salarios o prestaciones, tiene finalidades y efectos distintos a los de la conciliación, como es obvio, y por tanto no es posible inferir que estando los Alcaldes Municipales investidos de ella en los lugares en donde no haya Jueces del Trabajo, pueden actuar también como conciliadores, tanto menos cuanto que es de presumir que sus conocimientos sobre la materia son muy limitados. La ley sólo faculta para ese efecto a los Jueces del Trabajo, o a los Inspectores del ramo.

2.—Hay lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse una determinada solemnidad para la validez del acto, o cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza.

3.— Conforme al artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el salario en especie no se haya valorado de modo expreso en el contrato de trabajo, se estimará pericialmente. Esta disposición, calcada en el artículo 2.054 del Código Civil, tiende a evitar, que a falta de estipulación expresa acerca del monto del salario en especie, se deje de reconocer al trabajador el que en equidad le corresponde.

Supuesto un litigio, el dictamen pericial es, sin duda, la prueba más adecuada acerca del salario en especie no estipulado en el contrato. Pero en manera alguna, y menos dentro del sistema de la libre formación del convencimiento que consagra el artículo 61 del C. P. T., es admisible la tesis de que la opinión del perito haya de prevalecer sobre el criterio del juzgador, excluyendo los otros medios probatorios establecidos en la ley.

Por tanto, si el dictamen pericial en lo relativo a este punto, por cualquier circunstancia no se estima fehaciente, bien puede el fallador atenerse a los otros elementos de juicio que obren al respecto.

4. — Con anterioridad a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo la sustitución de patron fue regulada inicialmente por el artículo 27 del Decreto 652 de 1935 y luégo por los artículos 8º, inciso 3º, de la Ley 6ª de 1945; 53 y 54 del Decreto 2.127 de 1945; y 2º, inciso 3º, de la Ley 64 de 1946.

Yerra, pues, el Tribunal sentenciador cuando en términos generales asevera que el principio de la sustitución de patronos es creación del Código Sustantivo del Trabajo y sólo tiene vigencia a partir del 1º de enero de 1951.

5.—En el procedimiento laboral la excepción de prescripción ha de ser propuesta o alegada en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y nueve de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

IGNACIA ISABEL RUIZ CONTRERAS viuda DE CARDOZO, obrando en su propio nombre y como madre legítima de sus menores hijos RICARDO ANTONIO, JUANA EVANGELISTA, MARIA JOSEFA, ETELVINA ROSA, LEONOR DEL PILAR, LUCAS MANUEL, JOSE MIGUEL, BLANCA MARIA, MARY ISABEL y GILMA DEL SOCORRO CARDOZO RUIZ, demandó, por conducto de apoderado, a MILAD BARGUIL, ante el Juez promiscuo del Circuito de Cereté, con el fin de que se le condenase al pago de auxilio de cesantía, vacaciones, prima completa de servicios, remuneración de domingos y días feriados, auxilio por enfermedad no profesional y demás prestaciones que pudieran corresponder al finado LUCAS CARDOZO MARTINEZ, cónyuge que fue de la demandante y padre legítimo de los mencionados menores.

Se dice en la demanda que en el mes de febrero de 1936, Cardozo celebró contrato verbal de trabajo con la sociedad colectiva de comercio BARGUIL Y CALUME, integrada por los señores Milad Barguil y José Miguel Calume; que desempeñó el cargo de capataz o administrador de la finca denominada San Antonio, perteneciente a dicha sociedad, cargo en ejercicio del cual no sólo realizaba trabajos materiales sino que tenía a su cuidado la vigilancia de los trabajadores ocasionales de la hacienda; que la sociedad se disolvió y liquidó en el año de 1938; y que habiendo pasado la hacienda a manos del ex-socio MILAD BARGUIL, bajo su dependencia, Cardozo continuó desempeñando el mismo cargo; que recibía su sueldo parte en dinero y parte en especie, consistiendo la última en el uso de una casa en la finca y en el suministro de alimentos para él y su mujer y luego también para los hijos que nacieron allí y que alcanzaron al número de diez; que Cardozo, por la índole de sus funciones, trabajaba todos los días, incluso los domingos y días feriados; que por motivo de enfermedad Cardozo viajó a fines del año de 1953 a Medellín, Montería y Cereté, en busca de salud, con dinero que al efecto recibió de su patrono; que con fecha 3 de octubre de ese año, Barguil le hizo firmar a Cardozo, ante la autoridad, un acta de liquidación total de prestaciones por la suma de $ 1.200.00; que nunca recibió de su patrono calzado ni overoles; que en el año de 1954, último en que prestó sus servicios, devengó un salario en dinero de $ 60.00 mensuales, además de la parte en especie; que Cardozo contrajo matrimonio eclesiástico con Ignacia Ruiz Contreras el 6 de agosto de 1954 y que en el acta de matrimonio legitimó a los hijos que con ella tuvo; que todos los miembros de su familia ayudaron a Cardozo en los oficios compatibles con su sexo y edad; que Cardozo falleció en la finca "San Antonio" el 17 de septiembre siguiente, y que Barguil se negó a reconocer y pagar a la cónyuge y los hijos de Cardozo el valor de las respectivas prestaciones sociales, causándoles así graves perjuicios.

Fundó su derecho en los artículos 27, 66, 128, 130, 181 y siguientes, 188, 232, 233 y 251 y siguientes, 286 y 320 del Código Sustantivo del Trabajo, y en el Decreto 2.158 de 1948, y concordantes sobre procedimiento.

El demandado, al contestar la demanda, admitió como ciertos algunos de los hechos, aclarándolos, negó otros y desconoció el derecho alegado por los demandantes y su personería para demandar.

El Juzgado de primera instancia condenó al demandado a pagar a la cónyuge sobreviviente y a los hijos legítimos de Lucas Cardozo Martínez, la suma de diez y siete mil seiscientos setenta y nueve pesos con cuarenta c e n t a v o s ($ 17.679.40) por concepto de cesantía, primas de servicio, compensación de vacaciones, remuneración de trabajo en días de descanso legal, zapatos y overoles e indemnización moratoria.

Apelada la sentencia de primer grado por ambas partes, el Tribunal Seccional del Trabajo de Montería la revocó, declaró probada la excepción de transacción y pago y absolvió al demandado de todos los cargos que formuló la parte demandante. Salvó su voto el Magistrado doctor Norberto Gari del Castillo.

Va a resolverse el recurso de casación que interpuso la parte demandante, previo el estudio de la demanda y del escrito de oposición.

ALCANCE DE LA IMPUGNACION

Aspira el recurrente "a la casación del fallo de segunda instancia y a que en su lugar sea revocada en su totalidad dicha providencia, para que se declare en instancia que debe confirmarse el fallo de primer grado dictado por el Juez Promiscuo del Circuito de Cereté, de fecha 21 de julio de 1955, adicionándolo en los sentidos de extender la condena por mora en el pago hasta la fecha en que éste se realice, y condenar en costas a la parte dmandada".

EL RECURSO

Invoca la causal 1ª del artículo 87 del C. P. T., Y con base en ella formula trece cargos que serán examinados a continuación:

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por violación de los artículos 20 y 78 del C. P. T., a través de un error de derecho por cuyo medio fueron quebrantados los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, que dejó de aplicar, siendo aplicables.

Sostiene el recurrente que el sentenciador incurrió en error de derecho al apreciar como prueba de que las partes conciliaron sus diferencias, con el efecto de cosa juzgada, el Acta visible al folio 20 del cuaderno primero, pues dicha acta aparece celebrada ante el Alcalde Municipal de Cereté y suscrita por el mismo, "siendo así que conforme al artículo 20 del Código de Procedimiento de Trabajo en armonía con el 78 ibídem, el acta debe ser suscrita como funcionario por el Juez competente o por el Inspector del Trabajo".

Al referirse a la parte de la sentencia en que se dio por probada la excepción de transacción y pago, dice que el Tribunal, con notoria falta de sindéresis, llega a esa conclusión porque involucra y tiene por un mismo fenómeno jurídico "los tan distintos de conciliación, transacción y pago".

El opositor, tras de hacer algunos reparos técnicos a la formulación del cargo, dice que lo señalado como confusión del ad-quem es apenas aparente, "ya que el propio Tribunal supo marcar la distinción entre conciliación y transacción", Transcribe a propósito un párrafo del fallo acusado y agrega:

"Si el sentenciador, no obstante lo que acaba de transcribirse, dio validez de conciliación al acta suscrita con ese carácter ante la Alcaldía de Cereté, fue por considerar que este funcionario por no haber Inspector de Trabajo en aquel lugar lo reemplazaba legalmente y, además, por estimar que si de conformidad con el inciso 2º del artículo 65 del Código Sutantivo del Trabajo: Los Alcaldes están facultados para recibir, y desde luego tramitar, las consignaciones a que allí alude, debe entenderse que implícitamente tienen aquella facultad en defecto de los mencionados Inspectores. Esto podía constituír, a lo sumo, una errónea interpretación de los preceptos legales aplicables al caso, pero entonces no estaríamos en presencia de una violación de género indirecto y a causa de mala apreciación de pruebas, como lo pretende el recurrente".

Se considera:

La conciliación, "función de profilaxis procesal", como la llama Shonke, es un medio de arreglo amigable, de frecuente uso en los conflictos jurídicos laborales. Se efectúa, conforme a los artículos 20 y 78 del C. P. T., bajo la vigilancia de un Juez del Trabajo o, excepcionalmente, si el intento es anterior al juicio, ante un inspector del mismo ramo. El funcionario que interviene en el acto debe instruír a los interesados acerca de sus derechos y obligaciones, y cuando se llega a un acuerdo total o parcial, tiene la fuerza de cosa juzgada entre las partes. Se requiere, por ello, un especial conocimiento de las normas pertinentes, tanto sustantiva como de procedimiento.

La facultad de recibir consignaciones de valores correspondientes a salarios o prestaciones, tiene finalidades y efectos distintos a los de la conciliación, como es obvio, y por tanto no es posible inferir que estando los Alcaldes Municipales investidos de ella en los lugares en donde no haya jueces del trabajo, pueden actuar también como conciliadores, tanto menos cuanto que es de presumir que sus conocimientos sobre la materia son muy limitados.

Resulta, pues, desacertada la calificación que el fallador hizo del Acta del folio 20 cuaderno número 1, y erró al atribuírle a ese documento la fuerza de cosa juzgada.

Tampoco cabe considerar estrictamente que el Acta referida es un contrato de transacción, porque no aparece allí el ánimo de terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, ni hay de donde deducir que hubo renuncia de derechos de parte y parte. Se trata, al parecer, de un simple finiquito, esto es, un recibo o cancelación de la totalidad o parte de las deudas pendientes entre el patrono y el trabajador.

Sinembargo, teniendo en cuenta que según el artículo 87 del C. P. T. sólo hay lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse una determinada solemnidad para la validez del acto, o cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, la acusación no puede prosperar por el aspecto en que se ha formulado, puesto que en el fondo el sentenciador no hizo sino dar por

demostrado el pago que el patrono hizo al trabajador demandante, en los términos que se expresan en el acta, pago para cuya validez la ley no exigía solemnidad alguna.

En consecuencia, se rechaza el cargo.

SEGUNDO CARGO

Sostiene el recurrente que el sentenciador, mediante la violación directa por aplicación indebida de los artículos 19 a 24 del C. P. T., que regulan la conciliación, y del artículo 2.469 del Código Civil, que define la transacción, infringió los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, por haberlos dejado de aplicar, siendo aplicables.

Al sustentar el cargo, afirma el recurrente que la sentencia de segunda instancia incurrió en error de hecho cuando dice que el acta en referencia no es conciliación sino transacción "pues al respecto basta observar la misma acta (folio 20, cuaderno 1º), para ver que está intitulada o calificada por las partes y por la entidad que intervino, como acta de conciliación, no como transacción"

Se considera:

El cargo no se ciñe a la técnica de casación, como bien lo anota el opositor, porque cuando el fallador incurre en error de hecho proveniente de la equivocada apreciación de las pruebas, la violación que por esa vía se produce no es directa sino indirecta.

Por lo demás, ya se djio al estudiar el cargo anterior, que el acta que cita el recurrente no acredita una conciliación ni una transacción. Pero como el error en la calificación de la naturaleza de dicha acta no la priva de eficacia para demostrar el pago de las sumas y especies que en ella se mencionan, deberá mantenerse la sentencia acusada en cuanto declara probada la excepción correspondiente.

En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

TERCER CARGO

En este acusa por interpretación errónea del artículo 20 del Código de Procedimiento del Trabajo, que llevó al Tribunal a violar directamente los artículos 65, inciso primero, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene que el Tribunal incurrió en interpretación errónea del artículo 20 del C. P. T. al estimar que la conciliación puede llevarse a cabo ante un Alcalde Municipal, perdiendo así de vista "que la exigencia legal de que ese acto se surta ante el Juez del Trabajo competente o ante un Inspector del mismo ramo, tiene por objeto asegurar la intervención de un funcionario especializado en materias laborales, a fin de dar mayores garantías a las partes y para impedir soluciones gravemente perjudiciales a culaquiera de ellas, como ocurrió para el trabajador a propósito de los orígenes de este pleito".

Para precisar las diferencias entre la conciliación y la transacción, cita en su apoyo los conceptos del doctor Cástor Jaramillo Arrubla y del tratadista Enrique Julio Villarreal.

Se examina el cargo:

Evidentemente el fallador estableció equivalencia entre la transacción y la conciliación y consideró que en el arreglo conciliatorio de que trata el artículo 20 del C. P. T. puede intervenir como funcionario competente un Alcalde Municipal, a tiempo que la ley sólo faculta para ese efecto a los Jueces del Trabajo o a los Inspectores del ramo.

Pero como la mal llamada "acta de conciliación" contiene una declaración sobre pago de prestaciones, suscrita por el trabajador y en la cual éste manifiesta que el patrono queda a paz y salvo para con aquél por ese concepto, ha debido demostrarse por el recurrente que el pago no se hizo efectivo o que al trabajador le correspondía una suma mayor a la que recibió, para que la violación de medio del artículo 20 del C. P. L. condujera realmente a la infracción de las normas sustantivas invocadas.

No habiéndolo hecho así, el cargo no puede prosperar.

CUARTO CARGO

Acusa como violados los artículos 65, inciso segundo del Código Sustantivo del Trabajo y 184, ordinal 8º, del Código de Régimen Político Municipal, por aplicación indebida e interpretación errónea, a través de errores de hecho y de derecho. Señala también como quebrantados a consecuencia de esta "infracción directa" los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

La prueba que estima mal apreciada es el acta de que se ha hablado en los precedentes cargos.

Destaca el recurrente el siguiente aparte de la sentencia de segundo grado:

"'En el presente caso está claro que las partes Milad Barguil y Lucas Cardozo, el mismo día en que el último fue retirado del servicio por com-

probada incapacidad física proveniente de una enfermedad CRONICA, (octubre 5 de 1953) **conciliaron** sus diferencias ante el señor Alcalde del Distrito de Cereté, funcionario éste que reemplaza al Inspector del Trabajo, por no haberlo en esa ciudad. Y que el Alcalde obró en ejercicio de las atribuciones de funcionario administrativo del trabajo que le confieren muchas disposiciones legales, en especial el numeral 2º) del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, y en ejercicio de los deberes que le impone el numeral 8º), artículo 184 del Código Político y Municipal".

Observa el recurrente que el acta no se refiere a una consignación, toda vez que ésta supone negativa del trabajador a recibir sus prestaciones, y no sólo no consta tal negativa o desacuerdo, sino que el acta, por el contrario, da cuenta de un acuerdo pleno y completo pero ilegal.

Agrega que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho y también de derecho al darle el carácter de Acta de conciliación allá que aparece suscrita por el Alcalde de Cereté, pues aun cuando tal representante de la autoridad, conforme al artículo 184, numeral 8º, del Código Político Municipal, tiene el encargo de hacer cumplir las leyes, esta norma general y abstracta no es aplicable a los casos en que las mismas leyes hayan asignado su cumplimiento a funcionarios distintos.

Se considera:

Este cargo, que en el fondo ya fue resuelto al estudiar los anteriores, no se ciñe a la técnica de casación en cuanto el recurrente hace derivar la infracción directa y la interpretación errónea de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Además, adolece de la misma deficiencia atrás señalada, que consiste en que no se ataca el contenido mismo del acta, que sirvió de base al sentenciador para dar por demostrado que el patrono pagó al trabajador y con su asentimiento, el valor de las prestaciones que creyó adeudarle en la fecha de ese documento.

Por lo tanto, tampoco prospera.

QUINTO CARGO

Indica como violadas las normas contenidas en los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo por no haberlas aplicado, siendo todas ellas aplicables, a consecuencia de la violación de los artículos 1.625 y 1.626 del Código Civil, el primero por aplicación indebida, y el segundo por infracción directa.

El desarrollo del cargo dice que si el acta del folio 20 del cuaderno 1º, es un simple finiquito o pago parcial, a pesar de que se intitule conciliación, no es pago porque no corresponde a la prestación de lo que se debe, sino de una suma mucho menor, y por tanto no tenía el efecto de extinguir las obligaciones a cargo del patrono.

El opositor comenta este argumento así:

"En primer término, si se acepta que lo realizado fue un pago, siquiera fuese parcial, necesariamente tiene que admitirse que aquel pago tenía un efecto liberatorio (al menos parcial) de las obligaciones sociales a cargo del demandado. Y entonces, si lo pagado era menor que lo debido, las disposiciones no podían ser violadas en la forma directa que pretende el recurrente, puesto que todo quedaba reducido a una cuestión de **hecho** relativa al **cuantum** de aquellas prestaciones. En tal supuesto correspondía al recurrente demostrar, dentro de ese mismo cargo, cómo había quedado insoluta la diferencia mediante el análisis probatorio o, más propiamente, mediante el ataque a las probanzas que el ad-quem tuvo en cuenta en otras partes de su fallo para concluír en que la entrega de aquella suma había solucionado las obligaciones laborales.

Se considera:

Se ha dicho repetidas veces, que el acta del folio 20 no acredita propiamente una transacción, en cuanto no aparece que las partes hayan tenido en mira terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual, y ni siquiera pone de manifiesto una diferencia o disputa en torno a determinados derechos, sino que simplemente contiene una liquidación de las prestaciones adeudadas por el señor Milad Barguil al señor Lucas Cardozo, seguida de un finiquito o recibo del valor de tales prestaciones, con la declaración expresa de quedar el patrono a paz y salvo para con el trabajador por concepto del contrato de trabajo celebrado entre los dos. Por tanto, hay una equivocación en la sentencia en cuanto dá por demostrada la excepción de transacción.

Pero como desde luego el acta referida demuestra que hubo pago efectivo, el fallador obró legalmente al declarar probada la excepción de pago, limitándola "a las prestaciones de que habla el Acta de conciliación y al auxilio de enfermedad por haberse acreditado su pago".

Que la suma debida al demandante fuese mayor a la que se pagó por el patrono, conforme al acta mencionada, es una cuestión de hecho, que

el recurrente no plantea, lo cual impide a la Sala estudiar ese aspecto.

Por lo expuesto, la acusación no prospera.

SEXTO CARGO

Señala como violados los artículos 15 del Código Sustantivo del Trabajo y 2.469 a 2.487 del Código Civil, relativos a transacción, por aplicación indebida, procedente de error de hecho, violación que condujo al Tribunal a la infracción de los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, por falta de aplicación, siendo aplicables al caso.

Hace consistir el error de hecho en dar por establecido que las partes, "al conciliar sus diferencias", tuvieron en cuenta un salario total de $ 60.00 mensuales, dividido así: $ 35.00 en dinero efectivo y $ 25.00 en especie.

Dice el recurrente que el acta de conciliación (folio 20, cuaderno primero), en la que parece haberse fundado el fallador, no menciona cuál fue el salario, ni menos se refiere a su composición parte en especie y parte en efectivo, ni al quantum de cada uno de estos factores. Que en cambio, en el documento del folio 50 del cuaderno primero, prueba ésta que no apreció correctamente el fallador, el salario aparece avaluado en $ 254.00 mensuales ,descompuesto así $ 60.00 en efectivo y $ 194.00 en especie.

Se considera:

Sobre este punto el Tribunal se expresa así:

"Ya hemos visto que Cardozo trabajó para Barguil desde el 1º de enero de 1940, hasta el 5 de octubre de 1953, es decir, durante 13 años, 7 meses 5 días. Y si con vista del Acta de Conciliación y lo que en ella aparece pagado al señor Cardozo, haciendo los cálculos aritméticos correspondientes, llegaremos a la conclusión de que se le pagó la cesantía correspondiente a catorce (14) años completos; y las primas correspondientes a tres (3) años completos (1951, 1952 y 1953); y vacaciones en seis (6) años, en vez de los tres (3) años a que condenó el Juez a-quo, sin reclamación de la parte demandante, con base en sesenta pesos ($ 60.00). mensuales. De modo que, en cuanto al tiempo se refiere, al contrario de lo afirmado por el apoderado de la parte demandante, no hubo mala fé de parte del patrón.

"Veamos si el salario base, estimado en sesenta pesos ($ 60.00) por las partes, es aceptable de conformidad con la ley, o si por el contrario, esa estimación contractual es ilegal y debe desestimarse.

"Está plenamente comprobado, con el examen de los libros y con las declaraciones de renta, sobre las cuales recayó inspección ocular pedida por la parte demandante, por lo cual ésta debe recibirla no sólo en lo que le favorezca sino también en lo que la perjudique, que el salario en efectivo devengado por Cardozo al tiempo de su retiro era de treinta y cinco pesos ($ 35.00) y que, además, recibía prestaciones en especie que los testigos, en forma vaga e indeterminada en cuanto a la cantidad, hacen consistir en 40 libras de arroz semanal, azúcar, sal y a veces jabón y que el señor Barguil señaló en "una cuartilla de arroz, dos libras de azúcar, una libra de café y LA LECHE DE DOS VACAS, cosa esta última de que no hablan los testigos, cuyo dicho por razones que se dirán más adelante, no merece credibilidad".

".....Y está claro que las partes convinieron en estimar en veinticinco pesos ($ 25.00) el valor de las especies, para hacer un total de sesenta pesos ($ 60.00), como salario base mensual. Sobre este particular el Tribunal hace esta observación: Cuando el día 3 del mes en curso, se practicaba inspección ocular en la contabilidad del señor Milad Barguil, al ser requerido éste "para que presentara los datos correspondientes al salario en especies", contestó: que él le daba semanalmente una **cuartilla de arroz** al señor Lucas Cardozo, **una libra de café y dos libras de azúcar,** que tomaba de su almacén, pero que no contabilizaba esos gastos en el libro de cuentas corrientes para simplificar las operaciones..... Lo subrayado por el Tribunal corresponde exactamente a lo mismo que el señor Barguil manifestó dar a su trabajador, al absolver posiciones ante el Juez a-quo el día 4 de mayo, es decir, siete meses, antes; y esta correspondencia, a pesar del largo tiempo transcurrido, induce al Tribunal a dar crédito al dicho del señor Barguil, si no fuera suficiente el hecho de que la absolución de posiciones es su confesión, que no puede destruírse sino con una prueba de igual categoría. Pero el señor Barguil, el día de la inspección y con el motivo ya expresado, dijo:..... esos artículos los suministré hasta el cinco (5) de octubre, fecha de la liquidación y desde esa fecha seguí suministráádole hasta el 31 de diciembre de 1953". Ahora bien, como durante los tres meses siguientes (enero, febrero y marzo de 1954) en que se pagó el auxilio por enfermedad, no se suministraron las especies, se pagó, en cambio, un efectivo de sesenta pesos ($ 60.00), base que se tomó para los efectos de la liquidación y pago

de prestaciones en la fecha del retiro del trabajador enfermo. Está claro, pues, que las partes convinieron en estimar el salario en especie en veinticinco pesos ($ 25.00), que sumados a los treinta y cinco pesos ($ 35.00) en efectivo, dá un salario base de sesenta pesos ($ 60.00) mensuales, lo que indica que el pago hecho por el señor Barguil al señor Cardozo es legal y que el primero nada debe al segundo por cesantía, vacaciones, primas, auxilios de enfermedad, medicinas, médicos, overoles y zapatos. Pagos estos que le fueron hechos oportunamente, como consta del Acta de Conciliación, firmada por el patrono, por el trabajador, por el Alcalde de Cereté y por su Secretario, y cuya autenticidad y veracidad han sido reconocidos espontánea y expresamente por el apoderado de la parte demandante".

Como se ve, no afirma el Tribunal fallador que en el "Acta de Conciliación" se haga referencia a un salario de $ 60.00, parte en dinero y parte en especie, sino que se limita a manifestar que "haciendo los cálculos aritméticos correspondientes", sobre la base de un salario de $ 60.00, llega a la conclusión de que al trabajador demandante "se le pagó la cesantía correspondiente a catorce (14) años completos; y las primas correspondientes a tres (3) años completos (1951, 1952 y 1953); y vacaciones en seis (6) años en vez de los tres (3) años a que condenó el Juez a-quo, sin reclamación de la parte demandante".

La estimación del salario en la suma total de $ 60.00 fue hecha por el sentenciador con apoyo en las inspecciones oculares sobre los libros de contabilidad y las declaraciones de renta y en la absolución de posiciones del demandado.

El recurrente, sin atacar directamente dichas pruebas, cita como no apreciada la que consiste en el dictamen pericial, visible al folio 50 del cuaderno número 1, en que aparece avaluado el salario de Cardozo en la suma de $ 254.00, así: $ 60.00 en dinero y $ 194.00 en especie. Este dictamen, que respecto del segundo de los elementos mencionados, hubiese podido ofrecer especial fuerza de convicción, no la tiene, sinembargo, porque se refiere a lo que una familia campesina de nueve personas adultas necesita para su sostenimiento diario en arroz, azúcar, sal, jabón, plátanos, cocos, leche y habitación, y no a las cosas y cantidades que concretamente recibió Cardozo como parte en especie de su salario, según lo que el fallo del **ad-quem** da por establecido y el recurrente no contradice, a saber: una cuartilla de arroz, una libra de café y dos libras de azúcar, cada semana.

En consecuencia, no se advierte el error de hecho que señala el recurrente, y por ello el cargo no prospera.

SEPTIMO CARGO

Está formulado así:

"Incurre en error de derecho el Tribunal al no haber apreciado, habiendo debido hacerlo así, a términos del artículo 129, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con el 51 del Código de Procedimiento Laboral, el dictamen pericial sobre valoración del salario en especie de Lucas Cardozo, visible a folios 49 y 50 del cuaderno 1º.

"La primera de estas normas exige que cuando se trata de salario en especie su valoración debe aparecer **expresamente** en el contrato y a falta de esta valoración deberá **estimarse pericialmente.**

"Pero dicho salario sí está **avaluado pericialmente** (folios 49 y 50, cuaderno 1º), avalúo que el Tribunal, habiendo debido tenerlo en cuenta a término del artículo 51 del Código de Procedimiento Laboral, no lo tuvo en cuenta para nada, incurriendo por ello en error de derecho que lo condujo a violar por aplicación indebida la norma sustantiva del artículo 129, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, norma que ha debido ser aplicada y que como consecuencia del error anotado, el Tribunal dejó de aplicar.

"Y como consecuencia de esta violación, el Tribunal infringió en la parte resolutiva de su fallo las normas sustantivas contenidas en los artículos 65, número 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, normas que en su orden tratan de las siguientes prestaciones sociales: indemnización por falta de pago, cesantía, compensación de vacaciones en dinero, prima de servicios, suministro de calzado y overoles, y auxilio y asistencia por enfermedad no profesional, pues dejó de aplicarlas y reconocerlas al demandante, siendo todas ellas aplicables como consecuencia del contrato de trabajo que existió entre el demandado y Lucas Cardozo".

El opositor observa que la demostración de la existencia del salario en especie puede hacerse por varios medios, por ejemplo con la confesión del demandado, por lo cual el dictamen pericial no es una prueba **ad-sustanciam actus**, resultando así incorrecta la formulación del cargo por error de derecho.

Agrega: "Si el dictamen pericial no tiene ca-

rácter de obligatoriedad para los falladores en materia civil, mucho menos puede tenerla en el campo laboral, en donde el juzgador dispone de un ámbito de acción mucho más amplio para la apreciación probatoria". Cita en apoyo de su tesis la jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo, y termina refiriéndose al dictamen del perito señor Luis Consuegra, del cual dice que para que pudiese tener mérito probatorio ha debido considerar los elementos constitutivos de la alimentación del demandante y su familia, y no entrar en conjeturas y suposiciones improcedentes.

Se examina el cargo:

Ciertamente, conforme al artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el salario en especie no se haya valorado de modo expreso en el contrato de trabajo, se estimará periciálmente. Esta disposición, calcada en el artículo 2.054 del Código Civil, tiende a evitar, que a falta de estipulación expresa acerca del monto del salario en especie, se deje de reconocer al trabajador el que en equidad le corresponda.

Supuesto un litigio, el dictamen pericial es, sin duda, la prueba más adecuada acerca del salario en especie no estipulado en el contrato. Pero en manera alguna, y menos dentro del sistema de la libre formación del convencimiento que consagra el artículo 61 del C. P. T., es admisible la tesis de que la opinión del perito haya de prevalecer sobre el criterio del juzgador, excluyendo los otros medios probatorios establecidos en la ley.

Por tanto, si el dictamen pericial en lo relativo a este punto, por cualquier circunstancia no se estima fehaciente, bien puede el fallador atenerse a los otros elementos de juicio que obren al respecto.

Tal fue lo que ocurrió en el caso de autos, en que el Tribunal sentenciador halló más certeza en las inspecciones oculares y en la absolución de posiciones del demandado, que en el dictamen del perito acerca del valor de las especies suministradas por el patrono al demandante.

Además, el error de derecho supone una prueba **ad-substantiam actus.** Y no siéndolo el dictamen pericial, la alegación del recurrente sobre esta cuestión carece de fundamento.

Se rechaza, pues, el cargo.

OCTAVO CARGO

Acusa por violación del artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo por falta de aplicación, lo que condujo al fallador a la infracción de los artículos 65, inciso 1, 149, 188, 306, 232 y 277 del mismo Código, por falta de aplicación, siendo aplicables al caso, a través de errores de hecho.

Hace consistir el error de hecho en no dar por establecido que en la supuesta transacción contenida en el acta visible al folio 20 del cuaderno 1º, el trabajador renunció a derechos claros e indiscutibles, que puntualiza así:

"Uno de esos derechos el que, conforme al artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo tiene el trabajador para que su salario en especie sea valorado expresamente en el contrato, o a falta de esta valoración sea avaluado pericialmente.

"El Acta o transacción no mencionó ni este avalúo ni aquella fijación expresa contractual.

"Otro de esos derechos es el que, conforme al artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, tiene el trabajador para que a la terminación de su contrato sean expresados los motivos de esa terminación, so pena de que posteriormente no puedan alegarse motivos diferentes.

"El Acta en cuestión no menciona motivo diferente de la terminación unilateral.

"Otro de esos derechos es el que, conforme al artículo 64, numeral 2º del Código Sustantivo del Trabajo, en caso de simple terminación unilateral el patrono deba pagarle al trabajador los salarios restantes para completar el plazo real o presunto del contrato.

"Nada dice el Acta en cuestión sobre pago de estos salarios.

"Y por último, otro de esos derechos es el que tiene el trabajador a que sus prestaciones le sean pagadas con base en su salario, salario que para el Tribunal era de $ 60.00 mensuales, pero que conforme fue avaluado pericialmente en desarrollo del artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, asciende a $ 254.00 mensuales".

Se estudia el cargo.

Atrás se expresaron las razones por las cuales esta Sala estima que el Acta del folio 20, cuaderno 1º, no contiene propiamente una transacción, sino un finiquito o carta de pago.

Mas en la hipótesis de que se tratara de una verdadera transacción, y habiéndose formulado el cargo por error de hecho, han debido singularizarse las pruebas encaminadas a demostrar los hechos generadores de los derechos que se afirman fueron renunciados, pues la circunstancia de que el Acta haya omitido indicar el salario en especie, los motivos de terminación del contrato y el lucro cesante, no basta para el fin que se propone la acusación.

Tampoco prospera este cargo.

NOVENO CARGO

Señala como quebrantado por infracción directa, el artículo 27 del Decreto 652 de 1935, en relación con los artículos 65, numeral 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, que no fueron aplicados, siendo aplicables al caso.

Destaca el recurrente el siguiente párrafo de la sentencia acusada.

"Por otra parte se ha demostrado también con el examen de los libros de contabilidad y con vista de la escritura pública de Disolución de la Sociedad, que el señor Lucas Cardozo Martínez fue trabajador de la Sociedad Comercial "Barguil y Calume" desde el mes de enero de 1936 hasta 31 de diciembre de 1939; que, en esa fecha, la finca "San Antonio" fue adjudicada al señor Milad Barguil, y Lucas Cardozo continuó prestando sus servicios en ella, ya no para la Sociedad, sino para el señor Milad Barguil, pero, como para esa fecha, no existía ninguna disposición legal que dispusiera lo contrario, hay que aceptar que el contrato de trabajo que mediaba entre Cardozo y dicha Sociedad quedó terminado el 31 de diciembre de 1939, fecha de la disolución de ésta, y al pasar Cardozo a ser trabajador de Milad Barguil, nació entre ellos un nuevo contrato, una nueva relación de trabajo, que nada tiene que ver con el contrato o con la relación de trabajo que existió entre el mismo trabajador y la Sociedad disuelta y liquidada, por falta de disposición legal que ordenara lo contrario. Es de observar que el principio de la "sustitución de patronos" es creación del Código Sustantivo del Trabajo y sólo tiene vigencia a partir del 1º de enero de 1951, sin que sea dado aplicarlo retroactivamente a situaciones definidas con mucha anterioridad a esa fecha".

Sostiene que la sentencia contradice abierta y francamente el texto del artículo 27 del Decreto 652 de 1935, llegando inclusive a desconocer su existencia, y que con ello se afecta la principal prestación discutida, o sea el auxilio de cesantía que, "es una simple expectativa", no un derecho adquirido y consolidado periódicamente, pues el mismo Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 250 dice en qué casos el trabajador no tiene derecho a ella".

Se conisdera:

Con anterioridad a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo la sustitución de patrono fue regulada inicialmente por el artículo 27 del Decreto 652 de 1935 y luégo por los artículos 8º, inciso 3º, de la Ley 6ª de 1945; 53 y 54 del Decreto 2.127 de 1945; y 2º, inciso 3º, de la Ley 64 de 1946.

Yerra, pues, el Tribunal sentenciador cuando en términos generales asevera que el principio de la sustitución de patronos es creación del Código Sustantivo del Trabajo y sólo tiene vigencia a partir del 1º de enero de 1951.

Pero ocurre que en el asunto que se estudia, la sentencia dá por establecido con la inspección ocular llevada a cabo en las oficinas de la Recaudación de Hacienda Nacional de Cereté y de otros municipios, con las afirmaciones de la demanda y con la declaración de Ignacia Isabel Ruiz viuda de Cardozo, pruebas no atacadas por el recurrente, que Lucas Cardozo figuró como jornalero, con sueldo de $ 30.00 hasta el año de 1950, en que principia a figurar como capataz, y que aún en el desempeño de este cargo sus funciones consistían en "atender el ganado, atender a las bestias, atender a las cercas, arrancar gramalote, sacar araña de gato (plantas espinosas)", funciones que el sentenciador estima predominantemente materiales. Y como en la fecha (31 de diciembre de 1939) en que la finca "San Antonio" anteriormente de la sociedad comercial "Barguil y Calume", pasó a ser de propiedad de Milad Barguil, los obreros no disfrutaban de auxilio de cesantía, ninguna obligación por este concepto existía a cargo de la sociedad, de la cual tuviese que responder solidariamente el patrono sustituto.

Por lo tanto el cargo no prospera.

DECIMO CARGO

Señala como violado por infracción directa el artículo 16, numeral 1º del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo, que, a consecuencia de aquella infracción, no fueron aplicados al caso, siendo aplicables.

Anota el recurrente que estando demostrado que el contrato de trabajo entre Cardozo y Barguil terminó después de 1953 deben aplicarse las disposiciones vigentes entonces, en virtud del principio de que las normas laborales producen efecto inmediato y se tienen como incorporadas en los contratos que estén vigentes o en curso cuando son expedidas.

Se considera:

La excesiva vaguedad de este cargo lo hace inasible.

En efecto, no indica el recurrente las normas

laborales que se incorporasen al contrato de trabajo que ligó a Cardozo con Barguil, por haberse expedido durante su vigencia, ni señala los hechos pertinentes, y ello impide averiguar si el sentenciador les dio o no aplicación a aquéllas.

Mas si de la sustitución de patrono se trata, como parece, ya que el recurrente alude a posibles obligaciones insolutas de la sociedad que se disolvió en 1939, es obvio que no teniendo efecto retroactivo el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, según su propio mandato, la sustitución se rigió por las disposiciones vigentes en el momento de su ocurrencia, que lo eran las del Decreto 652 de 1935, reglamentario de la Ley 10 de 1934.

Por lo expuesto, tampoco prospera este cargo.

UNDECIMO CARGO

Acusa por violación directa de los artículos 2.513 del Código Civil, 343 del Código Judicial y 32 del Código de Procedimiento Laboral, a través de errores de hecho, en relación con los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

Hace consistir el error de hecho en haber dado por establecido, sin estarlo, que la excepción de prescripción fue propuesta oportunamente por el demandado.

Se estudia el cargo.

No se ciñe este cargo a la técnica de casación porque, como es bien sabido, la infracción directa no puede ocurrir a través de errores de hecho.

Por lo demás, aunque en principio tiene razón el recurrente en cuanto a que en el procedimiento laboral la excepción de prescripción ha de ser propuesta o alegada en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, como en la parte resolutiva del fallo no se declara probada tal excepción, sino la de transacción y pago, carece de objeto la acusación.

Se rechaza, este cargo.

DECIMO SEGUNDO CARGO

Señala como violados los artículos 487 del Código de Comercio y 2.121 y 2.141 del Código Civil, por aplicación indebida, violación que llevó al Tribunal a la infracción de los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del Código Sustantivo del Trabajo.

En desarrollo de este cargo dice el recurrente que estando obligado el socio de una sociedad colectiva disuelta y liquidada, a responder personal y solidariamente por las obligaciones a cargo de la misma sociedad, resulta ilegal declarar, como lo hizo el Tribunal fallador, que Milad Barguil, en su condición de ex-socio y adjudicatario de Barguil y Calume, no estaba obligado a responder por las deudas que la mencionada sociedad hubiera podido dejar pendientes en razón de los servicios que a ésta le prestó Lucas Cardozo.

Se considera:

El cargo no es eficaz en orden a obtener la declaración de obligaciones que tuviera para con Cardozo el señor Milad Barguil como ex-socio y adjudicatario de la sociedad Barguil y Calume, ya que ello implica una cuestión probatoria, que no plantea aquí el recurrente, y que al examinarse en otro cargo, se decidió desfavorablemente a sus propósitos, en atención a que, para efectos de la cesantía, Cardozo fue clasificado como obrero y de consiguiente sin derecho a esa prestación, respecto del lapso comprendido entre 1936 y 1939, en que prestó sus servicios a la Sociedad.

Tampoco prospera este cargo.

CARGO DECIMO TERCERO

Señala como violado, por aplicación indebida, al no haberlo aplicado, el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, y por falta de aplicación, las otras disposiciones citadas en todos los cargos, a saber: los artículos 65, inciso 1º, 249, 188, 306, 232 y 277 del C. S. del T., a consecuencia de manifiesto error de hecho.

Cita como prueba mal apreciada la inspección ocular visible a folios 43 a 46 del cuaderno 3º.

Hace consistir el error de hecho en lo siguiente:

a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el contrato de trabajo terminó el 5 de octubre de 1953, y

b) Tener como auxilio por enfermedad lo que los propios libros del demandado catalogan como sueldos.

Sostiene que el contrato no terminó el 5 de octubre de 1953 y anota que si Barguil le pagó a Cardozo con posterioridad a esa fecha, que es la misma del Acta de liquidación de prestaciones, la suma de $ 35.00 mensuales hasta diciembre del mismo año, inclusive, y luégo la de $ 60.00 mensuales desde enero hasta marzo de 1954, se llegaría a la conclusión absurda de que el patrono aumentó el sueldo al trabajador tres meses después de su retiro.

Se considera:

La prueba que singulariza el recurrente, esto es, la inspección ocular visible a folios 43 a 46

del cuaderno 3º, dice lo siguiente sobre los pagos efectuados con posterioridad al 5 de octubre de 1953:

"Seguidamente se constató que el señor Lucas García (Cardozo), comenzó a trabajar con la Sociedad Barguil y Calume el 28 de enero de 1936 y devengaba un sueldo de diez pesos ($ 10.00), mensuales, y sucesivamente hasta el año de 1939 en 31 de diciembre, en que ya devengaba la suma de veinticinco pesos ($ 25.00) mensuales. A partir de enero de 1940, con el mismo sueldo comenzó a trabajar a órdenes del señor Milad Barguil, debido a que la Sociedad Barguil y Calume, de la cual él formaba parte fue disuelta en diciembre de 1939, según escritura pública número 336 corrida ante la Notaría Unica del Circuito de Cereté, y debidamente registrada la cual fue puesta de presente al Tribunal y los testigos actuarios. En esta situación el trabajador Cardozo siguió trabajando a órdenes del señor Milad Barguil, devengando un sueldo de treinta pesos ($ 30.00) mensuales a partir de septiembre de 1940, y con este sueldo continuó laborando hasta el mes de mayo de 1950. De este mes en adelante comenzó a devengar la suma de treinta y cinco pesos ($ 35.00) mensuales hasta el día de la liquidación cinco (5) de octubre de 1953, y en los meses de octubre, noviembre y diciembre igual sueldo de treinta y cinco pesos ($ 35.00). En enero, febrero y marzo fue aumentado a la suma de sesenta pesos ($ 60.00) todo lo cual figura en el libro de cuentas corrientes. Acto seguido se procedió a establecer cuáles eran los gastos que el señor Milad Barguil hacía en el sostenimiento o alimentación al capataz Lucas Cardozo Martínez y a los familiares de éste, del mes de septiembre de 1953 al mismo mes de 1954. Requerido el señor Milad Barguil para que presentara los datos correspondienes, manifestó: que él le daba semanalmente una cuartilla de arroz al señor Lucas Cardozo, una libra de café y dos de azúcar, que tomaba de su almacén, pero que no contabilizaba esos gastos en sus libros de cuentas corrientes, para simplificar las operaciones de contabilidad, porque al cargarlo a gastos generales o gastos de hacienda había que abonarlos a mercancía y al hacer esta operación se aumentaría los gastos en declaración de renta, a la vez las utilidades por concepto del negocio de mercancía, esos artículos los suministré hasta el cinco de octubre fecha de liquidación de 1953 y desde esa fecha seguí suministrándole hasta el 31 de diciembre del mentado año. Seguidamente, los testigos pasaron a constatar el depósito por la suma de un mil doscientos pesos ($ 1.200.00) que dejó Cardozo en poder del señor Milad Barguil, por concepto del pago de sus prestaciones y la forma y el tiempo como fue retirado ese dinero. Los testigos manifestaron que en la relación correspondiente al libro de cuentas corrientes, y en la cuenta del señor Lucas Cadozo, aparece lo siguiente: en cinco de octubre de 1953 le fue liquidada su cesantía y prestaciones sociales, por valor de $ 1.200.00; que de allí se dedujo la suma de $ 133.71 que quedó a deber, pasando un saldo a su favor de $ 1.066.29 que en 10 de octubre retiró $ 100.00, que en noviembre 3, retiró $ 100.00; que en noviembre 10 retiró $ 330.00, que en noviembre diez y seis retiró $ 60.00, que en noviembre 21 $ 50.00, que en noviembre 29 $ 100.00, diciembre 7 $ 50.00, que en diciembre nueve se le abonó su sueldo de octubre y noviembre por valor de $ 70.00, en diciembre doce retiró $ 150.00, diciembre veintisiete retiró $ 10.00, diciembre 31 se le abonó su sueldo de este mes de treinta y cinco pesos ($ 35.00) enero 31 de 1954, se le abonó su sueldo de ese mes por $ 60.00, en febrero 20 retiró $ 60.00, febrero 28 retiró $ 221.29. Al llegar a este estado y como en libro de cuentas corrientes aparece el corte de esta cuenta, los señores testigos procedieron a verificar las correspondientes operaciones para establecer la veracidad entre el debe y el haber, resultando para uno y otro la suma de $ 1.231.29. A continuación los testigos procedieron a verificar si realmente el señor Milad Barguil estuvo pagando a Lucas Cardozo, a pesar de haber terminado el contrato de trabajo, y a partir del mes de octubre de 1953 inclusive, el sueldo completo a título de auxilio de enfermedad por el término de seis meses. Los señores peritos pudieron constatar que en realidad aparece sentado en el libro de cuentas corrientes, y en la cuenta del señor Lucas Cardozo, aparecen los sueldos pagados durante seis meses por concepto de auxilio de enfermedad con las siguientes leyendas. Diciembre 9 de 1953 su sueldo de octubre y noviembre $ 70.00, diciembre 31 su sueldo de diciembre $ 35.00, enero 31 de 1954 su sueldo de enero de 1954, $ 60.00, febrero 28 su sueldo de febrero de 1954 $ 60.00, marzo 31 su sueldo de marzo de 1954 $ 60.00. Las dos últimas partidas de $ 60.00 cada una aparecen entregadas con fecha marzo 31 y abril 14. En esta forma aparece saldada la cuenta del señor Lucas Cardozo en abril 14 de 1954, y los señores peritos manifiestan a petición del doctor Gómez Reynero, que en la relación anterior de sueldos no

figura que fueran dados por concepto de auxilio de enfermedad. En este estado los peritos dejan rendido el dictamen correspondiente. El Honorable Magistrado ponente preguntó a los representantes de las partes, si tenían algo que decir sobre la inspección practicada, y el doctor Gómez Reynero manifestó que no tiene nada que objetar. El doctor Herrera manifestó lo siguiente: Que para disipar las dudas que pudiera sugerirle al doctor Gómez el hecho de que al contabilizar los seis meses que se le pagaron al señor Lucas Cardozo, como auxilio de enfermedad, a partir del mes de octubre inclusive, explica que la ley ordena pagarle al trabajador enfermo como por ese concepto las dos terceras partes del sueldo durante los tres primeros meses y la mitad del sueldo durante los otros tres meses; y que por esa circunstancia, como la ley habla de sueldos, al contabilizar se empleó la misma palabra.... En este estado el doctor Herrera Juliao con la venia del Tribunal, explica.... que en el caso de Lucas Cardozo, ya se explicó desde la contestación de la demanda, que en atención a encontrarse enfermo y por generosidad de su patrono ,no se le pagó, ni la tercera parte, ni la mitad del sueldo por auxilio de enfermedad, como manda la ley, sino el sueldo completo..."

Sobre la fecha en que terminó el contrato, la sentencia se expresa así:

"Para el Tribunal es cosa completamente demostrada que Lucas Cardozo no volvió a trabajar para el señor Barguil ni podía trabajar, "por hallarse gravemente enfermo", desde el 5 de octubre de 1953, fecha en que, según el Acta de Conciliación que obra en autos, fue despedido, hasta el 16 de septiembre de 1954, fecha en que murió. A esta conclusión llega el Tribunal con vista de las afirmaciones hechas por el apoderado de la parte demandante al interrogar a los testigos Pedro Narváez Martínez y Pedro Martínez, traídos a los autos por la parte demandante; del interrogatorio libre de la señora Ignacia Isabel Ruiz viuda de Cardozo, esposa del trabajador Lucas Cardozo Martínez; y de los doctores Marco T. Vélez H. y Jesús María García Rodríguez, médicos que asistieron a Cardozo".

Es, pues, cierto que Cardozo siguió recibiendo periódicamente, con posterioridad al 5 de octubre de 1953 y hasta el 14 de abril de 1954, sumas contabilizadas como sueldos en los libros del demandado. Pero ello no basta por sí solo para demostrar que hubiese continuado prestando su actividad personal ni desquicia las pruebas que produjeron en el sentenciador, dentro de la libertad de que goza al efecto, la certidumbre de que la relación de trabajo terminó en la fecha que indica el Acta de liquidación de prestaciones, suscrita por el patrono y el trabajador interesados.

No aparece, en consecuencia, que se haya pagado el auxilio de cesantía antes de terminar el contrato, con violación del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo.

Se rechaza también este cargo.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Seccional de Montería, materia de este recurso.

Sin costas, por haberse aceptado en principio algunas de las tesis del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García.

Vicente Mejía Osorio, Secretario.



SOLIDARIDAD ENTRE EL CONTRATISTA INDEPENDIENTE, EL INTERMEDIARIO Y EL BENEFICIARIO RESPECTO DEL PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES Y DE INDEMNIZACIZON POR MORA. — CASO EN QUE NO PUEDEN DISTINGUIRSE ESTAS MODALIDADES DEL PATRONO. — APRECIACION DEL TESTIMONO SUMINISTRADO POR EMPLEADO DEL DEMANDADO. — ALCANCE DE LA FACULTAD PARA FALLAR EXTRA O ULTRA PETITA. — TECNICA DE CASACION

La facultad de decisión con alcance de extra **o** ultra **petita no envuelve la modificación oficiosa y arbitraria del vínculo jurídico-procesal de las partes. La institución de decidir sobre materia distinta o cuantitativamente superior a la pedida le otorga al Juez del Trabajo la facultad de apreciar ampliamente la** causa petendi **de la acción a efecto de modificar el** petitum, **en el momento de la condena, bien sea en el aspecto de su calidad o de su cantidad. Fenómeno distinto es el de la absolución de la parte demandada, absolución que puede ser subjetiva u objetivamente parcial o total. En el primer caso cuando recae sobre el sujeto o sujetos demandados y en el segundo sobre el objeto u objetos que se demandan.**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintisiete de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Por medio de apoderado, el señor Moisés Jiménez Bonilla demandó a la Colombian Petroleum Company —representada para tal efecto por el doctor Rafael Espinosa— y al señor Anselmo Amaya, solidariamente, para que mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo los demandados fueran condenados a pagar al demandante las siguientes cantidades: a) Cesantía correspondiente a 44 meses y 25 días trabajados; b) Primas de servicio por el mismo tiempo; c) Vacaciones por tres años causadas y no disfrutadas; d) Días domingos comprendidos durante el tiempo trabajado y no pagado; e) Indemnización por falta de pago de las prestaciones; f) Valor del tiempo faltante para cumplirse el último plazo presuntivo del contrato de trabajo; g) Costas del juicio.

Relata la demanda que:

1º.—Jiménez Bonilla fue contratado por Anselmo Amaya para trabajar como aserrador de madera en Tibú el 28 de enero de 1952 y duró trabajando continuamente hasta el 23 de octubre del año de 1955 fecha en que le fue interrumpido su contrato de trabajo unilateral e intempestivamente.

2º.—El demandante trabajaba por tarea y su jornal diario en promedio era de $ 12.50.

3º.—Al mencionado señor se le pagaba únicamente el valor de la tarea realizada dejándosele de cancelar el valor correspondiente a los dominicales.

4º.—A pesar del reclamo hecho en Tibú por el actor, no le fueron canceladas sus prestaciones ni por Amaya ni por la Compañía.

5º.—Anselmo Amaya "era o es" contratista de la Colombian Petroleum Company (Colpet) para el suministro exclusivo de madera.

6º.—Jiménez Bonilla para el desempeño de sus labores hacía uso de todos los servicios que la empresa presta a los trabajadores de ella, tales como transportes, alimentación, alojamiento, clínica, etc.;

7º.—Entre Anselmo Amaya y Jiménez Bonilla existió un contrato de trabajo verbal.

8º.—Amaya siempre se negó a pagar las prestaciones de sus ex-asalariados, habiendo tenido que hacerlo la Empresa contratante.

Como normas de derecho aplicables citó los artículos 22, 23, 24, 37, 47, 55, 64, 172, 186, 189, 249 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

Notificada que fue en debida forma y corrido su traslado tanto a Amaya como a la Compañía, sólo Colpet afrontó el juicio, y, por conducto de apoderado, respondió el libelo negando los hechos 1º, 2º y 3º. En cuanto al 4º afirmó que el actor jamás había sido trabajador de la Compañía, por lo cual no existía razón alguna para que ésta le pagara prestaciones sociales. En relación con el 5º, admitió ser cierto, en parte, pues Amaya en

años anteriores vendió madera aserrada a la Compañía. Dijo que el 6º debía probarse; y que si la Colombian le había suministrado esos servicios a Jiménez, había sido por cuenta de Amaya, quien a su vez descontaba su precio del valor de la madera que le compraba al demandante. En relación con el 7º, afirmó no ser cierto y en cuanto al 8º dijo no constarle. Se opuso a la inspección pedida por el demandante e igualmente a que se solicitaran los informes indicados en la demanda, pidió que el actor consignara previamente el valor del tiempo que perdieran los testigos, gastos de transporte, alojamiento y alimentación y alegó la prescripción de la acción ejercida en todo lo referente al tiempo anterior al 21 de agosto de 1954. En el curso del proceso tachó los testigos José Joaquín Carrillo y Urbano Peña. Este no declaró. Además, pidió acumulación de varios juicios.

Por sentencia proferida el 24 de octubre de 1956, el Juez del Círculo del Trabajo de Cúcuta, que fue el del conocimiento, declaró no probada la tacha del testigo José Joaquín Carrillo y no accedió a la acumulación de los juicios contra los mismos demandados (promovidos por Lucas Bautista Blanco, Clímaco Quitián, José Olmos, Manuel Cristancho y Jesús Bejar), tacha y acumulación que como ya se vio, habían sido solicitadas por el apoderado de la Compañía en el curso del proceso; negó la prescripción relativa a las prestaciones correspondientes al período trabajado por Jiménez Bonilla anterior al 21 de agosto de 1954, e hizo las siguientes condenaciones a favor de éste y a cargo de la Compañía: a) $ 1.402.08 por concepto de cesantía; b) $ 1.402.00 por primas de servicio; c) $ 562.50 por razón de tres años de vacaciones causadas y no disfrutadas; d) $ 2.412.50 por valor de domingos no pagados; e) $ 1.175.00 valor del contrato presuntivo y las costas del juicio. Se absolvió a la empresa de la sanción por mora o salarios caídos e, igualmente, se absolvió a Anselmo Amaya, de todos los cargos formulados en el libelo.

Ambas partes apelaron del proveído del Juez a-quo, y, elevados los autos al Superior (Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta), éste decidió la litis mediante providencia de 28 de noviembre de 1956, confirmatoria de la de primer grado, salvo los puntos b) y d) del fallo apelado, en los que se condenó a la Colpet a pagar a Moisés Jiménez Bonilla las siguientes cantidades: b) $ 1.120.75 por concepto de primas de servicio durante los tres últimos años de trabajo; d) $ 2.325.00 por domingos y días feriados durante el mismo tiempo, más costas parciales en esta instancia.

Contra la providencia anterior las partes interpusieron el recurso extraordinario de casación. Como éste fue concedido, admitido y tramitado legalmente, corresponde ahora decidirlo a la Corte, Sala de Casación Laboral, mediante el estudio de las demandas. Se verá en primer término el recurso de la Compañía.

Recurso de la demandada-recurrente.

Acusa la sentencia recurrida con base en el ordinal primero del artículo 87 del Código de P. L., y pretende que por la Corte se case aquélla, se revoque la de primera instancia y en su lugar se absuelva a la Colombian Petroleum Company de los cargos de la demanda.

El libelo consta de diez capítulos; a pesar de su extensión tales acápites presentan diversos aspectos de cinco órdenes de pretendidas violaciones.

Primero: En el capítulo I se refiere al error de hecho en que habría incurrido el Tribunal por falta de apreciación de la demanda y su contestación, que plantearon una situación muy distinta de la que declaró la sentencia, con violación del artículo 471 del Código Judicial que no aplicó siendo aplicable, del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo que aplicó sin ser aplicable y el artículo 34 ibídem (en su primer aparte) que debió aplicar y no aplicó, con la violación consiguiente de los artículos 47, 64, 172, 173, 174, 186, 189, 249 y 306 del mismo Código, que consagran las prestaciones y derechos decretados por el Tribunal sin ser del caso.

Segundo: En el capítulo II se refiere a la violación por interpretación errónea del artículo 50 del C. de P. L. y de los artículos 22, 23 y 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo (en la forma en que fueron citados en el primer orden de cargos), por haberse llevado la facultad de fallar extra y ultra petita, hasta el extremo de cambiar la relación jurídico procesal de las partes.

Tercero: En los capítulos III, VI, VII y VIII se acusa el proveído por error de hecho en que habría incurrido el sentenciador por indebida apreciación de las constancias contenidas en los folios 10 a 22, 50, 56, 58, 62, 104 y 114 del cuaderno primero, con la violación de los artículos 670 del Código Judicial, 61 del C. de P. del T. y consecuencialmente de los artículos 22, 23 y 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo, (en la forma en que fueron citados en el primer

orden de cargos), al declarar probada la existencia y duración del contrato de trabajo, la cuantía del salario respectivo y el derecho a prestaciones y beneficios consiguientes, con declaraciones que no tienen el valor de prueba legal y desestimando la existencia de constancias que demuestran otro tipo de relaciones.

Cuarto: En los capítulos IV y V se acusa la sentencia por violación "directa" de los artículos 604, 606 y 609 del Código Julicial, 1.769 del Código Civil y como consecuencia, la infracción de los artículos 22, 23 y 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo (en la forma en que fueron citados en el primer orden de cargos), al atribuír a la absolución de posiciones del actor la fuerza de confesión que no tiene.

Quinto: En los capítulos IX y X, el impugnador acusa la sentencia por violación directa de los artículos 593, 604, 606 y 670 del Código Judicial, y 1.769 del Código Civil y los artículos 22, 23, y 47 a 306 del Código Sustantivo del Trabajo (en la forma que han sido citados anteriormente).

Primer orden de cargos.

Es sustentado por el recurrente diciendo que la demanda que promovió el juicio solicitó una condena solidaria contra la Colombian Petroleum Company y Anselmo Amaya, por haber existido, según el demandante, contrato de trabajo entre éste y Amaya y ser la Compañía beneficiaria del trabajo y dueña de la obra o base industrial (hechos 1, 5, y 7). Agrega que en la demanda se consideró a Amaya como un contratista independiente y por ello en el libelo no se planteó debate sobre existencia o inexistencia de contrato de trabajo entre Jiménez Bonilla y la Compañía. No obstante lo anterior, agrega, a Colpet se la condenó como parte contratante, como patrono del actor. Se salió así el Tribunal —dice— de la relación jurídico procesal de las partes, "condenando a la Compañía en una calidad distinta de aquélla en que se la había citado al juicio y que había sido materia de debate dentro de él". Por tanto el Tribunal incurrió en error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, en cuanto a la apreciación de la demanda y de su contestación, que plantearon una relación jurídico procesal muy diferente de la que se declaró en la sentencia, lo cual resulta violatorio del artículo 471 del Código Judicial —que no aplicó siendo aplicable— según el cual las sentencias deben ser dictadas en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes; el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo que aplicó al asunto sin ser aplicable, y el artículo 34 ibídem que no aplicó y a la luz del cual (primera parte) ha debido decidir la controversia, y los artículos 47 a 306 (en la forma relacionada antes).

Se considera:

A través de la pretendida violación de una norma de procedimiento (artículo 471 del Código Judicial última parte), como consecuencia de la indebida apreciación de los hechos de la demanda y la respuesta, se acusa igualmente la transgresión de normas sustantivas de carácter nacional; los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, el primero por falta de aplicación y el segundo por aplicación indebida.

No podría la Sala entrar a considerar en este recurso extraordinario un "error in procedendo" propuesto de manera aislada; mas sí le es dado estudiar la infracción indirecta de normas sustantivas que surge por ostensible error de hecho, en la apreciación de la demanda y su respuesta, que condujo a los sentenciadores a no declarar la responsabilidad solidaria impetrada (responsabilidad a cargo de Colpet y Amaya), como era de rigor declararla a la luz de la realidad procesal, según va a verse.

El punto primero de los hechos de la demanda afirma que Moisés Jiménez Bonilla "fue contratado por Anselmo Amaya para trabajar como aserrador de madera en Tibú.....". El quinto dice: "Anselmo Amaya era, o es, contratista de la Colombian Petroleum Company para el suministro exclusivo de madera"; y en el séptimo se afirma que entre Amaya y Jiménez Bonilla existió un contrato verbal de trabajo. La demandada negó el primero; dijo, en relación con el quinto, que "en los años anteriores Amaya le vendió madera aserrada a la Colombian", y negó el séptimo.

Se observa que, según el encabezamiento de la demanda, el actor había promovido acción solidaria contra Amaya y la Colombian Petroleum Company, y que para configurar la responsabilidad solidaria de éste hizo especial énfasis en el carácter de exclusividad que los servicios tenían, en último término, para la Compañía; no se adujo la existencia del contrato de trabajo entre la Colombian y el demandante —sino entre éste y Amaya—, pero sí se presentaron los presupuestos conducentes a establecer que la beneficiaria del trabajo de Jiménez era la Colombian Petroleum Company. Mas como los hechos de la demanda

son simples aseveraciones sometidas a prueba, es necesario que la realidad procesal los demuestre.

Con este propósito cabe analizar la copia del acta de conciliación que figura a folio 62 del primer cuaderno, a la cual alude el recurrente, celebrada en la Inspección Auxiliar del Trabajo de Tibú, el 22 de octubre de 1955, en la cual Amaya expresó:

"Desde el año de 1947, me he comprometido con la Colombian Petroleum Company a extraer la madera de los bosques de la Empresa para suministrarla a la misma y, para el efecto, he venido contratando con los trabajadores aquí presentes y otros veintisiete que están entregados a sus labores de extracción de madera, bajo las siguientes condiciones: a) Cada uno de los trabajadores mencionados se ha comprometido a venderme la madera que extraen (sic) de los mismos bosques de la Empresa mencionada, bajo la condición de que yo les suministre en los comedores de la misma Empresa la alimentación que consumen los otros trabajadores de la Compañía y también se hospedan la mayoría de ellos en los dormitorios de la Empresa y se transportan en vehículos de la misma Empresa a los lugares de trabajo; b) Los mencionados trabajadores están en la obligación, como se ha dicho, de venderme la madera a razón de cinco pesos con cuatro centavos ($ 5.04) el bloque o "banco" de noventa decímetros cúbicos de las maderas de las especies siguientes: "Cocobarco" y similares; "Cascarrillo" a $ 7.50; "carne asado", al mismo precio del anterior, y yo, me he comprometido a venderle a la Empresa citada la madera a los siguientes precios: "Cocobarco" a $ 6.72 y, los demás nombrados, a $ 10.00 el banco. También debo venderle obligatoriamente las maderas a la Empresa, ya que ella me facilita todos los medios para extraerlas, transportarlas, dormir y comer en las mismas condiciones que un empleado de la Compañía".

El documento transcrito, referido a los puntos vistos de la demanda y su respuesta, presta asidero para analizar los datos objetivos y subjetivos que entraña la relación indicada, como va a verse:

a) El actor Jiménez Bonilla afirma la existencia de una relación laboral entre él y Amaya;

b) Por su parte éstos (Jiménez y Amaya) están de acuerdo en señalar a la Compañía como suministradora de locales para dormitorio y comedores para la alimentación de los trabajadores, como también de vehículos destinados a su movilización y al transporte de maderas;

c) Amaya indica que los bosques eran de la Compañía;

d) Ambos le atribuyen a la Compañía el carácter de beneficiaria exclusiva del trabajo, y la Compañía considera a Amaya como contratista para el suministro de maderas:

e) Amaya se refiere a una doble relación contractual así: 1) El contrato con la Empresa para venderle madera, y 2) El contrato con los aserradores para comprarles la madera que produjeran;

f) Amaya no hace relación a que les hubiera expresado a los trabajadores, al celebrar el contrato, cuál era el nombre del patrono o si contrataba con ellos en beneficio y por cuenta exclusiva de otro;

g) La Compañía acepta en parte la aseveración de Amaya en el punto 2).

De la discriminación anterior se desprende:

Realidad objetiva de la relación contractual de Trabajo.

Desde el punto de vista objetivo presenta una relación contractual de trabajo (haciendo abstracción de la persona misma del patrono, o sea de la entidad subjetivo patronal del contrato), por concurrir los elementos esenciales que la ley (artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo) establece como integrantes de aquélla, así se hubiere dado a la retribución de los servicios del trabajador la forma aparente de "precio" de compraventas, pues como lo dice la norma citada el contrato de trabajo, reunidos los elementos que lo configuran, "no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

Esta realidad objetiva del contrato de trabajo fue deducida por el sentenciador no sólo a través de las pruebas que aquí el recurrente considera erróneamente estimadas, sino por otras piezas del acervo probatorio que sirven de soporte eficaz a esta conclusión del proveído. No encuentra la Sala que por este aspecto sea atacable la decisión del ad-quem en cuanto a la declaratoria de existencia del contrato laboral.

Imprecisión subjetivo-patronal y solidaridad de los demandados.

Lo referente al sujeto patronal de contrato, aislado de su realidad objetiva, ostenta en el caso sub-lite motivos de indudable complejidad. En efecto: los puntos a), d), e), f) y g), anteriormente expuestso, sugieren la idea de que Anselmo Amaya era un verdadero contratista indepen-

diente por cumplirse la hipótesis del artículo 34 del C. S. del T., o sean las condiciones de contratación autónoma de trabajadores en beneficio ajeno y la libertad técnica y directiva de Amaya.

De otra parte los puntos b) y c) y los mismos d) y f) se prestan para tuar a Amaya como un **simple intermediario** por configurarse en ellos los presupuestos de hecho establecidos por el artículo 35 ibidem, como son la agrupación o coordinación de los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales se utilizan equipos, maquinarias, etc., elementos de un patrono para beneficio de éste.

La Sala considera vano empeño buscar, en el sub-lite, la ubicación subjetivo-patronal de Anselmo Amaya en cualquiera de los dos artículos (34 o 35); como se vio, militan argumentos poderosos en pro de una o de otra posición. Mas sería irrisorio pensar que ante un problema como el planteado. es decir, objetivada una relación de trabajo, no pudieran deducirse las responsabilidades consiguientes por no encontrarse calificativo que darles (contratistas independientes, simples intermediarios o beneficiarios) a los sujetos que recibieron el servicio.

Los artículos 34 y 35 citados son mandatos a todas luces propuestos por el Legislador de manera reflejamente complementaria, a efecto de que, dada una relación objetiva de trabajo, resulte ineludible la responsabilidad de quienes directa o indirectamente se hayan aprovechado del servicio. Otra solución sería inequitativa y entrañaría una burla misma de la voluntad de la ley. Los términos del artículo 34 en armonía con los ordinales 2º y 3º del 35 consagran hipótesis encaminadas a superar las evasivas patronales, como la de autos. Si en el primer evento (artículo 34), el contratista es independiente, con él responde solidariamente el que se benefició del trabajo. Si en el segundo, (artículo 35) es simple intermediario, no dejará de serlo por parecer contratista, y además responderá solidariamente con el patrono real si al celebrar el contrato deja de declarar su calidad de intermediario y no revela quién es aquel patrono.

De lo anterior surge la procedencia jurídica de declarar la responsabilidad solidaria que se demanda (a cargo de Colpet y Amaya). En efecto: del sólo examen de las piezas referidas, sea que se aplique la doctrina del Contratista independiente a que se refiere el artículo 34, o bien la del intermediario a que alude el artículo 35, resulta de rigor la declaratoria jurisdiccional de tal solidaridad. Lo primero, porque si se considera a Amaya contratista independiente, será responsable solidariamente con Colpet —beneficiaria del trabajo— por los salarios, prestaciones e indemnizaciones, según el mandato legal, y porque no sería valedero el argumento de que la extracción de madera constituye una labor extraña a las actividades normales de la Compañía, puesto que tal materia, (madera), es indispensable e inherente al objeto de exploración y explotación petrolífera que es uno de sus fines. Lo segundo, porque si Amaya es considerado como intermediario, no existe constancia expresa ni en la demanda ni en la contestación de la demanda (que él no formuló, sino la demandada Colpet), ni en el acta de folio 64, cuaderno primero, de que hubiera declarado su calidad de intermediario y manifestado el nombre del patrono al celebrar el contrato con Jiménez, y, cuando no existe tal declaración, el intermediario "responde solidariamente con el patrono de las obligaciones respectivas" (ordinal 3º del artículo 35). Cosa bien distinta es que el acervo probatorio muestre cómo Jiménez Bonilla y los demás trabajadores comprendían, por múltiples hechos notorios, que su trabajo beneficiaba a Colpet, la cual transportaba la madera, permitía que aquellos tomaran alimentación en sus comedores y durmieran en sus campamentos.

Luego en las dos hipótesis legales la declaratoria de solidaridad se imponía. No habiéndose hecho ésta, y constituyendo tal omisión un "error in judicando in facto", esta Sala declara la prosperidad del cargo en cuanto a violación indirecta de los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, y lo desecha en cuanto a las demás pretendidas violaciones por no aparecer configuradas. En su oportunidad, en consecuencia, habrá de casar el proveído del ad-quem y, como tribunal de instancia, declarará la solidaridad de los demandados.

Segundo orden de cargos.

Corresponde al capítulo II de la acusación, en el cual dice el recurrente que la sentencia adolece de violación del artículo 50 del C. de P. L., por interpretación errónea, y, consiguientemente, de los artículos 22, 23, 47, 173, 174, 186, 189 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo que definen lo que es el contrato de trabajo y consagran las prestaciones y derechos decretados por el Tribunal. Respalda la impugnación afirmando que la interpretación errónea consistió en que el sentenciador "parece" dar a entender que el artículo 50

autoriza al fallador de primera instancia para llevar su facultad de fallar **extra** y **ultra petita** hasta el extremo de cambiar la relación jurídico-procesal de las partes y para decidir en contraposición de las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Examen:

La facultad de decisión con alcance de **extra** o **ultra** petita no envuelve la modificación oficiosa y arbitraria del vínculo jurídico-procesal de las partes. La institución de decidir sobre materia distinta o cuantitativamente superior a la pedida le otorga al Juez del Trabajo la facultad de apreciar ampliamente la **causa petendi** de la acción a efecto de modificar el **petitum**, en el momento de la condena, bien sea en el aspecto de su calidad o de su cantidad. Fenómeno distinto es el de la absolución de la parte demandada, absolución que puede ser subjetiva u objetivamente parcial o total. En el primer caso cuando recae sobre el sujeto o sujetos demandados y en el segundo sobre el objeto u objetos que se demandan.

La acusación se refiere a la primera situación, o sea a que el sentenciador absolvió a uno de los sujetos (Amaya) y condenó al otro (Colpet).

Para resolver el punto la Sala se remite a las consideraciones del anterior grupo, mediante las cuales, por diversas vías, era procedente la declaratoria de solidaridad de los demandados que se impetraba. Aunque no lo diga el recurrente, el presente cargo busca las mismas finalidades de las acusaciones anteriores; y, habiendo prosperado éstas, debe desestimarse.

Tercer orden de cargos.

Dice el recurrente que la prueba que más le sirve al Tribunal para fundamentar sus conclusiones es la declaración rendida por el testigo José Joaquín Carrillo (folios 104 y siguientes, cuaderno 1º), en cuyo testimonio se funda el sentenciador para concluír que Jiménez Bonilla prestaba sus servicios en virtud de un contrato de trabajo, que ese contrato empezó el 28 de enero de 1952 y qué el salario era de $ 12.50. Agrega que el apoderado de la parte demandada hizo valer oportunamente la tacha que existía con respecto a ese testigo (folios 50 y 58 del cuaderno primero) y trajo al expediente los documentos que acreditaban cómo José Joaquín Carrillo, además de ser demandante de la Compañía en un juicio igual, ha sido llamado a declarar como testigo nada menos que en nueve juicios iguales al suyo (folios 56 y 114 del cuaderno primero).

Agrega más adelante que evidentemente el testimonio de Carrillo resulta, cuando menos, extremadamente sospechoso en los términos del artículo 670 del Código Judicial "siendo por tanto injurídico e ilegal darle el alcance que el Tribunal le dio". El apoderado de la demandada hace un análisis del artículo 61 del Código de P. L. sobre la libre formación del convencimiento en materia del trabajo, para concluír que el fallador incurrió en error de hecho que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de las constancias citadas (folios 56 y 114 del cuaderno primero) "que descalifican al testigo Hernández" (debió decir Carrillo), y de la declaración de este testigo, con la consiguiente violación de los artículos 670 del Código Judicial y 61 del C. de P. L., por haber dejado de aplicar el primero y por haberle dado al segundo el alcance que no tiene, y del conjunto de artículos (22, 23 a 306) que cita en los otros órdenes de cargos.

Añade que el Tribunal invoca además, como prueba del contrato de trabajo, entre Amaya y Jiménez, unos recibos de dinero que obran a folios 10 a 21 del cuaderno primero. Dice que se trata de recibos por sumas de dinero que Amaya entregaba a Jiménez Bonilla por valor de madera unos, y a cuenta de madera, otros, y que no es posible ver cómo el Tribunal encuentre acreditados con esos recibos los elementos de un contrato de trabajo. Con lo cual —prosigue— el ad-quem incurrió en error de hecho, en cuanto a la apreciación de tales recibos, y violó en consecuencia el grupo de artículos del Código del Trabajo antes enumerados, tanto más si se les compara con el recibo que forma el folio 22 del mismo cuaderno, —que no apreció el ad-quem— comparación que no deja duda acerca de la naturaleza de las relaciones entre Jiménez y Amaya, completamente extrañas a una relación de trabajo.

Manifiesta, finalmente, que el Tribunal apreció erróneamente el acta que figura a folios 62 del cuaderno primero, en la cual el mismo Amaya describe sus relaciones con los aserradores y la Compañía en términos que excluyen toda relación laboral, con lo cual aduce también error de hecho que aparece de manifiesto, en la apreciación del documento referido, con las violaciones del conjunto de artículos, del Código del Trabajo, tantas veces citados.

Se considera:

En cuanto a la tacha del testigo José J. Carrillo, dijo el sentenciador: "El hecho de ser José J. Carrillo demandante a su vez de la Empresa no

invalida su testimonio pues quienes están en mejores condiciones de acreditar hechos del trabajo son los compañeros del mismo y el hallarse en las mismas condiciones de demandante sólo hace que se analice con mayor cuidado su deposición". Lo anterior explica de manera satisfactoria el hecho, demostrado por la parte demandada, de que Carrillo haya sido testigo en otros nueve negocios similares al presente, igualmente promovidos contra Colpet y Amaya, e inclusive sea demandante contra los mismos y para tal evento necesita valerse del testimonio de Jiménez y de cualquiera o de cualesquiera de los nueve actores en cuyos negocios ha declarado.

Así lo imponen los antecedentes de la litis, y, en razón de tales antecedentes, el Tribunal la acogió como válida. Si la norma instrumental (artículo 670 del Código Judicial) fuera materia sustantiva sobre la cual pudiera versar este recurso, debería tenerse en cuenta que ella defiere a la decisión prudencial del juzgador la aceptación o invalidación del testimonio. Y en este caso la Sala no halla motivo alguno para considerar que la decisión del sentenciador haya dejado de ser prudente. Tampoco advierte que el Tribunal le hubiera dado un alcance superior del que posee a la doctrina legal del artículo 61 del Código de P. L. porque en concordancia con la declaración de Carrillo existen "graves, conexos y precisos indicios para probar los extremos del contrato y el salario", según lo advierte el sentenciador, que la sana crítica no puede desechar y que el juzgador, en ejercicio de ésta, tomó en cuenta para las deducciones de su providencia. La debida apreciación de la prueba testimonial en estos casos, en armonía con el artículo 61 ibídem, fue expuesta con clara precisión por el Tribunal Supremo del Trabajo, así:

"1. — Esta corporación sostiene que las reglas sobre habilidad e impedimentos de testigos establecidas en el Código Judicial no pueden aplicarse en los juicios del trabajo con el mismo rigor preestablecido para la justicia ordinaria, en virtud de la distinta naturaleza de los pleitos y de las diferentes atribuciones especiales que la ley consagra para unos y otros juzgadores. En efecto, la circunstancia de que las relaciones de trabajo son observadas más directamente y constantemente, en sus modalidades de tiempo, lugar y ejecución, por las personas vinculadas a la misma Empresa, ya se trate de compañeros del trabajador ora de subalternos del mismo patrón; y la de que los jueces del trabajo pueden formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos sobre la crítica de la prueba y atendiendo a los caracteres relievantes del pleito y a la conducta observada por las partes, explican suficientemente que sea mucho más amplio el criterio de estimación de estos últimos y que él pueda desenvolverse sin otras limitaciones que las de la prudencia y el respeto a aquellos principios científicos sobre la crítica probatoria. Aceptar o rechazar, por consiguiente, el testimonio de un trabajador de la misma Empresa es una decisión que corresponde al ámbito de apreciación libre y científica del juzgador y resulta inatacable en casación mientras no se la demuestre contraria a la evidencia de los hechos o notoriamente ilógica, infundada, parcializada u opuesta, en fin, a la verdad de los mismos, todo conforme a las reglas de la crítica de las pruebas. En todo caso, la sola consideración de ser compañero de trabajo del demandante o depender económicamente del patrono no es suficiente, por elevada o por modesta que sea su jerarquía en la Empresa, para declarar inadmisible su deposición". (G. del T., Tomo VII, Nº 59|65, Pág. 145).

Lo anterior conduce a que la Corte tenga como ajustada a derecho la apreciación que hizo el sentenciador del testimonio del señor José Joaquín Carrillo.

Respecto de los recibos que obran a folios 10 a 21, sobre transacciones de madera realizadas entre Jiménez y Amaya, el Tribunal consideró que tales constancias le dan fuerza al dicho de Carrillo, y a la absolución de posiciones, "en cuanto afirman que trabajaban por tarea o destajo y que la Empresa les daba alimentación, transporte y alojamiento'.

El ad-quem estableció que los trabajadores lo que recibían, según dichas constancias, no era el precio de sucesivas compraventas, sino una verdadera retribución por sus servicios; no se trataba del precio de la madera, porque los bosques son parte de la concesión Colpet, como se advierte a folio 62 del primer cuaderno; luego lo único que Jiménez y los demás aserradores podían rendir era su servicio, y de la realidad procesal se desprende que la única beneficiaria de ese servicio era la Colombian Petroleum Company. De forma, pues, que dentro de la más estricta apreciación de los hechos el juzgador tuvo que deducir la configuración de un contrato de trabajo, a la luz del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que valiera alegar en contrario el nombre que se le dio (compraventa de madera), ni las otras condiciones y modalidades que se le agregaron.

En el documento que aparece a folio 22 del primer cuaderno, fechado a 8 de diciembre de 1955 (casi a dos meses de terminada la relación laboral), por $ 216.63 líquidos descontado el valor de alimentación, Jiménez Bonilla dice pagar tal alimentación suministrada por orden suya a sus aserradores. Tal recibo ha dado base a la parte demandada para aumentar nuevamente la inexistencia del vínculo contractual entre Amaya y Jiménez Bonilla.

La Corte tiene en cuenta la pieza probatoria que se le indica como no apreciada por el adquem, y considera:

La jurisprudencia del trabajo ha establecido que, mientras un ataque basado en errór de hecho, deseche el señalamiento de una o algunas pruebas que tuvo en cuenta el fallador para pronunciar la decisión impugnada, y sólo se refiera a parte de ellas, tal decisión debe mantenerse por conservar aún soportes probatorios intactos.

Pero si se ataca todo el acervo probatorio existente, y, en la prueba o pruebas señaladas no aparece ostensible el error de hecho afirmado, la decisión igualmente se mantiene inexpugnable.

En relación con el primer punto, en el caso sub-judice aparece que el sentenciador debió tener en cuenta para afianzar su decisión, a más de la prueba que se señala, las demás que han sido objeto de análisis y que han resultado valederas. Y, especialmente, el cuadro de posiciones absuelto por el actor, en el que Jiménez Bonilla dice haber trabajado para Anselmo Amaya, y en compañía de otros trabajadores buscados y pagados por éste (4º punto de las posiciones folio 101); y más adelante, al contestar el punto noveno, explica que los recibos los firmaba "para que comprobar el señor Amaya que había pagado las tareas a los madereros"; que en ocasiones el mismo Amaya repartía el dinero a cada trabajador, en tanto que en otras daba la suma a un trabajador para que la repartiera entre todos los demás exigiéndole recibo del pago correspondiente.

En cuanto al segundo punto, tampoco aparece de forma evidente u ostensible el error de hecho, en razón de que: a) Aserrar maderas es por naturaleza un trabajo en equipo o por grupo, por lo menos de dos trabajadores pareados, y si se paga por obra o a destajo, la única forma de retribución individual es la de distribuír el valor obtenido entre los operarios intervinientes; b) Esta peculiaridad no destruye el elemento actividad personal del contrato de trabajo; c) En el expediente obra el hecho de que todos los trabajadores realizaban el trato con Amaya; d) El recibo de folio 22 se produjo casi dos meses después de terminado el contrato, lapso durante el cual Amaya había incumplido el pago de los últimos salarios, luego un pago tan accidentado como irregular no resultaba inadecuado dejar de hacérselo individualmente a cada trabajador, para en cambio terminar rápidamente con la pugnacidad recíproca pagándoles a grupos, en concordancia con la clase de trabajo, y, finalmente f) Ya al final de una contienda por salarios y para precaver su posición en el inminente evento de un juicio por prestaciones, no es osado pensar que la expresión "mis aserradores" hubiera sido premeditadamente concebida, para favorecer su causa, por la parte patronal. Lo dicho es suficiente para desechar este aspecto de la impugnación.

El apoderado de la demandada termina este grupo de cargos con una última afirmación: la pretendida apreciación errónea por el fallador del acta que figura al folio 62 del primer cuaderno El texto de dicha acta, a la cual se refiere expresamente el ad-quem, corresponde a la audiencia celebrada ante la Inspección Auxiliar del Trabajo de Tibú, que ya fue reproducida en su parte pertinente al analizar el primer grupo de cargos.

La Corte no encuentra que la apreciación errónea de esta pieza modifique en nada la conclusión a que hubo de llegar el Tribunal; conceptúa en cambio que ese documento es confirmatorio de la decisión jurisdiccional por la cual se estableció un contrato de trabajo con base en los presupuestos del artículo 23 de la ley y sustantiva laboral. Dicha prueba es refrendadora de puntos básicos de la demanda en cuanto a la prestación de servicios personales, el carácter de beneficiaria exclusiva que de dichos servicios tenía Colpet, etc. circunstancias conducentes a configurar las hipótesis de los artículos 34 o 35 del C. S. del T., en acuerdo con el 23 antes citado. Luego no puede colegirse el error de hecho que al proveído, por este particular, se le atribuye.

Por las razones expuestas, no prosperan los cargos de este tercer grupo.

Cuarto Orden de Cargos.

El recurrente dice que el Tribunal invoca lo afirmado por el demandante en la absolución de posiciones (folios 3 y 94), y a estos hechos les da la fuerza de prueba contra la Compañía en cuanto a la existencia del contrato, su duración y el valor del salario devengado. Agrega que el Tribunal entendió que la declaración de Jiménez

Bonilla constituye prueba de sus afirmaciones, en perjuicio, no de él mismo sino de la Compañía, y en contra de lo que ella sostiene. A continuación cita una jurisprudencia de 1923 (casación de mayo 19 de dicho año) según la cual "Para que haya confesión, es condición esencial que el hecho, (positivo o negativo) sobre que ella versa sea perjudicial al confesante". De donde colige que mal puede invocarse, en contra y en perjuicio de la Compañía, atribuyéndole la fuerza de confesión, a una declaración de Jiménez que en nada la puede comprometer. "Al hacerlo —agrega— el Tribunal violó directamente los artículos 604 y 606 del Código Judicial y el 1.769 del Código Civil" y consiguientemente los artículos 22, 23, etc., 306 (en la forma en que fueron citados en el primer orden de cargos). El Tribunal —continúa el recurrente— dice que "la absolución de posiciones, como medio probatorio excepcional que es, debe estimarse en conjunto, tanto en lo favorable como en lo desfavorable del confesante". Con lo cual parece referirse el fallador al principio de la indivisibilidad de la confesión consagrada en el artículo 609 del Código Judicial. Pero, como para que pueda aplicarse tal principio —el de la indivisibilidad de la confesión— debe tratarse de una verdadera confesión, según los términos del artículo 604 del Código Judicial y la absolución de posiciones que obra a folios 99 y siguientes no tiene tal carácter, se concluye que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea del artículo 609 del Código Judicial y consecuencialmente del grupo de artículos del C. S. del T. tantas veces citados por el recurrente.

Examen:

La Sala anota, en primer término, que el cargo en la forma en que fue formulado peca contra la técnica del recurso. En efecto: se enrostra a la sentencia "violación directa" de textos legales, pero se hace consistir tal violación en la presunta indebida apreciación de los hechos (absolución de posiciones); y es sabido que no puede haber violación directa, sino **violación indirecta,** cuando la transgresión se pretende causada por indebida valoración o falta de estimación de las pruebas. Con todo la Sala accede a estudiar el fondo mismo de la acusación. Al considerar el primer grupo de cargos, se encontró mérito suficiente para declarar la solidaridad de Colpet y Amaya (a la luz del artículo 34 o del artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo), y, por tal extremo se anunció la casación del proveído. En el presente grupo se entra a controvertir la realidad objetiva misma del contrato, su existencia, especialmente en punto a la fecha de su iniciación.

Se advierte en primer término que lo que sirvió de base de hecho al juzgador de segunda instancia para declarar la asistencia del contrato de trabajo fueron, a más de la aseveración de la demanda y la manifestación confesoria del actor, las actas de conciliación (folios 63 a 66) en que 30 trabajadores —inclusive el demandante— reclamaron sus prestaciones a Amaya y Colpet, con asistencia del primero y ausencia de la última en todas las audiencias; la declaración del señor Julio C. Yori, empleado de Colpet (folio 60); las constancias de pago hecho por Amaya a Jiménez por extracción de madera realizada por el actor en los bosques de la Colombian (folios 10 a 21); las constancias de compras de madera hechas por Colpet a Amaya (folios 23 a 27); la declaración de José Joaquín Carrillo (folio 105); las copias de las demandas presentadas por José J. Carrillo y Urbano Peña (folios 43 a 46); y, el acta de conciliación (folio 62) que se vio en el primer grupo.

Estos hechos, concordantes y fehacientes, necesariamente condujeron al sentenciador a declarar la existencia del contrato de trabajo. Por ello, y si el cargo hubiera sido bien formulado (violación indirecta por error de hecho), no habría manera de acoger su prosperidad en razón de que no aparece de manera ostensible el pretendido error de hecho en el cual hubiera incurrido, por este aspecto, el ad-quem; y ya lo ha dicho la Corte, reiterando jurisprudencia del extinto Tribunal Supremo, que tal error debe surgir en forma ostensible y manifiesta para que pueda dar base a la casación del proveído al cual se le imputa.

Respecto del extremo temporal de iniciación del contrato de trabajo, afirma el actor en la demanda, en la absolución de posiciones y en el acta de conciliación, que la fecha en que empezó a prestar sus servicios fue el 28 de enero de 1952. El declarante José J. Carrillo manifiesta que el actor entró a trabajar en la fecha referida, y que cuando eso sucedió él se encontraba trabajando al servicio de Amaya (folio 105). Amaya dice que desde 1947 había comenzado el contrato con la Colombian y con los aserradores (folio 62 cuaderno primero); y el sentenciador toma el testimonio de Carrillo como elmento que viene a darle fuerza a la declaración del demandante (flio 16, cuaderno segundo), acerca de que fue

el 28 de enero de 1952 la fecha de iniciación del contrato, lo cual equivale a una apreciación indiciaria, igualmente apoyada por el aserto de Anselmo Amaya antes referido (año de 1947 como comienzo de trabajo de aserrío), de los cuales hechos indiciarios el juzgador —a falta de otras probanzas— dedujo el hecho indicado de la fecha que el actor afirma en la demanda, reitera en las actas de conciliación y en la absolución de posiciones, con la observación de que la última pieza probatoria debe tomarse en su totalidad, "tanto en lo favorable como en lo desfavorable del confesante".

Una antiquísima jurisprudencia de la Corte —aún no modificada— sustenta la tesis de que el juzgador de instancia dispone de autonomía y libertad para las apreciaciones indiciarias, las cuales se escapan al ámbito de la casación cuando en su inferencia o conclusión el inferior no ha obrado en oposición manifiesta a la evidencia de los hechos. Ante la insuficiencia probatoria que se advierte en cuanto a la fecha de iniciación del contrato, el sentenciador optó por evaluar indicios demostrativos del simple aserto del demandante, sin que en su valoración se anote error ostensible de hecho, por lo cual su conclusión en este particular resulta intocable. Es igualmente una deducción indiciaria —e intocable por no resultar contraevidente— la relativa al salario diario de $ 12.50.

Y no es contraria a la evidencia de los hechos en virtud de que los datos indicadores son realidades del proceso que no admiten duda. En efecto: En el quinto punto de las posiciones absueltas por el actor le pregunta a éste la demandada: (Folio 101):

"¿Cómo es cierto sí o no que trabajando usted con la ayuda de otros trabajadores a lo sumo sacaba aserrados cuatro o cinco bancos de madera al día y nunca más de treinta bancos en toda la semana?" Responde el demandante: "Sí señor, trabajando yo con otro compañero sacábamos semanalmente de veinticinco a treinta bancos".

De acuerdo con jurisprudencia inmemorial de la Corte, esta Corporación "tiene de antiguo decidido que valen como confesión las aseveraciones contenidas en las preguntas de posiciones" (G. J., Tomo XL, número 1.890, página 603), tanto más cuando —como en el caso presente— la respuesta es concorde con la pregunta acerca de la realidad del hecho preguntado.

Sobre la base anterior, en armonía con los datos procesales acerca de las sumas de dinero que Anselmo Amaya afirma haberles pagado a los trabajadores por banco de madera según las diferentes especies (acta del folio 62 ya analizada), se puede deducir lo siguiente: si se toman los 30 bancos de madera al precio de $ 5.04 por unidad, se tendría un promedio semanal para cada aserrador de $ 75.60 o sea un salario por día de $ 12.60. Pero si toma el promedio aritmético de las cantidades confesadas por la demandada en la pregunta anterior (24+30) y el valor promedio de la madera según las especies ($ 5.04 + $ 7.50) resultaría un promedio de salario semanal por cada aserrador de $ 84.64, o sea un salario diario de $ 14.10.

En razón de las consideraciones anteriores se mantiene el proveído en cuanto al extremo del salario diario de $ 12.50.

Finalmente, los textos legales (artículos 604, 606 y 609 del Código Judicial) son normas relativas a la tarifa legal de pruebas, y es sabido que el juzgador laboral no está sometido a dicha tarifa. De suerte que si se tratara de disposiciones sustantivas, no sería procedente acusar la sentencia por su violación como quiera que el juzgador ni las tuvo en cuenta ni las aplicó por no hallarse sujeto a su mandato (artículo 61 del Código de P. L.). En tal virtud, no aparece que se hayan producido las transgresiones aludidas, ni tampoco, por tanto, las de los restantes textos citados, y por ello no prosperan los cargos.

Quinto orden de cargos.

Aun suponiendo la existencia del contrato de trabajo y su duración —dice el recurrente—, "no se sabe si los servicios se prestaron continuamente, en todos los días laborables de todas las semanas", es decir, no se estableció la continuidad del servicio. Agrega que las condenaciones que trae la sentencia del Tribunal sólo podían hacerse sobre la base de un servicio continuo, especialmente las relativas a la remuneración por descanso dominical y a primas de servicio. Luego, —colige el recurrente— el Tribunal pese a haber sido negado por la Compañía tal hecho, condenó a ésta a pagar al trabajador prestaciones no devengadas o que, al menos "no aparece que se hayan causado, por no estar acreditada la continuidad del servicio, necesaria para que se causaran". Añade que para que haya lugar a pago por concepto de "contrato presuntivo" se requiere, ante todo, que esté acreditada la fecha de terminación efectiva del contrato de trabajo, sin lo cual no es posible fijar la suma que haya de pagarse. Dice que el Tribunal fijó como fecha de

despido el 23 de octubre de 1955, con base en la deposición de Carrillo y en lo sostenido por el demandante. Por todo lo cual el sentenciador "viola directamente" el artículo 670 del Código Judicial que le imponía rechazar o desestimar la declaración de Carrillo; los artículos 604 y 606 del Código Judicial y 1.769 del Código Civil por haberle dado la fuerza de confesión a algo que estaba muy lejos de serlo, y consiguientemente viola también el conjunto de artículos del C. S del T. tantas veces referidos.

Se considera:

Nuevamente incurre en un defecto de técnica el apoderado de la Compañía al pretender configurar una "violación directa" de la ley con la involucración de cuestiones de hecho.

Cuando subsiste discusión acerca de los hechos —por estimación indebida o falta de estimación de medios probatorios— el fenómeno que se configura es el de la "violación indirecta". Pero aún en el evento de que, como era de rigor, hubiera formulado en este caso la violación por vía indirecta, el recurrente no enuncia las pruebas mal apreciadas o inapreciadas. Se limita a decir que la Sociedad demandada negó, y esa negación no es objeto de prueba (artículo 595 del Código Judicial), porque aquélla no respaldó su negativa con hechos demostrables. Constreñido como debió hallarse el sentenciador ante una simple negativa de Colpet y la reiterada aseveración de treinta trabajadores en punto a la continuidad del servicio, no podía el juzgador acoger como verdadera la negación de aquella y desestimar como falsa la afirmación de los últimos, tanto más cuando la afirmada continuidad tuvo asidero probatorio en recibos, en actas de conciliación y en testimonios. Por otra parte continuidad es un término equívoco en materia del trabajo; el problema debería haber sido planteado por el recurrente acerca de la "continuada dependencia" que es el término acogido por la ley para evitar equivocaciones.

Respecto de la fecha de la terminación del contrato (octubre 23), la Sala encuentra intocable por este aspecto el proveído del ad-quem, por las siguientes razones: en las actas de conciliación (folios 65 y 66), de los treinta trabajadores, doce reclamantes (entre estos Jiménez) afirman que la fecha de la terminación del contrato fue para ellos el 23 de octubre; siete dicen que lo fue el 24 de octubre de 1955 y los restantes o no fijan fecha o establecen otra posterior a las anteriores. Para el caso de Jiménez su dicho en la demanda está concorde con la declaración de Carrillo, con la demanda de Urbano Peña (folio 45), con la prueba confesoria del actor y con el aserto de los doce reclamantes, incluído Jiménez a que se ha hecho referencia. Luego la fecha deducida (23 de octubre de 1955), debe mantenerse por la Corte por cuanto ella se desprende del elenco probatorio que obra en el expediente.

En mérito de las consideraciones anteriores, no prospera este último grupo de cargos.

El recurso del demandante-recurrente.

Pretende la casación parcial de la sentencia, en el sentido de que se mantengan las condenaciones y, además, se decrete el reconocimiento y pago "de la indemnización en una suma igual al último salario devengado por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales, etc." por considerar que se halla plenamente demostrada la mala fé de la parte demandada, por lo cual debe imponerse la sanción consagrada por el artículo 65 del C. S. del T.

Formula dos cargos, de los cuales la Sala, en ejercicio de las atribuciones que le otorga el artículo 538 del C. J., entra a considerar sólo el segundo.

Segundo cargo.

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria "por aplicación indebida de los artículos 23, 24, 34, 35, 64 y 65 del C. S. del T., como consecuencia de errores manifiestos de hecho en la apreciación de algunas pruebas y falta de apreciación de otras. (Causal 1ª del artículo 87 del C. de P. L.).

Los errores aludidos son destacados por el recurrente así:

1º.—Haber dado por demostrado, sin estarlo, que Colpet hubiera discutido y demostrado la inexistencia del contrato de trabajo, de lo cual surgieran razones poderosas y serias para negar igualmente el pago de las prestaciones sociales a que la Empresa fue condenada en el juicio, y como consecuencia de estos errores aplicó en forma indebida el artículo 65 del C. S. del T. en cuanto no condenó a las sanciones impuestas con base en esta disposición.

2º — Dice textualmente: "No haber dado por demostrado, estándolo, que además de las pruebas que considero apreció erróneamente, existen otras dejadas de apreciar y que en conjunto arrojan la demostración de que la Empresa demandada incurrió en notoria mala fé al haberse negado, como se negó, a pagar las prestaciones sociales y demás peticiones a Moisés Jiménez Bonilla

en el momento de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo el 23 de octubre de 1955".

Agrega más adelante que las pruebas que el Tribunal apreció erróneamente o dejó de apreciar para los efectos de la condena por salarios caídos son:

a) Tiquete de transporte usados (sic) por la Colpet (folio 2);

b) Certificado médico pulmonar sobre examen a Jiménez Bonilla (folio 3);

c) Licencia de permiso (folio 4);

d) Recibos firmados por Jiménez Bonilla a favor de Anselmo Amaya y suministrados por el apoderado de la Colpet, no obstante que esta empresa niega conocer o tener el "record" del personal del intermediario Amaya;

e) Acta de pago del apoderado de la Colpet de prestaciones sociales a favor de Antonio José Garzón —visible al folio 42 del cuaderno primero—, pago que hace la compañía por orden de Amaya y que se relaciona con una sentencia ejecutoriada sobre prestaciones sociales;

f) Constancias de la inspección ocular practicada en este juicio (folios 60 y 61) en la cual consta que la Compañía les suministraba a los trabajadores de Amaya alimentación, alojamiento y transporte —este último demostrado por otras pruebas—, sin que aparezcan los nombres propios de los trabajadores a quienes se les suministraban dichos servicios;

g) Acta levantada en la Oficina del Trabajo de Tibú folio 62, en la cual existe la manifestación expresa del contratista o intermediario Amaya acerca de las condiciones en que estaban los obreros en la explotación de maderas;

h) Las copias de las demandas de José J. Carrillo y Urbano Peña (folios 43 y 45) y las actas sobre reclamación colectiva de los trabajadores (folios 64 a 66). Dice que tales documentos fueron dejados de apreciar en el sentido de que no dedujo el sentenciador la actitud de mala fé que conlleva haber despedido colectivamente a varios trabajadores que han presentado demanda contra los mismos, Amaya y Colpet, con quebranto manifiesto de los artículos 51 y 61 del C. S. del T. los que dejó de aplicar siendo el caso de hacerlo.

Para afianzar su argumentación cita la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo del Trabajo: "No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono puede tener carácter realmente responsable para discutir la calidad del contrato, la sanción precitada no debe ser aplicada. Se trata, pues, de una situación de excepción". (Casación del 10 de marzo de 1954, D. del T. Vol. XIX, número 112|14, página 221).

Examen del cargo:

El ataque va dirigido sustancialmente a impugnar la sentencia por haber considerado el fallador que la discusión sobre el contrato de trabajo, por parte de la demandada, ostentaba "algún fundamento", siendo que la realidad procesal no daba base para colegir dicha aserción. El fallador manifestó sobre este particular: "**Indemnización por falta de pago** no hay lugar a condenar por este concepto, por haberse discutido la existencia misma del contrato de trabajo, con algún fundamento ya que hasta el apoderado del demandante incurrió en errada calificación de los elementos del contrato al denominar a Anselmo Amaya como contratista independiente".

Esta impugnación por vía indirecta propicia el examen de las pruebas enunciadas por el recurrente, como mal apreciadas. Estas son:

a) En el folio 2 del expediente, cuaderno primero, obra un tiquete de transporte, cuya autenticidad no ha sido tachada en el juicio, documento que tiene las trazas de constituír autorización de pasaje otorgado por la Colombian a sus trabajadores. En el reverso se lee en manuscrito "Moisés Bonilla" y se halla estampada con fechador, en sitios distintos, la fecha de "Septiembre 24 de 1955". El sentenciador consideró que dicha pieza "nada prueba pues a cualquier persona le es fácil adquirir uno por intermedio de los trabajadores de la empresa". En efecto: si se considera dicho tiquete en forma aislada la valoración del adquem es acertada; pero no así en cuanto se relaciona dicha pieza con el acta de conciliación de fl. 62, antes transcrita y estudiada, en la cual Amaya hace el aserto —sin que la empresa lo haya tachado de falso— de que los trabajadores se transportaban "en los vehículos de la empresa a los lugares de trabajo". Por este aspecto, pues, resulta atendible la acusación del recurrente en cuanto considera dicha prueba como indebidamente apreciada.

b) A folio 3 ibídem aparece un certificado médico pulmonar sobre examen practicado a Moisés Jiménez Bonilla por el dispensario antituberculoso de la Colombian Petroleum Company, el 31

de marzo de 1954. Tal documento, en el cual se lee en manuscrito "Cto. Amay". (presumiblemente contrato Amaya), está significando de manera vehemente que Colpet, como única beneficiaria de los servicios en el caso sub-judice, comprendía indudablemente que entre ella y los trabajadores del contratista o intermediario Amaya se configuraban relaciones de carácter laboral eventualmente generadoras de obligaciones a cargo de la primera, como aquí se ha visto. El no haber asumido las consiguientes responsabilidades de ley ni satisfecho las obligaciones en el momento debido —cuando Amaya incumplió sus obligaciones bien como contratista bien como intermediario— demuestran la mala fé de la empresa y la sitúan en una posición de renuencia temeraria.

c) La licencia o permiso (folio 4) concedida por el Departamento de Transportes de la Colombian a Moisés Jiménez trae como fecha el 7 de diciembre de 1955, o sea que fue conferida con posterioridad al tiempo de la relación a que se contrae este juicio.

d) Los recibos firmados por Jiménez Bonilla (folios 10 a 21), ya fueron tenidos en cuenta por la Sala, la cual hubo de considerarlos como retribución por servicios y no como el pago de sucesivas compraventas, en concordancia con la evaluación que de los mismos hizo el fallador de segundo grado. Sirven ellos igualmente de elemento estructurador (salario) de la relación contractual objetiva, como antes hubo oportunidad de establecerlo.

e) A folio 42 obra el acta de pago de prestaciones sociales hechas por la Colombian al trabajador Antonio J. Garzón, quien también fue del grupo de aserradores de Anselmo Amaya. Se advierte en dicha pieza documental que el pago fue realizado por el representante de Colpet señor Rafael Espinosa, quien dijo pagar "en nombre y por orden de Anselmo Amaya". Dicha acta es ratificadora de la indudable vinculación entre los demandados y afianza todavía más su ineludible responsabilidad solidaria.

f) Ya la Sala tuvo oportunidad de considerar exhaustivamente al acta de folio 62. A sus anteriores apreciaciones de dicho documento se remite en esta oportunidad.

g) De folios 63 a 66 aparecen las actas correspondiente a las audiencias de reclamación colectiva efectuadas los días 12 y 24 de noviembre de 1955 en la Inspección Auxiliar del Trabajo de Tibú, en la primera de las cuales Amaya reconoce estar debiendo a los trabajadores los salarios, pero aclara que "debido a los altos descuentos, es decir al veinte por ciento del valor de la madera que me debe pagar la Compañía, no ha sido posible cancelarles esas deudas a los trabajadores, pero me comprometo a pagarles lo que les estoy debiendo el próximo martes quince (15) de los corrientes (1955) antes de las tres de la tarde". No existe constancia de que en tales audiencias se hubieran hecho presentes los representantes de la Compañía.

Analizadas las anteriores pruebas, la Sala considera que no puede mantenerse la decisión del juzgador de segundo grado, liberadora de la empresa en cuanto al extremo de la sanción por mora, "por haber discutido la existencia misma del contrato con algún fundamento". Porque no halla esta Corporación que sea tendible ni fundamentada en justicia la temeraria negativa de los responsables solidarios Colpet y Amaya a satisfacer salarios y prestaciones de un numeroso grupo de aserradores cuya labor se realizaba en beneficio exclusivo de la Compañía. La calificación de Anselmo Amaya como contratista independiente hecha por el **a-quo** adolece de igual imprecisión que la calificación del mismo como intermediario hecha por el **ad-quem.** Esta materia ya se estudió suficientemente. Lo que resulta aberrante es que, ante el incumplimiento del intermediario o del contratista —y por una inadecuada designación de este hombre-medio— vaya a exonerarse de las sanciones que a la Empresa-patrono o a la Empresa-beneficiaria se le debían imponer a causa de su pertinaz e injustificada renuencia a salir a responder, (bien a la luz del artículo 34 o bien según el 35), por las deudas laborales a favor de los trabajadores. Es igualmente inaceptable que el propio Amaya, cuya contumacia parece ser premiada por el sentenciador con la ruptura de la solidaridad y la consiguiente absolución, salga indemne en los fallos de instancia como si su posición frente a los hechos y al derecho no fuera de una clarísima responsabilidad en relación con los trabajadores a quienes sus salarios y prestaciones les han sido retenidos.

Ya la Corte tuvo oportunidad de examinar, en caso semejante al que se plantea en el sub-judice (Juan C. Hernández Vs. Anselmo Amaya y Colombian Petroleum Company, Casación del 28 de junio de 1958), las consecuencias derivadas de la solidaridad de los demandados y de su actitud en frente de los acreedores laborales. Dijo esta Corporación: "....en el sub-lite van primordialmente implícitas dos cuestiones fundamentales: la pre-

mencionada declaratoria de solidaridad de Colpet y Amaya como culminación de las consideraciones hechas por la Corte al estudiar el primer grupo de cargos de la recurrente demandada, y la posición de los codemandados Amaya y Colpet, aquél por su manifiesta indiferencia a apersonarse en juicio y ésta por rehuír obstinadamente la responsabilidad que le cabía por su carácter de exclusiva beneficiaria del trabajo, en un contrato cuya realidad objetiva se ha visto que es incuestionable.

"En primer término, la solidaridad que se deduce para los codemandados ora del artículo 34, ora del 35 del Código Sustantivo del Trabajo, conlleva la obvia consecuencia de situarlos dentro de un mismo plano de responsabilidad frente al trabajador en cuento a los salarios y prestaciones adeudados a éste: esa solidaridad trasciende a los mismos y gravita lógicamente sobre ellos respecto de la obligación de satisfacer la indemnización moratoria cuando se configura la hipótesis legal del artículo 65 ibídem, o sea en el evento de que dejen de pagarse oportunamente por los responsables solidarios los salarios y prestaciones debidos al trabajador. En efecto: el artículo 34 propone como objeto de solidaridad a cargo de contratista y beneficiario "los salarios, prestaciones e indemnizaciones", y el artículo 35 fija como objeto de igual solidaridad a cargo del intermediario y del patrono —cuando aquél no declara su calidad ni manifiesta el nombre de éste— "las obligaciones respectivas", o sea toda la gama de derechos, prestaciones e indemnizaciones que natural o eventualmente puedan fluír del contrato. En síntesis, es evidente que a la luz de la doctrina legal la responsabilidad solidaria se mantiene de igual manera inmodificable en relación con la obligación indemnizatoria a que se refiere el artículo 65 del Estatuto Laboral".

En las pruebas aducidas como base de error de hecho, las analizadas en los apartes a), b), d), e), f) y g) son materia sobre la cual, incuestionablemente, se configura una evaluación defectuosa por parte del sentenciador en cuanto a la calificación de la postura de los responsables solidarios en frente del trabajador.

Tal actitud, que es manifiestamente temeraria, hace que por este extremo prospere la impugnación, en cuanto a la procedencia de la condena por salarios caídos a cargo de los codemandados.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida el 28 de noviembre de 1956 por el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, en cuanto no declaró la solidaridad de los demandados y absolvió sobre indemnización moratoria; y en su lugar, modificando el fallo del **a-quo**, y constituída en Tribunal de instancia, dispone:

Primero. — Condénase solidariamente a la Colombian Petroleum Company y al señor Anselmo Amaya a pagar al señor Moisés Jiménez Bonilla las cantidades de dinero a que se refiere el punto primero del fallo que fue objeto del presente recurso.

Segundo. — Condénase solidariamente a la Colombian Petroleum Company y a Anselmo Amaya a pagar a Moisés Jiménez Bonilla la indemnización por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo o "salarios caídos", a razón de doce pesos con cincuenta centavos ($ 12.50) moneda corriente por día, a partir del 24 de octubre de 1955 hasta la fecha en que se pagaren al último las obligaciones a que se refiere el punto anterior de esta sentencia. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE CONTROVERSIAS PROVENIENTES DE CONTRATOS DE CONCESION CELEBRADOS PARA LA EXPLOTACION DE BOSQUES NACIONALES. — CATEGORIAS EN QUE SE CLASIFICAN LOS ACTOS JURIDICOS POR RAZON DE SU CONTENIDO. — NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO DE CONCESION Y SUS ALCANCES. — TANTO LA DOCTRINA COMO LA JURISPRUDENCIA, HAN CONSIDERADO LA CONCESION DE UN SERVICIO PUBLICO COMO UNA CONVENCION CON EL DOBLE CARACTER DE CONVENCION-CONTRATO Y DE CONVENCION-LEY

Nota de la Relatoría

Esta providencia fue revocada por la de fecha dos de septiembre de 1958, que se publica a continuación de la presente.

1.—Los actos jurídicos se clasifican, según Jeze, por razón de su contenido en estas categorías: "a) Actos creadores de una situación jurídica general, denominados legislativos o reglamentarios; b) Actos creadores de una situación jurídica individual, llamados subjetivos; c) Actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un status, denominados actos-condiciones, y d) Actos que hacen constar una situación jurídica general, una situación jurídica individual o un hecho, que se denominan jurisdiccionales". . .

Es preciso decir, en relación con los actos creadores de una situación jurídica individual, esto es, respecto de los actos llamados subjetivos, que un acto de tal naturaleza "puede ser unilateral o bilateral, según se produzca por una manifestación unilateral de voluntad de uno o de varios individuos que obran en idéntico sentido persiguiendo el mismo efecto jurdico; o por una manifestación bilateral de voluntades de dos o varios individuos que persiguen diferentes efectos jurídicos, estando determinadas sus voluntades recíprocamente". Suelen identificarse los actos subjetivos bilaterales con los contratos, pero en sentir de Jeze, "no todo concurso de voluntades creador de una situación jurídica, individual, es un contrato porque en ocasiones el acto creador de esa situación no emana siempre del individuo que ha de sufrir o aprovecharse de ella, particularmente en el campo del derecho público".

La Constitución Nacional de Colombia consagra en varios de sus textos normas relacionadas con los actos subjetivos atribuídos al Gobierno (artículo 57). Es decir, el Gobierno, formado por el Presidente de la República y los Ministros del Despacho, o los Jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, al actuar en ejercicio de sus funciones, que no son otras que las detalladas en la Constitución, en la prestación de los servicios públicos a su cargo, emplean actos administrativos que corresponden a la categoría de los actos subjetivos mencionados, en tanto crean una situación jurídica individual. Así, por ejemplo, cuando el Gobierno concede licencia o permiso temporal para la explotación o aprovechamiento de bienes pertenecientes al patrimonio de la Administración, como los bosques, las minas, las aguas, etc., lo hace por medio de un acto administrativo contentivo de una manifestación bilateral de voluntades: la del agente de la administración y la del individuo que pretende beneficiarse con la explotación, pues de un lado se requiere que éste haga una solicitud de licencia, con documentos probatorios del objeto de la explotación, esto es, una manifestación de su voluntad en tal sentido, y

de otra parte, la expedición de la licencia o permiso por el Gobierno, o sea, otra manifestación de voluntad sometida a la regla general sobre el particular.

2. — Preciso es determinar la verdadera naturaleza jurídica de la concesión, la cual se la define diciendo que "tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio a cargo de la Administración, de índole económica e industrial, y que el contrato puede comprender la construcción o adición de las obras indispensables al servicio".

Los doctrinantes —sobre todo los franceses— estiman que el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero que, por otra parte, tiene derechos y obligaciones determinados contractualmente. En tal sentido, la concesión viene a ser un acto complejo, y de ahí por qué aquellos doctrinantes (Duguit y Jeze) hayan considerado la concesión de un servicio público con el carácter de una convención, a la vez que como convención-contrato como convención-ley, o sea que aquella comprenderá dos categorías de cláusulas diferenes, a saber: las contractuales propiamente dichas que establecen obligaciones determinadas y que imponen al concedente y al concesionario el cumplimiento de ciertas prestaciones, como la de una renta o cánon o de participación de beneficios para el concesionario, y las reglamentarias relativas a todas aquellas cláusulas determinantes del modo y condiciones de explotación del servicio público concedido, que constituyen la ley del servicio, y que nada tienen de contractual. Siguiendo, pues, tales doctrinantes se ha llegado a precisar la naturaleza de la concesión, en estos términos: "a) Que el contrato de concesión tiene por objeto otorgar a un tercero poder suficiente para organizar y prestar, por su cuenta y riesgo, un servicio, a cargo de la administración.—b) Que contiene la norma reglamentaria del servicio, o sea el acto legislativo creador de una situación jurídica general, impersonal, objetiva. — c) Que igualmente contiene una parte 'estrictamente contractual', o sea un acto jurídico subjetivo, creador de una situación jurídica individual.—d) Que es un acto jurídico complejo.—e) Que la norma reglamentaria del servicio público puede ser modificada unilateralmente por la administración o por los gobernantes. Pero cuando se hacen más onerosas las cargas para el concesionario, debe compensársele para que subsista el equilibrio económico del negocio; y f) Que el concesionario se equipara a un agente público".

Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado la concesión de un servicio público como una convención con el doble carácter de convención-contrato y de convención-ley.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio treinta de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

Dentro del término legal que la Nación ha tenido para dar respuesta a la demanda ordinaria que INDUSTRIAS DEL MANGLE S. A., domiciliada en Bogotá, tiene promovida contra aquélla por medio de apoderado, el Procurador Delegado en lo Civil, en su calidad de representante de la entidad demandada, propone la EXCEPCION DILATORIA de DECLINATORIA DE JURISDICCION prevista en el numeral 1º del artículo 330 del Código Judicial, fundado en los siguientes hechos y razonamientos:

"De conformidad con el artículo 40 del Código Judicial, y la Ley 67 de 1943, la Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona. Esta norma procedimental guarda armonía con la contenida en el artículo 73 de la Ley 167 de 1941 —Código de lo Contencioso Administrativo—, según la cual no son acusables ante esa jurisdicción las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo, que tengan origen en un contrato.

"Esas disposiciones son aplicables al caso presente, como lo pretende el demandante? Las resoluciones números 34 de 13 de julio de 1956, y 34 de 12 de diciembre de 1957, provenientes del Ministerio de Agricultura y Ganadería, tienen en realidad su origen en un contrato?

"Examinemos rápidamente el régimen legal relacionado con la explotación de los bosques:

"Empezamos por el Decreto 1.196 de junio 22 de 1950 (sic). Allí encontramos que se auoriza a la Nación para **celebrar contratos** u **otorgar permisos** para la explotación de bosques nacionales en las condiciones que determinen las leyes de carácter general que regulan la materia, aún sobre bosques cuyo usufructo se haya cedido, o respecto de los cuales se hayan otorgado facultades o autorizaciones especiales, para determinar el monto del impuesto de explotación, siempre que no violen derechos de terceros, y que la participación o impuesto que se fije en cada contrato ingrese al Tesoro de la entidad beneficiada para los fines determinados en las leyes de cesión o en las que otorgan las facultades. Observamos que se señalan dos formas para la explotación de los bosques nacionales: **el contrato, y el permiso.**

"Viene después del Decreto 1.383 (sic) de 17 de julio de 1940, que establece lo siguiente, en sus artículos 5º y 6º: "El Gobierno podrá hacer **concesiones** mediante señalamiento y afore de los productos objeto de la concesión y previo abono del importe de los mismos según tasación técnica aprobada por el Ministerio de la Economía Nacional, y sometiendo la ejecución del aprovechamiento al pliego de condiciones técnicas que para cada caso se redacte". El Gobierno podrá **sacar a subasta,** con la tramitación que oportunamente se dicte, los productos de los bosques nacionales que convenga aprovechar por razones selvícolas. En el anuncio de las subastas que se indicarán los sitios donde estén ubicados los productos, su **aforo, las facilidades que para la saca y transporte de los productos ofrezca el monto, tasación, formas de pago y condiciones técnicas y generales** a que han de someterse. La superficie de las zonas cuyos productos se conceden o subasten y la duración de los derechos que se otorguen, no podrán ser mayores de las determinadas en las leyes vigentes para el caso de contrato de explotación". Tenemos aquí otras dos formas para la explotación de los bosques y el aprovechamiento de sus productos: **Concesión,** mediante señalamiento y aforo,y **subasta.**

"Encontramos luégo el Decreto 1.454 de junio 19 de 1942, en el que se dispone: artículo 3º "Los bosques o montes públicos necesariamente han de ser explotados mediante control del Gobierno, con arreglo a normas técnicas que garanticen su conservación y procuren la obtención del máximo beneficio económico social. **En lo sucesivo, en los bosques o montes públicos sólo se permitirán aprovechamientos o explotaciones por los sistemas que señalan los artículos 5º y 6º del Decreto 1.383** (sic) **de 1940**, es decir, por **concesión** o por **subasta** mediante aforo y tasación de los productos. Las subastas se celebrarán por el Ministerio de la Economía Nacional a iniciativa propia o a petición de particulares, y podrán acudir a ellas adjudicatarios de otros lotes". De lo anterior se desprende claramente que, por regla general, los bosques públicos deben ser explotados mediante **concesión** que otorgue el Ministerio de la Economía Nacional o por **subasta,** previo aforo y tasación de los productos. Pero el artículo 4º del decreto permite otros sistemas cuando, por determinadas razones, se juzgue que ninguno de los señalados es aplicable.

"Y, por último, el Decreto 2.921 de octubre 7 de 1946 reglamenta, en forma extensiva, todo lo relacionado con el aprovechamiento, comercio y exportación de productos forestales extraídos tanto de bosques públicos como de dominio privado, y fija la extensión de las zonas de bosques públicos objeto de **concesiones,** solicitud que deben formular los interesados, documentos necesarios, tramitación, obligaciones, multas, caducidad, etc.

"De la anterior relación de disposiciones reglamentarias sacamos en conclusión que existe una marcada diferencia entre contrato y concesión. El primero se **celebra** de conformidad con las normas generales correspondientes, y la segunda se **otorga** con sujeción estricta a los imperativos reglamentos señalados por la ley. Celebrar es —según el Diccionario de la Real Academia Española— hacer solemnemente y con los requisitos necesarios alguna función, junta o contrato; y otorgar es consentir, condescender o conceder una cosa que se pide.

"Afirma Gaston Jeze, el tratadista que más influencia ha ejercido sobre nuestro derecho administrativo, que las condiciones generales esenciales que caracterizan y dan existencia a un contrato de carácter administrativo, son: a) Acuerdo de voluntades; b) Creación de una situación jurídica individual; c) Finalidad de asegurar el funcionamiento de un servicio público; d) Voluntad de someterse a un régimen jurídico especial. Es preciso negarse —dice— a seguir considerando contratos a ciertas operaciones administrativas. O bien no existe acuerdo de voluntades, o bien no hay creación de una situación jurídica individual, siendo la situación legal y no contractual. Y agrega: "Existe marcada diferencia entre un **acto unilateral provocado o aceptado,** y un **acuerdo de voluntades.** En el primer caso, el acto se debe a una sola voluntad, mientras que en el segundo el acto resulta de dos voluntades. Para

determinar los efectos del acto unilateral, la voluntad de aquel que ha realizado el acto es decisiva, y no la de quien le ha solicitado, provocado o aceptado. En particular, la revocación del acto es siempre posible, es principio, por parte de la Administración que ha realizado el acto unilateral. Tal es el caso de cierto número de hipótesis, en que la situación no es contractual, contrariamente a lo que en general se enseña". (Principios generales del Derecho Administrativo. V. 3. Págs. 324, 508, 514).

"Ahora bien: La Resolución número 70, de 17 de mayo de 1945, dictada por el Ministerio de la Economía Nacional, bajo la vigencia y de conformidad con el Decreto 1.454 de 1942, **concede licencia** a la sociedad Industrial del Mangle S. A. para explotar bosques públicos ubicados en el Municipio de Buenaventura. La Resolución número 2, de 31 de enero de 1946, **concede licencia** a la misma sociedad para explotar bosques públicos ubicados en la Intendencia del Chocó, también de acuerdo con el Decreto 1.454 de 1942. La Resolución número 70, de diciembre 15 de 1949, **adiciona** la número 2, para someter la licencia concedida a las reglamentaciones del Decreto 2.921 de 1946. Y la Resolución número 70, de 7 de octubre de 1952, **prorroga** el término de explotación concedido mediante la Resolución número 70 de 1945.

"Puede sostenerse que esas licencias o concesiones otorgadas por el Ministerio de la Economía o por el Ministerio de Agricultura y Ganadería, para la explotación de bosques nacionales, contienen las condiciones generales que dan existencia legal al denominado contrato administrativo? No. Y la respuesta es negativa porque en verdad no hay allí un acuerdo de voluntades, ni ellas tienen por finalidad el funcionamiento de un servicio público, ni crean una situación jurídica individual. En realidad se trata de actos unilaterales de la Administración, provocados o aceptados, porque las condiciones incluídas en ellas no son otras que las impuestas mediante actuaciones de esa naturaleza, y no crean una situación jurídica individual porque lo que hacen es dar aplicación a un estatuto legal, previamente establecido.

"Lo anterior nos lleva a concluír —en forma inequívoca— que las Resoluciones números 34 de 13 de julio de 1956 y 34 de 12 de diciembre de 1957, originarias del Ministerio de Agricultura y Ganadería, no provienen de una relación contractual existente entre el Estado y la Sociedad Industrias del Mangle S. A. y por tanto no es procedente la aplicación del artículo 40 del Código Judicial".

o o o

Considera, pues, el señor Procurador Delegado, que esta Sala de Negocios Generales de la Corte no es competente para conocer de la demanda promovida y que, por consiguiente, debe declararse probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta y procederse de conformidad.

Del anterior escrito del señor Procurador Delegado ordenó esta Sala correr traslado a la entidad demandante por el término de dos días, quien por medio de su apoderado descorrió ese traslado, en los siguientes términos:

o o o

Que los contratos de concesión celebrados entre la Nación y la Sociedad demandante, no son actos creadores de situaciones generales, para sostener que el contencioso que surja de ellos es de competencia del Consejo de Estado y no de la Corte Suprema, sino **actos jurídicos complejos**, esto es, aquellos que el tratadista Gaston Jeze analiza después de estudiar los actos reglamentarios, los creadores de situaciones jurídicas individuales y los actos-condiciones, siendo uno de tales actos jurídicos complejos el contrato de concesión; que esta Corte además, ya tiene completamente definido el problema en el sentido de ser ella competente para conocer el contencioso de los contratos celebrados por la Nación, así sea de contratos de concesión; que la Ley 167 de 1941 en su artículo 258 otorgó competencia al Consejo de Estado para decidir sobre las resoluciones de la administración que declaran la caducidad de un contrato, pero que tal texto fue declarado inexequible en sentencia de 31 de agosto de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL número 2.001, página 3; que auncuando el artículo 148 de la Constitución en que se basó la sentencia antes citada, fue posteriormente modificado por el acto legislativo de 1945, sin embargo, hasta el presente no ha sido otorgada competencia por la ley a la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir las controversias sobre los contratos en que es parte la Nación; que están vigentes y conservan toda su fuerza obligatoria los artículos 40 del Código Judicial, y 73, ordinal 1º, de la Ley 167 citada, que prohibe al Consejo de Estado conocer de resoluciones que

tengan origen en un contrato; que, por tanto, sobre la competencia de la Corte para conocer de la demanda no queda duda alguna.

No se aparta el señor apoderado de la Sociedad demandante, siguiendo a Jeze, citado por el señor Procurador, de que todos los contratos —especialmente los de concesión— tengan una parte reglamentaria. No obstante, sostiene que según el mismo autor, en los contratos, aún en los de concesión, existe una parte creadora de una situación jurídica individual y concreta, como lo explica, entre otras de sus obras, en los tres tomos sobre contratos "Teoría General de los contratos de la Administración". En consecuencia, dice ser situación jurídica individual de la sociedad demandante en las concesiones objeto de la demanda el derecho de explotar, con carácter exclusivo, dentro de un tiempo determinado, en una extensión alinderada y pagando una determinada regalía, los bosques del Estado.

Por último, agrega dicho señor apoderado, que la Nación celebra una gran cantidad de contratos que son muy similares a las concesiones para la explotación de bosques, en los cuales casi todas las condiciones y regalías que reciba la Nación están determinadas y detalladas pormenorizadamente en la ley respectiva.

o o o

En la forma anterior trabado el debate y siendo éste de puro derecho, la Sala procede a fallar la excepción propuesta. (Artículo 335 del Código Judicial).

o o o

Antes de entrar en materia conviene recordar que los actos jurídicos se clasifican —según Jeze— por razón de su contenido en estas categorías: "a) Actos Actos creadores de un situación jurídica general, denominados legislativos o reglamentarios; b) Actos creadores de una situación jurídica individual, llamados subjetivos; c) Actos que confieren a un individuo una situación jurídica general, un status, denominados actos-condiciones, y d) Actos que hacen constar una situación jurídica general, una situación jurídica individual ó un hecho, que se denominan jurisdiccionales".

En el caso de autos y dada la naturaleza de las resoluciones citadas como fundamento y hechos de la demanda, es preciso decir, en relación con los actos creadores de una situación jurídica individual, esto es, respecto de los actos llamados subjetivos, que un acto de tal naturaleza "puede ser unilateral o bilateral, según se produzca por una manifestación **unilateral** de voluntad de uno o varios individuos que obran en idéntico sentido persiguiendo el mismo efecto jurídico; o por una manifestación **bilateral** de voluntades de dos o varios individuos que persiguen diferentes efectos jurídicos, estando determinadas sus voluntades recíprocamente". Suelen identificarse los actos subjetivos bilaterales con los **contratos,** pero en sentir de Jeze, "no todo concurso de voluntades creador de una situación jurídica, individual, es un contrato, porque en ocasiones el acto creador de esa situación no emana siempre del individuo que ha de sufrir o aprovecharse de ella, particularmente en el campo del derecho público".

La Constitución Nacional de Colombia consagra en varios de sus textos normas relacionadas con los actos subjetivos atribuídos al Gobierno (artículo 57). Es decir, el Gobierno, formado por el Presidente de la República y los Ministros del Despacho, o los jefes de Departamentos Administrativos, y en cada negocio particular el Presidente y el Ministro o el Jefe del Departamento Administrativo correspondiente, al actuar en ejercicio de sus funciones, que no son otras que las detalladas en la Constitución, en la prestación de los servicios públicos a su cargo, emplean actos administrativos que corresponden a la categoría de los actos subjetivos mencionados, en tanto crean una situación jurídica individual. Así, por ejemplo, cuando el Gobierno concede licencia o permiso temporal para la explotación o aprovechamiento de bienes pertenecientes al patrimonio de la Administración, como los **bosques,** las minas, las aguas, etc., lo hace por medio de un acto administrativo contentivo de una manifestación bilateral de voluntades: la del agente de la administración y la del individuo que pretende beneficiarse con la explotación, pues de un lado se requiere que éste haga una solicitud de licencia, con documentos probatorios del objeto de la explotación, esto es, una manifestación de su voluntad en tal sentido, y de otra parte, la expedición de la licencia o permiso por el Gobierno, o sea, otra manifestación de voluntad sometida a la regla general sobre el particular.

Cuando el Ministerio de la Economía Nacional dictó las Resoluciones números 70, de 17 de mayo de 1945, y 2, de 31 de enero de 1946, regía el Decreto número 1.454 de 1942, que respecto de los bosques o montes públicos dispuso que necesariamente han de ser explotados mediante control

del Gobierno, con arreglo a normas técnicas que garanticen su conservación y procuren la obtención del máximo beneficio económico-social, y que en lo sucesivo sólo se permitirán aprovechamientos o explotaciones por los sistemas que señalan los artículos 5º y 6º del Decreto 1.383 (sic) (es el 1.387) de 1940, es decir, por **concesión** o por subasta mediante aforo y tasación de los productos. No obstante, aquellas resoluciones hablan de **conceder licencia** y nó de **concesión** o de **subasta**. Es decir, **otorgó permisos**, según así lo dispuso el Decreto 1.196 de 1940 (junio 22).

Para esta Sala de la Corte, pues, aquellas primeras resoluciones fueron actos administrativos de los llamados subjetivos bilaterales, según atrás se analizó, creadores desde luego de una situación jurídica individual, sin que puedan denominarse o catalogarse como contratos administrativos. No se puede decir entonces que tales permisos fueron **actos unilaterales**, como lo serían, por ejemplo, la liquidación individual de un impuesto o tributo, imposición de una multa por infracción de algún precepto legal, etc., porque el Gobierno al dictar las resoluciones comentadas, no tuvo en cuenta la sola voluntad de la administración sino también la del administrado, según se vio atrás. Además, con la expedición de tales actos sí vino a crearse una situación jurídica individual.

Aclarado lo anterior, la Sala advierte que las licencias concedidas por las resoluciones citadas fueron transformadas en **concesiones**, por resoluciones posteriores y también prorrogadas por el término de cinco (5) años. En tal virtud, preciso es determinar la verdadera naturaleza jurídica de la **concesión**, la cual se la define diciendo que "tiene por objeto otorgar a una persona facultad legal suficiente para la prestación, por su cuenta y riesgo, de un servicio a cargo de la Administración, de índole económica o industrial, y que el contrato puede comprender la construcción o adición de las obras indispensables al servicio".

Los doctrinantes —sobre todo los franceses— estiman que el concesionario se equipara a un agente público, cuyas obligaciones están determinadas por disposiciones de carácter legal y reglamentario, pero que, por otra parte, tiene derechos y obligaciones determinados contractualmente. En tal sentido, la concesión viene a ser **un acto complejo**, y de ahí por qué aquellos doctrinantes (Duguit y Jeze) hayan considerado la concesión de un servicio público con el carácter de una **convención**, a la vez que como convención-contrato como convención-ley, o sea que aquélla comprenderá dos categorías de cláusulas diferentes, a saber: las contractuales propiamente dichas que establecen obligaciones determinadas y que imponen al concedente y al concesionario el cumplimiento de ciertas prestaciones, como la la de una renta o cánon o de participación de beneficios para el concesionario, y las reglamentarias relativas a todas aquelas cláusulas determinantes del modo y condiciones de explotación del servicio público concedido, que constituyen la ley del servicio, y que nada tienen de contractual. Siguiendo, pues, tales doctrinantes se ha llegado a precisar la naturaleza de la **concesión** en estos términos: "a) Que el contrato de concesión tiene por objeto otorgar a un tercero poder suficiente para organizar y prestar, por su cuenta y riesgo, un servicio, a cargo de la Administración. b) Que contiene la norma reglamentaria del servicio, o sea el acto legislativo creador de una situación jurídica general, impersonal, objetiva. c) Que igualmente contiene una parte 'estrictamente contractual', o sea un acto jurídico subjetivo, creador de una situación jurídica individual. d) Que es un acto jurídico complejo. e) Que la norma reglamentaria del servicio público puede ser modificada unilateralmente por la Administración o por los gobernantes. Pero cuando se hacen más onerosas las cargas para el concesionario, debe compensársele para que subsista el equilibrio económico del negocio; y, f) Que el concesionario se equipara a un agente público".

La Corte Suprema de Justicia, dice Sarria (Derecho Administrativo, páginas 224 y 225, "en relación con el contrato de **concesión**, ha seguido el desarrollo de los publicistas franceses:

"I—Los contratos para la explotación de bosques, que celebra la Administración con los particulares, son en realidad análogos a los que se hacen para la explotación de yacimientos petrolíferos y también a los que el Estado celebra sobre minas de las cuales es dueño A tales contratos se les ha dado el nombre de concesión. ¿En qué consiste ésta? En un privilegio que el Gobierno, como entidad administrativa, otorga a los particulares, autorizado por las leyes especiales, para que éstos puedan explotar riquezas naturales de propiedad de la Nación. Para ello el Gobierno obra autorizado por leyes permisivas, que regulan la materia. En la celebración de las concesiones no se aplican rigurosamente los preceptos que reglamentan, en derecho privado, las relaciones jurídicas de los contratantes.

"El objeto sobre el cual recaen las concesiones es el derecho público interno y de la administración de los bienes nacionales encomendada a órganos ejecutivos. Este contrata en condiciones de evidente superioridad jurídica sobre el particular, pues lo hace como persona encarnación del Estado. En estos casos el Gobierno no celebra propiamente una verdadera convención bilateral, onerosa, en provecho exclusivo del erario público, sino que cumple, en realidad, un deber administrativo en beneficio de la comunidad.

"Cuando el Estado permite que un particular explote una mina de su propiedad, no busca simplemente una fuente de entradas para sí, sino que persigue con ello un fin que ha de traer provecho a la sociedad en general. Y no puede pensarse que en estos casos el Estado, sin más atribuciones y prerrogativas que un simple particular llame a otro para celebrar con él una convención conmutativa de donde surgirán derechos y obligaciones iguales y recíprocas. Más que un contrato, un acto de éstos es un permiso que el Estado concede a quienes han llenado ciertos requisitos y aceptado voluntariamente las prerrogativas que respecto de ellos ejercita la autoridad pública, para que al explotar esos bienes y obtener un lucro particular, también cumplan la función social de poner en juego esas riquezas al servicio de la colectividad. Bien se ve que no se trata aquí de convenciones civiles, en que desempeña papel decisivo la igualdad jurídica de las partes, sino que el Estado, en ejercicio de sus facultades como entidad de derecho público, autoriza a uno de sus órganos, por medio de normas especiales a las que debe ceñirse éste estrictamente, para que otorgue a un particular, que cumpla determinadas formalidades, el privilegio de explotar riquezas, que al entrar en el comercio traerán consecuencias benéficas para la economía nacional (Sentencia de 1937).

"2.—Las cláusulas financieras tienen un carácter contractual y las relativas a la organización y funcionamiento del servicio, cláusulas orgánicas, tienen un carácter que varía según quien las invoca: si es el concesionario, todos los elementos del acto de concesión tienen carácter contractual, y, por consiguiente, la violación no dá lugar a recurso por exceso de poder, pues según principio en que concuerdan jurisprudencias y doctrinas, este recurso está excluído de las relaciones contractuales; y si es el concedente, las cláusulas orgánicas tienen un carácter doble; a) Son contractuales en cuanto él exija su ejecución al concesionario, por lo cual las diferencias a este respecto son del resorte del Juez del contrato, y b) Si el concedente interviene para modificar unilateralmente las condiciones del servicio, ya sólo se trata del régimen administrativo. Por tanto, el acto de administración es susceptible de dos clases de recursos: por exceso de poder, si implica modificación unilateral contraria a la ley o a los textos reglamentarios del acto de concesión, e indemnización y hasta resolución (resiliación), si las modificaciones trastornan completamente la economía del contrato".

Para esta Sala de la Corte, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado la **concesión** de un servicio público como una convención con el doble carácter de convención-contrato y de convención-ley. Por tanto, si la demanda objeto de la excepción dilatoria propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil se dirige por Industrias del Mangle S. A., contra la Nación, para obtener la nulidad de unas resoluciones del Gobierno que afectan las cláusulas financieras de las concesiones otorgadas a aquélla (Peticiones Primera y Segunda de la demanda), y para que, consecuencialmente, se rehaga la liquidación de las participaciones que corresponden a la Nación en las explotaciones de bosques nacionales realizadas por la Sociedad demandante (Petición Tercera del libelo), esto es, las cláusulas contractuales, para la Sala no queda duda alguna de que es la Corte quien tiene la jurisdicción o competencia para conocer de la demanda, al tenor del artículo 40 del Código Judicial, en armonía con el 73 de la Ley 167 de 1941, pues se trata de una controversia que proviene de contratos de concesión celebrados entre la Nación y la entidad concesionaria denominada "Industrias del Mangle S. A.," domiciliada en la ciudad de Bogotá.

En fuerza de las consideraciones anteriores, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, DECLARA NO PROBADA la excepción dilatoria de DECLINATORIA DE JURISDICCION propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

En consecuencia se ordena a la entidad demandada dar contestación a la demanda dentro de dos días.

No hay condenación en costas en el incidente.

Notifíquese y cúmplase.

Jorge Sanabria.— El Secretario, **Jorge García Merlano.**

LA CONCESION ES UN ACTO ADMINISTRATIVO MEDIANTE EL CUAL UNA ENTIDAD DE DERECHO PUBLICO CONFIERE FACULTAD A TERCEROS PARA QUE EXPLOTEN U ORGANICEN Y EXPLOTEN POR SU CUENTA Y BAJO SU RESPONSABILIDAD, CIÑENDOSE A LAS CONDICIONES QUE DETERMINEN LAS LEYES, DECRETOS O REGLAMENTOS ESTATALES, BIENES QUE HACEN PARTE DEL DOMINIO PUBLICO O SERVICIOS DE UTILIDAD GENERAL, ACTO QUE PUEDE SER UNILATERAL O BILATERAL SEGUN QUE SE PRODUZCA POR LA SOLA VOLUNTAD DEL OTORGANTE O POR CONTRATO, PERO QUE EN TODO CASO ES COMPLEJO Y TIENE EL CARACTER DE REGLAMENTARIO. — RECURSO DE SUPLICA. — SE REVOCA EL AUTO INMEDIATAMENTE ANTERIOR Y EN SU LUGAR SE DECLARA PROBADA LA EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION

El hecho de que el establecimiento y explotación de ciertos servicios públicos como los de transporte, luz, acueducto, etc., cuando no los asume directamente el Estado suele encomendarse a empresas particulares mediante la celebración de contratos por los cuales se otorga el derecho de beneficiarlos en determinadas circunstancias, contratos que han sido llamados "concesiones" puesto que por ellos la persona de derecho público cede o concede a una de derecho privado uno de los privilegios que son inherentes a su índole, ha inducido con frecuencia a creer que la "concesión" es siempre un contrato administrativo, cuando lo adecuado es pensar que a veces se otorga por esta vía, sin que ello signifique que pierda su peculiaridad de acto administrativo discrecional y gracioso.

Para los Magistrados que conocen del recurso de súplica interpuesto, la concesión es un acto administrativo mediante el cual una entidad de derecho público confiere facultad a terceros para que exploten u organicen y exploten por su cuenta y bajo su responsabilidad, ciñéndose a las condiciones que determinen las leyes, decretos o reglamentos estatales, bienes que hacen parte del dominio público o servicios de utilidad general, acto que puede ser unilateral o bilateral según que se produzca o por la sola voluntad del otorgante o por contrato, pero que en todo caso es complejo y tiene el carácter de reglamentario y subjetivo según la clasificación de Jeze.

Este concepto de concesión está acorde con nuestras tradiciones administrativas hispánica y colombiana porque, en las Ordenanzas de Minería de Nueva España y en la legislación sobre baldíos se habla de la concesión de aquéllas y de éstos como de un acto gracioso y unilateral del Estado, y en el Código de Minas, en suspenso, y en el de Petróleos vigente, se ordenan los contratos de concesión para la explotación de las minas y subsuelo.

Lo anterior quiere decir que hay concesiones que el Estado otorga por actos unilaterales, como una resolución, y otras por actos bilaterales, como un contrato, pero que en ambos casos son esencialmente iguales, porque en ninguno de ellos pierde la característica de que en cualquier momento el concedente pueda modificar las normas que rigen la explotación del bien o servicio público concedidos, como está aceptado por el Derecho Administrativo contemporáneo, diferenciándose sólo en que cuando se utiliza la vía contractual para otorgarla, hay una mayor estabilidad para el concesionario en lo que atañe a sus derechos, mientras no entren en pugna con el interés público.

Los Decretos números 1.454 de 1942 y 2.971 de 1946 que reglamentaron el beneficio forestal, siempre estimaron la licencia y concesión aludidos como actos unilaterales del Estado que la Sala ha calificado de complejos por ser reglamentarios y subjetivos, unilateralidad que no destruye el hecho de que haya de solicitarlas quien desee obtenerlas, y que se obtenían y obtienen sin necesidad de la celebración de un contrato.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dos de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel De Sola R.).

Con fundamento en el Decreto-Ley número 1.454 de 1942, el Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Tierras— Sección de Bosques, dictó las Resoluciones números 70 y 2 de 17 de mayo de 1945 y 31 de enero de 1946, respectivamente, por medio de las cuales otorgó licencias a "Industrias del Mangle S. A.", sociedad domiciliada en esta plaza, para explotar, en las condiciones determinadas en las mismas, por el término de cinco años, sendas zonas de bosques ubicados en el municipio de Buenaventura y en la Intendencia, hoy Departamento, del Chocó.

Como posteriormente dictó el Gobierno el Decreto número 2.921 de 7 de octubre de 1946, por el que se reglamentó en forma más detallada y exigente la explotación de los bosques nacionales, el Ministerio de Agricultura y Ganadería emitió las Resoluciones números 70 y 64 de 15 de diciembre de 1949 y 7 de octubre de 1952, en su orden, por las que dispuso que las licencias mencionadas en el párrafo anterior y llamadas "concesiones" en las providencias administrativas últimamente citadas, quedaban sometidas, además, a las condiciones establecidas por el Decreto 2.921 aludido, concesiones que se prorrogaron por cinco años por la referida Resolución 64 y por la número 48 de 31 de marzo de 1952.

Por Resolución número 34 de 15 de julio de 1956, proferida por el Ministerio de Agricultura y Ganadería —División de Recursos Naturales— Sección de Bosques, se resolvió, entre otras cosas, liquidar las participaciones a favor de la Nación y a cargo de "Industrias del Mangle S. A." por concepto de la concesión hecha a ésta para beneficiar bosques en el Chocó, y de las explotaciones de igual clase efectuadas sin permiso por dicha empresa en el Departamento de Nariño, fijándose aquéllas en la cantidad de sesenta y ocho mil novecientos veintiún pesos sesenta y cinco centavos ($ 68.921.65) moneda legal.

Como la Empresa no estuviera conforme con esa liquidación, ni con la caducidad de la concesión del Chocó ordenada en el mismo proveído, interpuso el recurso del caso, el que fue resuelto por la Resolución número 34 de 12 de diciembre de 1957, por la que se modificó en la suma de $ 32.179.27 la participación correspondiente a la Nación por las explotaciones contempladas en la providencia recurrida y la de Buenaventura, además, y no se accedió a lo restante.

Con base en los hechos referidos y en otros que no es el caso exponer ahora, y en la consideración de que las concesiones a que se ha aludido son, en sentir del demandante, contratos celebrados entre la Nación e "Industrias del Mangle S. A.", ésta presentó demanda ordinaria contra aquélla para que la Corte, mediante el trámite de un juicio ordinario de mayor cuantía y única instancia, declare nulas las Resoluciones números 34 y 34 de 13 (sic) de julio de 1956 y 12 de diciembre de 1957, respectivamente, y, en consecuencia, se rehaga la liquidación de las participaciones correspondientes al Estado, todo de conformidad con las bases que la actora determina en su libelo.

Al correrse traslado de la demanda al señor Procurador Delegado en lo Civil, afirmando que las resoluciones demandadas no provienen de un vínculo contractual sino "de actos unilaterales de la Administración", propuso la excepción de declinatoria de jurisdicción que el Magistrado sustanciador, después de un prolijo estudio, declaró no probada por auto de 30 de junio del presente año, auto contra el cual el personero del Estado interpuso recurso de súplica, motivo por el cual pasó el negocio a este Despacho. Como se agotó el trámite de rigor, se procede a resolver previas las consideraciones siguientes:

Como se desprende de la providencia suplicada y de los alegatos de la Procuraduría, el problema que se estudia estriba en que aquélla considera que las resoluciones demandadas provienen de concesiones otorgadas por la Nación a "Industrias del Mangle S. A." que califica de contratos como el apoderado de la actora, mientras que el señor Procurador Delegado en lo Civil les niega ese carácter y las determina como actos administrativos unilaterales. O dicho de otra manera, la discrepancia jurídica que se ventila se basa en que el sustanciador estima que la concesión siempre es un contrato, y el segundo que, aunque hay contratos de concesión, ésta no siempre es un contrato y, en ocasiones, como la que se estudia, es un acto unilateral de la administración.

El hecho de que el establecimiento y explotación de ciertos servicios públicos como los de transporte, luz, acueducto, etc., cuando no los asume directamente el Estado suele encomendarse a empresas particulares mediante la celebración de contratos por los cuales se otorga el derecho de beneficiarlos en determinadas circunstancias, contratos que han sido llamados "concesiones" puesto que por ellos la persona de derecho pú-

blico cede o concede a una de derecho privado uno de los privilegios que son inherentes a su índole, ha inducido con frecuencia a creer que la "concesión" es siempre un contrato administrativo, cuando lo adecuado es pensar que a veces se otorga por esta vía, sin que ello signifique que pierda su peculiaridad de acto administrativo discrecional y gracioso.

Para los Magistrados que conocen del recurso de súplica interpuesto, la concesión es un acto administrativo mediante el cual una entidad de derecho público confiere facultad a terceros para que exploten u organicen y exploten por su cuenta y bajo su responsabilidad, ciñéndose a las condiciones que determinen las leyes, decretos o reglamentos estatales, bienes que hacen parte del dominio público o servicios de utilidad general, acto que puede ser unilateral o bilateral según que se produzca o por la sola voluntad del otorgante o por contrato, pero que en todo caso es complejo y tiene el carácter de reglamentario y subjetivo según la clasificación de Jezè.

Este concepto de concesión está acorde con nuestras tradiciones administrativas hispánicas y colombianas porque, como lo anota el señor Procurador Delegado en su escrito de súplica, en las Ordenanzas de Minería de Nueva España y en la legislación sobre baldíos se habla de la concesión de aquéllas y de éstos como de un acto gracioso y unilateral del Estado, y en el Código de Minas, en suspenso, y en el de Petróleos vigente, se ordenan los contratos de concesión para la explotación de las minas y subsuelo.

Lo anterior quiere decir que hay concesiones que el Estado otorga por actos unilaterales, como una resolución, y otras por actos bilaterales, como un contrato, pero que en ambos casos son esencialmente iguales, porque en ninguno de ellos pierde la característica de que en cualquier momento el concedente pueda modificar las normas que rigen la explotación del bien o servicio público concedidos, como está aceptado por el Derecho Administrativo contemporáneo, diferenciándose sólo en que cuando se utiliza la vía contractual para otorgarla, hay una mayor estabilidad para el concesionario en lo que atañe a sus derechos, mientras no entren en pugna con el interés público.

Pasando ahora de lo general a lo concreto, es decir, a la excepción propuesta, se tiene:

Según los hechos relatados al principio, los que están demostrados con los documentos acompañados a la demanda, "Industrias del Mangle S. A." por medio de sendas resoluciones dictadas en 1945 y 1946, con base en el Decreto-Ley número 1.454 de 1942, reglamentario de la explotación de los bosques nacionales, recibió autorización o licencia para beneficiar ciertas zonas de los mismos ubicadas en el municipio de Buenaventura y en el Departamento del Chocó. Como luégo se dictó el Decreto 2.921 de 7 de octubre de 1946, que determinó que dichos bosques se explotaran por el sistema de concesiones que se otorgarían en las condiciones fijadas en él, más exigentes a las anteriores sobre la materia, el Ministerio de Agricultura y Ganadería, por las Resoluciones 70 y 64 de diciembre de 1949 y octubre de 1952 citadas en otro lugar, dispuso que las licencias mentadas quedaban sometidas, además, a las nuevas exigencias establecidas para los concesionarios, lo que dio motivo para que la demandante afirmara en el libelo que sus primitivas licencias habían sido transformadas en concesiones.

Comparadas las Resoluciones en referencia, es decir, las que concedieron licencias a la demandante para beneficiar ciertos bosques, y las que se dictaron después diciendo que se adicionaban a las condiciones de dichas licencias las señaladas por el decreto que consagró el beneficio de los bosques en forma de concesión, así como lo ordenado por éste y lo dispuesto por el número 1.454 de 1942, es fácil observar que aquéllas y éstos son semejantes en su fondo y forma, con la diferencia de que en lo que se llamó en los primeros proveídos "licencia", se denominó "concesión" en los segundos. Este cambio de palabras se debió seguramente a que se advirtió que lo que en un tiempo se había llamado "licencia" o "autorización" era un acto de concesión, según lo expuesto antes, pues aquélla es el permiso administrativo que se otorga a quien tiene un derecho para que lo ejerza, por lo que se distingue fundamentalmente de la última.

Mas sea ello lo que fuere, es lo cierto que los decretos de 1942 y 1946 que reglamentaron el beneficio forestal, siempre estimaron la licencia y concesión aludidos como actos unilaterales del Estado que la Sala ha calificado de complejos por ser reglamentarios y subjetivos, unilateralidad que no destruye el hecho de que haya de solicitarlas quien deseé obtenerlas, y que se obtenían y obtienen sin necesidad de la celebración de un contrato, como ocurrió en los casos contemplados.

Más aún: Si como es sabido los contratos administrativos están sometidos, de acuerdo con nuestras leyes, a ciertas formalidades de aprobación para su validez, por lo que es indispensable

que consten por escrito, no se ve cómo se pueden considerar como tales las resoluciones que sujetaron las licencias de que se ha ocupado la Sala al régimen de la concesión forestal.

Si a lo anterior se agrega que las resoluciones cuya nulidad son materia del juicio se refieren también a liquidación de participaciones extraconcesión, es decir, procedentes de explotaciones de hecho y que sin autorización del Gobierno hizo la demandante en el Departamento de Nariño, hay una razón más para concluír que ellas no tienen origen en un contrato, y, por consiguiente, que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40 del Código Judicial, la Corte no tiene competencia para conocer de este negocio.

Por lo expuesto se resuelve:

Revócase el auto suplicado y en su lugar se declara probada la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta por el personero de la Nación.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra.—Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga—Jorge García Merlano, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR LA RUPTURA SUBITA E ILEGAL DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO SOBRE CONSTRUCCION DE UNA OBRA PUBLICA.--CONDENACION EN ABSTRACTO. — ANTES DE QUE LA ADMINISTRACION DECRETE LA CADUCIDAD DE UN CONTRATO, DEBE DARSE AL CONTRATISTA LA OPORTUNIDAD PARA QUE RECTIFIQUE, SUBSANE LA FALTA O FALTAS DE QUE SE LE ACUSA O FORMULE SU DEFENSA

No siendo la caducidad una pena, ni una medida urgente, salvo en los casos de muerte cuando no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores, o de incapacidad financiera del contratista presumible cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores (artículo 254 del C. C. A.), está en interés de la comunidad que se cumpla el contrato y la equidad y la conveniencia aconsejan que antes de que la Administración decrete la caducidad, se dé la oportunidad al contratista para que "rectifique, subsane la falta o faltas de que se le acusa o formule su defensa" tal como lo disponen el artículo 47 de la Ley 37 de 1931 (Ley de Petróleos), en sus dos últimos incisos, y el artículo 39 del Decreto 1.382 de 1940.

La Sala considera que la previa notificación al contratista de las causales que a juicio de la Administración existen para decretar la caducidad del contrato, es indispensable antes de tomar tan grave medida, y que le debe ser concedido al contratista un plazo razonable para que "rectifique, subsane la falta o faltas de que se le acusa o formule su defensa", ya que si esto ocurre, la continuación en la ejecución del contrato puede ser más conveniente para el correcto funcionamiento de los servicios públicos o la construcción de las obras de que se trata.

Los derechos preponderantes e incuestionables que tiene el Estado en los contratos administrativos según lo ha admitido la doctrina en todos los países, no pueden llegar hasta desconocer los del contratista y hacer tabla rasa de las normas y principios vigentes y del acuerdo de las partes consignado en cláusulas claras.

Verdad es que la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad y la consiguiente inmutabilidad de las cláusulas en los contratos han sufrido serios impactos por los avances de la jurisprudencia, especialmente a partir de la primera conflagración universal. Universal no solamente por su extensión en el espacio sino porque sus consecuencias llegaron a todas las esferas del saber humano y así modificó conceptos y reformó postulados de noble y milenaria estirpe; pero la buena fé, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, permanecen intangibles, ya que sin ellas no serían posibles las relaciones humanas ni se podría concebir la pacífica convivencia de los asociados.

Las necesidades colectivas en los servicios públicos no sirven adecuadamente cuando se sale de las claras normas de la ley, para entrar abiertamente por los escabrosos senderos de la arbitrariedad. Porque no es solamente la indenmización que le corresponde pagar al Fisco Nacional por los errores, ineptitudes y actitudes desobligantes de sus funcionarios, sino por el creciente descrédito que sufre la Administración Pública, con las fatales consecuencias de que los particulares rehuyan contratar con el Estado o lo hagan en forma gravosa, ya que entre los cómputos del contratista están los posibles perjuicios, por los desmanes de los funcionarios, poco amigos del freno de la ley que la democracia impone y por la manera tardía y descuidada como se atienden y estudian las solicitudes y reclamaciones que formulan dichos contratistas.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre ocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra).

En el juicio ordinario de mayor cuantía seguido contra la Nación, el doctor Ezequiel Sánchez, por medio de apoderado, pide que se hagan las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que se declare que la Nación al dictar la Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952, emanada del Ministerio de Obras Públicas, terminó unilateralmete los contratos de fechas 14 de julio de 1950 y 12 de junio de 1951, celebrados entre dicho Ministerio y el doctor Ezequiel Sánchez, para la construcción de la carretera NEIVA-AIPE-NATAGAIMA-COYAIMA, imputando a mi representado una culpa o incumplimiento de los mismos, que no existió.

"SEGUNDA.—Que, en consecuencia, la Resolución Ejecutiva número 92 de 30 de octubre de 1953, emanada del mismo Ministerio, no tuvo la virtud de volver las cosas al estado anterior a la Resolución 137 de 1952, ni es una de las formas de terminación previstas en dichos contratos, pero constituye el reconocimiento de que mi representado había dado cumplimiento a los mismos hasta el momento de su terminación como se dice en la petición anterior.

"TERCERA.—Que la Nación debe pagar a mi representado, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo que ponga fin a este juicio, las sumas que en el curso del mismo se establezcan por los siguientes conceptos: 1º—Los trabajos total o parcialmente ejecutados conforme a los contratos en mención y las Actas suscritas entre el Ministerio y el Contratista. 2º—La obra inconclusa que por causa de la terminación o suspensión de los trabajos en referencia no alcanzó a ejecutar el Contratista de conformidad con las especificaciones. 3º—Los materiales destinados a la obra que el Contratista tenía en existencia al momento de la terminación de los trabajos y los campamentos e instalaciones en servicio o en construcción en la fecha de suspensión de tales trabajos. 4º—Los perjuicios que la terminación unilateral de los contratos en mención, por parte de la Nación, le causó al contratista.

"En defecto de una cantidad líquida por cualquiera de los anteriores conceptos, se hará la condena en abstracto o se fijarán las bases, para establecer dicha cuantía conforme al procedimiento de los artículos 480 y 553 del C. J.

"En subsidio pido:

"a)—Que la Nación incumplió los contratos de fechas 14 de julio de 1950 y 12 de junio de 1951, celebrados con el doctor Ezequiel Sánchez, para la construcción de la carretera NEIVA-AIPE-NATAGAIMA-COYAIMA, de que tratan los puntos 1º y 3º de esta demanda, al terminarlos unilateralmente y sin causa justificativa, mediante una imputación de culpabilidad al contratista, culpa qué no existió.

"b)—Que la Nación debe pagar al Contratista, doctor Ezequiel Sánchez, además de las sumas pendientes por concepto de la obra ejecutada, total o parcialmente, el valor de la obra inconclusa que por causa de la terminación unilateral de los contratos de que trata la petición anterior por parte de la Nación, no alcanzó a ejecutar el contratista, de conformidad con las especificaciones, más los perjuicios que se le hayan ocasionado, por igual causa.

"c)—Que, en consecuencia, la Nación debe pagar a mi representado, dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria del fallo respectivo, las sumas que en el curso del juicio se determinen, por los conceptos aludidos en la petición anterior, o, en subsidio, se den las bases o se haga la condena en abstracto, para que la fijación se haga en la ejecución de la sentencia.

HECHOS:

Como hechos presenta los siguientes:

1º—Que el día 14 de julio de 1950 se celebró entre el Ministerio de Obras Públicas y el doctor Ezequiel Sánchez un contrato relativo a la construcción de la carretera NEIVA-AIPE-NATAGAIMA-COYAIMA;

2º—En éste transcribe las cláusulas 1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 21ª, 24ª, 26ª, 27ª, y 30a. del referido contrato;

3º—Que con fecha 12 de junio de 1951, se suscribió, entre las mismas partes citadas en el hecho 1º, un contrato adicional del cual transcribe las cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 7ª, 8a. y 9a.;

4º.—Que con fecha 12 de noviembre de 1951, se firmó entre el señor Jorge Borda Aza, Interventor de la carretera NEIVA-AIPE-COYAIMA y el Ingeniero-Contratista, un Acta de la cual copia las cláusulas 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 5ª y 6a.;

5º—Se refiere a la aprobación del Acta a que se refiere el hecho 4º, por parte del Consejo Nacional de Vías de Comunicación;

6º.—Que el Acta a que se refiere el hecho anterior, y por medio de otra acta de fecha 28 de diciembre de 1951, se elevó a convenio en el cual quedaron incorporados el oficio número 28 de 20 de octubre de 1951 y la proposición del Consejo Nacional de Vías de Comunicación; y que por

medio de este acuerdo el contratista se obligó a entregar, en lugar del afirmado de la carretera ya nombrada, las obras de arte incluídas en el convenio o acuerdo perfeccionado el 28 de diciembre referido;

7º—Que el contrato de 14 de julio de 1950 con las modificaciones que le habían introducido, se cumplió por parte del contratista y que por ello fue prorrogado por un año más, hasta el 31 de diciembre de 1952;

8º.—Que con fecha 16 de septiembre de 1952 fue suscrita un Acta entre los señores Ezequiel Sánchez Q., Jorge Borda Aza (Ingeniero Interventor) y Carlos J. Salcedo, Ingeniero Jefe de Trazados del Ministerio de Obras Públicas, relativa a la construcción de la carretera antes mencionada, en los sectores Río Aipe-Río Patá (K. 40.800 a K. 60.00) y Río Patá-Filo Celiano Dussán (K. 60, 00-75), y que entre otras cosas, en el Acta relatada se fija el plan de trabajos a seguir inmediatamente, por un valor de $ 420.000.00 y la forma de financiarlo y que dicha acta fue reconocida por la Resolución Ejecutiva número 92 de fecha 30 de octubre de 1953;

9º.— Que con fecha 2 de octubre de 1952, se dictó la Resolución Ejecutiva número 137, por medio de la cual se declara la caducidad del contrato de 14 de julio de 1950, adicionado por el 2 de julio de 1951, resolución que tuvo como antecedente la nota de 25 de septiembre de 1952, firmada por el Ministro de Obras Públicas.

10º.—Que el Ministerio de Obras Públicas procedió a liquidar su contrato al contratista Ezequiel Sánchez, es decir, a ejecutar de inmediato la anterior Resolución, cuyo artículo 1º dice que la caducidad se operaría a partir de la fecha de dicha Resolución, no obstante que se pidió reconsideración de la misma;

11º —Que un año después, o sea el 22 de septiembre de 1953, se levantó una nueva Acta "de recibo de la obra ejecutada en la carretera NEIVA-AIPE-COYAIMA", en cuyo encabezamiento se dice "CONTRATO DE LIQUIDACION".

12º.—Que con fecha 30 de octubre de 1953, se dictó la Resolución Ejecutiva número 92, por la cual se modificó la Resolución número 137 de 1952 y por la cual el Ministerio, acogiendo el concepto de la Interventoría de fecha 12 de noviembre de 1952, decidió "Modificar la Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952, en el sentido de que dichos contratos se declaran terminados y no caducados.

En los siguientes puntos de la demanda se consignan, más que hechos, alegaciones de orden jurídico.

Como fundamento de derecho cita el demandante los artículos 1.602, 1.603, 1.608, 1.610, 1.612, 1.613 y siguientes 2.053 y siguientes y concordantes del Código Civil y 734 del C. J.

COMPETENCIA

Este aspecto fue controvertido y resuelto en incidente provocado por el señor Procurador Primero Delegado en lo Civil, quien negó la competencia de la Corte para conocer del presente litigio, porque según su parecer, las diferencias entre el Gobierno y el Contratista, debían ser resueltas por medio de arbitraje, para dar cumplimiento a la cláusula compromisoria incluída en el primitivo contrato, y por ello pidió se declarase la nulidad de lo actuado, a partir del auto en que se admitió la demanda. (Folios 63 a 72 del C. Nº 1).

Efectivamente, por auto de 24 de octubre de 1957, la Sala resolvió que "Si el propio Gobierno, por una parte, no podía legalmente deferir al arbitraje, ya que la obra, según él corría "grave peligro", ni el contratista por otra parte podía unilateralmente provocarlo, es apenas natural que ante esa situación jurídica, planteada por el propio Ministerio con la negativa a recurrir al arbitraje y su resolución de caducidad, el Ingeniero Ezequiel Sánchez no tenía otra vía distinta de la jurisdiccional para hacer efectivos sus derechos en el contrato", y concluyó, en consecuencia, que la Corte Suprema es competente para conocer de la demanda presentada por el doctor Ezequiel Sánchez.

CONTRATO PRINCIPAL

El 14 de julio de 1950 se celebró un contrato administrativo de obra pública entre el Gobierno Nacional y el Ingeniero doctor Ezequiel Sánchez, con el objeto de construír por cuenta de la Nación y en los términos señalados en el referido convenio, la carretera Neiva-Aipe-Coyaima, con la advertencia, según reza la cláusula primera, de que "la obligación del contratista queda limitada a las obras que sea posible ejecutar durante la vigencia de este contrato con los que se señalen en la cláusula cuarta de este contrato".

En la misma cláusula se acuerda que los trabajos los pagará el Gobierno al Contratista "a los precios unitarios fijos que se estipulan en la cláusula décimaquinta de este documento y a los

que acuerden en virtud de lo dispuesto en la cláusula décimaoctava del mismo.

Efectivamente, en la cláusula décimaquinta se acuerdan los precios unitarios fijos, y a dicha cláusula pertenece el siguiente parágrafo que es preciso tener en cuenta para el estudio de las peticiones del demandante:

"Parágrafo. — La fijación de cada uno de los precios unitarios anteriores se hizo de acuerdo con el presupuesto detallado y pormenorizado que en forma de acta firmada por ambas partes se considerará como antecedente de este contrato, y que se elaboró con base en los valores obtenidos en las planillas de jornales y en las cuentas de cobro de las zonas de carreteras de Neiva correspondientes al semestre anterior a la firma de contrato. Para obtener el valor de dichos precios unitarios se tuvieron en cuenta todos los gastos que el contratista debe hacer para la realización de las obras a que se refieren esos precios en las condiciones estipuladas en esté documento. Las partes contratantes declaran que con tales precios el Gobierno paga al contratista todas las erogaciones que éste tenga que hacer para conseguir, adquirir, transportar y colocar todos los materiales destinados a las obras o para la consecución de las herramientas, máquinas y demás elementos que de conformidad con la cláusula octava suministre al contratista y para el transporte, montaje y desmontaje de dichos enseres; para la conservación de las herramientas, maquinarias, vehículos y demás equipos de construcción que en virtud de la cláusula acabada de citar entrega el Gobierno al Contratista; para la conservación de los que éste suministre; para cubrir los intereses correspondientes al valor de los enseres de construcción que el Contratista suministre así como los aseguros, la recuperación y gastos incidentales y las piezas de repuesto que requieran tales enseres; para el pago de los repuestos que necesiten las maquinarias, vehículos y demás equipos de construcción que el Gobierno entregue al Contratista; para los caminos auxiliares que no excedan de un kilómetro de longitud; para los transportes de las tierras, de los cortes o de los préstamos a los terraplanes hasta una distancia de ciento cincuenta metros; para la construcción de bermas y cunetas; para cubrir los jornales de los obreros y empleados que el Contratista necesite a fin de llevar a cabo las obras; para el pago de las prestaciones sociales a que se refiere la cláusula décima tercera de este documento; para cubrir el servicio de policía que requiera la obra; para pagar los honorarios de sus ingenieros y empleados administrativos y la utilidad del Contratista; para pagar los campamentos y hospitales provisionales de obreros, oficinas, almacenes y empleados a sueldo y en general para las obras materia de este contrato. Lo único que no pagará el Contratista es la depreciación de las herramientas, máquinas, equipos y demás elementos que le entregue el Gobierno porque al fijar los precios unitarios se calcularon y descontaron tales gastos correspondientes a esa depreciación". (Folio 35 del cuaderno número 1).

En la cláusula décimaoctava se determina la manera de fijar los precios para las obras no previstos en las cláusulas décimaquinta y décimaséptima del contrato, fijación que se debe hacer por convenios entre el Contratista y el Interventor, antes de la ejecución de las obras "por medio de actas que para su validez requerirán la aprobación del Ministerio de Obras Públicas".

PLANES Y EJECUCION DE LAS OBRAS

Punto muy importante para el estudio de las deprecaciones del demandante, es el que se refiere a la forma en que se deben planear y llevar a cabo las obras, objeto del contrato. En efecto, en la cláusula sexta, se estipla que "El plan de trabajos y el recibo de las obras se hará por períodos de tres meses a partir de la vigencia del presente contrato. Antes de principiar cada trimestre el Interventor y el Contratista acordarán el plan de trabajos que deberán llevar a cabo en dicho período de conformidad con las partidas disponibles. Tales planes se consignarán en actas que el Interventor enviará oportunamente al Ministerio de Obras Públicas. El control del cumplimiento acordados lo llevará el Ministerio de Obras Públicas con los informes trimestrales que con la firma del Interventor debe remitirlo el Contratista dentro del mes siguiente a la expiración del respectivo trimestre y con el perfil del progreso en donde a cada mes se le asignará un color distinto del mes anterior y del siguiente. En los informes trimestrales se anotará la cantidad de obra ejecutada en cada región. El no cumplimiento de los planes trimestrales de trabajos acordados como se estipula en esta cláusula podrá ser sancionado por el Ministerio de Obras Públicas con multas según lo dispuesto en la cláusula trigésima de este contrato".

Esta cláusula fue reformada por medio de la cláusula cuarta del contrato adicional celebrado entre las mismas partes, el 12 de julio de 1951,

en el sentido de que los planes de las obras y el recibo de las mismas se hará por períodos de uno a dos meses, a partir de la vigencia del referido contrato adicional, y en consecuencia, "Antes de principiar cada mes o cada bimestre, el Interventor y el Contratista acordarán el plan de trabajos que deberán llevar a cabo en el mes o en el bimestre de conformidad con las partidas disponibles.

De acuerdo con estas cláusulas el Contratista no podía adelantar obras que no estuvieran planeadas de conformidad con las referidas cláusulas y los planes debían estar subordinados a las partidas disponibles en el presupuesto para la carretera de cuya construcción se trata. De manera que el plan de trabajos acordados entre el Contratista, doctor Ezequiel Sánchez y los representantes del Ministerio de OO. PP., o sea el Interventor y el Visitador, éste expresamente comisionado para ello por oficio 5|1520 del 4 de septiembre de 1952, originario de la Jefatura de la Sección de Interventorías de dicho Ministerio (folio 8 del cuaderno número 1), tiene plena validez por conformarse a lo estipulado en las cláusulas 6ª y 4ª de los contratos principal y adicional, respectivamente.

TERMINACION DE LOS CONTRATOS

Sobre la fórmula para terminar el contrato principal conviene transcribir las cláusulas XXI, XXVI, XXIX y XXX del mismo:

"Cláusula Vigésimaprimera. — **Terminación y prórroga del contrato.**—El presente contrato termina el 31 de diciembre de mil novecientos cincuenta (1950) y quedará prorrogado por un año más, si el Gobierno o el Contratista no comunican por escrito dentro de los tres primeros meses del año siguiente, su voluntad de terminarlos definitivamente".

"Cláusula vigésimasexta.—**Suspensión o terminación del contrato.—En caso de que el Gobierno lo estime conveniente.**— El Gobierno por medio de Resolución dictada por el Ministerio de Obras Públicas podrá suspender o declarar terminado el presente contrato por falta de fondos o por cualquier otra causa que a su juicio haga necesaria tal suspensión o terminación, dando aviso al Contratista con sesenta (60) días de anticipación y en este caso el Contratista renuncia expresamente a reclamar perjuicios o indemnizaciones por esta causa, pero sí tendrá derecho a que se le liquiden y paguen los trabajos ejecutados conforme al presente contrato y la obra inconclusa que por causa de esa suspensión o terminación no haya alcanzado a ejecutar de conformidad con las especificaciones. Además, si el Contratista lo solicita el Gobierno se obliga a comprarle a precio de costo los materiales destinados a la obra que tuviere en existencia y los campamentos provisionales en servicio o en construcción en la fecha en que el contrato se suspenda siempre que las cantidades de dichos materiales y la capacidad de los campamentos no sean superiores a los que se necesitan para terminar el plan trimestral en que esté trabajando y el siguiente".

"Si excedieren el exceso no será comprado por el Gobierno. En tal virtud se hará por el Interventor y el Contratista una acta en que conste el valor de la obra inconclusa y de los mencionados materiales y campamentos, que se determinará de los comprobantes que se juzguen necesarios. Esta acta será enviada al Ministerio de Obras Públicas. Para su aprobación, previo dictamen del Consejo Nacional de Vías de Comunicación. Se conviene expresamente que el Gobierno no está obligado a comprar las herramientas, maquinarias y demás equipo de construcción que el Contratista haya aportado para la correcta ejecución de las obras, a que se refiere la cláusula octava del contrato".

"Cláusula vigésimanovena. — **Liquidación del contrato.**—La liquidación de este contrato se hará anualmente entre el Interventor y el Contratista, de acuerdo con lo estipulado en el mismo. Los saldos que puedan corresponder al Contratista en virtud de dicha liquidación se los pagará el Gobierno dentro de los treinta (30) días siguientes a aquél en que el Contratista presente la cuenta respectiva junto con los siguientes documentos:

a) El cómputo detallado de la obra ejecutada, de sus precios unitarios y los valores parciales que resulten al aplicar esos precios.

b) Copia de las actas correspondientes a los recibos de las obras a los planes trimestrales y la referente al recibo de los últimos trabajos.

c) Constancia de que ha devuelto las maquinarias y demás elementos de que es responsable. Esto únicamente en la liquidación que se haga a la terminación del contrato.

d) Un certificado expedido por el Director General del Departamento de Ferrocarriles y Carreteras Nacionales y el Interventor, en el que consten los siguientes hechos:

1º—Que las obras han sido entregadas a satisfacción del Interventor;

2º—Que el Interventor al darle recibo final de

las obras materia de este contrato, certifique que a los empeados y obreros al servicio de ellas les han sido cubiertos los jornales y las prestaciones sociales que está obligado a atender el Contratista; y

3º Que ha cumplido con todas las demás obligaciones contraídas en este convenio. En caso de que resulte un saldo a favor del Gobierno a la terminación de este contrato, el Contratista lo cubrirá inmediatamente en la forma estipulada en la cláusula quinta del mismo. Si no lo hiciere, el Gobierno se pagará dicho saldo a su favor con dinero proveniente de la fianza de que trata la cláusula sexta, una multa de quinientos pesos

"Cláusula trigésima.—**Multas.** — El Gobierno podrá imponer multas al Contratista así: Por incumplimiento al plan trimestral de que trata la cláusula sexta, una multa de quinientos pesos ($ 500.00) a dos mil pesos ($ 2.000.00) por cada vez. Por incumplimiento al envío oportuno de los formularios de que hablan las cláusulas décimanovena y sexta una multa de cincuenta pesos ($ 50.00) a doscientos pesos ($ 200.00) por cada vez; y por incumplimiento a las demás cláusulas del contrato, de quinientos pesos ($ 500.00) a cuatro mil pesos ($ 4.000.00). Estas multas serán impuestas por el Interventor del contrato por medio de Resolución motivada que requiere la aprobación del Ministerio de Obras Públicas; o por esta última entidad".

El 2 de julio de 1951 se celebró entre las mismas partes citadas un contrato adicional, "previa la consideración de que entre las mismas partes se celebró el 14 de julio de 1950 un contrato para la construcción de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima, a precios unitarios fijos..."

Por la cláusula primera de este contrato adicional, el Contratista se compromete a entregar la obra terminada entre el Río Aipe y el Río Patá, el 31 de diciembre a las doce del día, a satisfacción del Ministerio de Obras Públicas y éste impondrá al Contratista una multa de un mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente, diarios por cada día de demora en la entrega de los trabajos a que se refiere esta cláusula.

Por medio de este contrato adicional se reformaron algunas cláusulas del primitivo contrato de 14 de julio de 1950, tales como la quinta, sexta y octava. Por la cláusula séptima se declaró sin validez a partir de la fecha del contrato la cláusula vigésima séptima, referente a la fuerza mayor. Se dejan vigentes todas y cada una de las demás cláusulas y el plazo fijado, como se dijo, hasta el 31 de diciembre de 1951.

PRORROGA DEL CONTRATO

En oficio número 381 de septiembre de 1951 (fecha 29), el Ministerio de Obras Públicas manifiesta al Contratista "su conformidad de continuar en el año de 1952 la construcción de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima" y agrega que "como representante del Gobierno y parte contratante autorizó la prórroga por un año más, contado a partir del 1º de enero de 1952, de los contratos antes citados, de acuerdo con lo estipulado en la cláusula novena del contrato adicional" (Folio 6 del cuaderno número 1). Es decir, el contrato estaba legalmente prorogado hasta el 31 de diciembre de 1952.

ACTA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 1952

En el cuaderno principal del expediente (folio 9 a 15) se halla una copia del Acta firmada en La Palmita (Tolima) el 16 de septiembre de 1952 por "los señores Ezequiel Sánchez Q., Ingeniero Contratista en la construcción de la vía citada, Jorge Borda Aza, Ingeniero Interventor del Gobierno en los trabajos de construcción y Carlos J. Salcedo, como Ingeniero Jefe de Trazados del Ministerio de Obras Públicas y en su carácter de Visitador de Obras, debidamente autorizado por éste".

En dicha Acta se hacen algunas objeciones de carácter elemental al Contratista y el Ingeniero Visitador termina manifestando su complacencia "en que se hayan obviado las pequeñas circunstancias o diferencias de apreciación entre el Ingeniero Interventor y el Ingeniero Contratista". En ese mismo documento se pacta el valor de las Obras, en la forma siguiente:

"**Valor de las Obras.** — De acuerdo con cálculo aproximado el costo de esta obra es como sigue:

Explanación entre K. 40 — 800 y K. 53 — 700 incluyendo los cortes del Rincón y Remolino ..... $	82.000.00
Obras accesorias como desagües y rondas	12.000.00
Planchas de concreto para los pontones sobre las quebradas Bambucá y Agua Fría ..... $	100.000.00
Afirmado del tramo comprendido entre K. 53 — 700 y K. 60 — 000....	34.000.00
Afirmado del tramo comprendido entre K. 40 — 800 y K. 53 — 700...	70.000.00
Muros y aletas de las siete obras prin-	

cipales entre Río Patá y el Filo de Celino Dussán 122.000.00

SUMAN .....$ 420.000.00

"Ahora bien, el plan de trabajos anteriormente expuestos, consulta la terminación de un sector de carretera que se puede dar al servicio del público, en muy corto tiempo, entre Río Aipe y Río Patá uniendo los Departamentos de Huila y Tolima y prepara económicamente otro sector de vía en el Tolima, para avanzar con los trabajos fácilmente y en beneficio de la región.

"Como los dineros con que se cuenta en este año no son suficientes para realizar completo este pequeño plan de trabajos, se solicitará del Ministerio de Obras Públicas un aumento de la partida en el presente año por la suma de $ 200.000.00 o la autorización para realizar este mismo plan y para que el saldo de su valor sea cubierto en los primeros meses de 1953 de la partida asignada para la obra en ese año.

"En todo caso es indispensable terminar preferencial y totalmente la carretera hasta el Río Patá y de allí en adelante llevar ordenadamente la construcción de las obras, explanación y afirmado, elaborando planes concisos de trabajos para terminar completa y periódicamente tramos continuos de carretera cada tres meses.

"La colaboración de las Comisiones de Trazados se debe a que a la Interventoría le queda difícil atender eficazmente a todas las labores por la diversidad de trabajos que ejecutar simultáneamente y para facilitar el desarrollo oportuno del plan de trabajos convenidos.

"No habiendo más asuntos de qué tratar se dá por terminada la presente diligencia y se firma por los que en ella intervinieron". (Folios 14 y 15 del C. Nº 1).

La facultad para acordar los planes de trabajo, pues, tiene su origen en los contratos principal y adicional. El costo de ese plan de trabajos lo calculan los firmantes del Acta en cuatrocientos veinte mil pesos y acuerdan la forma de financiar la totalidad de dicha suma.

A juzgar por lo que se lee en el Acta arriba transcrita, todo hace pensar que el contrato seguiría su ejecución hasta la fecha de expiración del plazo fijado, o sea el 31 de diciembre de 1952.

ORDEN DEL MINISTERIO DE OBRAS PUBLICAS SOBRE TERMINACION DEL CONTRATO

Pero nueve días después de firmada el Acta tántas veces citada, el Ministerio de Obras Públicas, por medio de oficio sin número, y de fecha 25 de septiembre de 1952, se dirige al Contratista y le dice que "....por medio de la presente me permito notificarle que su contrato queda terminado, y en consecuencia debe proceder a preparar inmediatamente la liquidación, de acuerdo con la cláusula vigésimanovena y concordantes del contrato principal".

Es de observar que si dicho Ministerio tenía propósitos de terminar el contrato, esa terminación debía regirse de acuerdo con la cláusula 26ª del convenio, que exigía un aviso de 60 días de anticipación. En tal caso, pues, una vez que el Ministerio le notificara al Contratista, doctor Sánchez la medida adoptada, esa decisión no podía cumplirse sino sesenta días después del aviso.

CADUCIDAD DEL CONTRATO

Mas siete días después de enviado por el Ministerio el oficio citado y en el que le notifica al Contratista que el contrato queda terminado, el Gobierno Nacional expide la Resolución Ejecutiva número 137 de 1952 "por la cual se declara caducado un contrato, (Ramo de Carreteras Nacionales)".

Por el artículo 1º de la mencionada resolución se declara caducado el contrato de fecha 14 de julio de 1950 y su adición de 2 de julio de 1951, celebrado entre el Gobierno Nacional y el Ing. Ezequiel Sánchez sobre ejecución de los trabajos de construcción de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima. (Folio 35, C. 1).

Y por el artículo 3º se ordena que la "liquidación del contrato principal y de su adición, cuya caducidad se declara por medio de la presente resolución, se hará de acuerdo con la cláusula 29ª y concordantes de aquél". (Id.).

Conviene recordar lo sostenido por la Corte en otros ramos, en lo que se relaciona con los requisitos que la Administración debe llenar cuando crea llegada la oportunidad de decretar la caducidad en los contratos administrativos.

Al respecto se copia la parte enunciativa de la sentencia de 22 de febrero de 1952, de esta Sala, los siguientes párrafos:

"A este respecto las disposiciones pertinentes

del Código de lo Contencioso-Administrativo (artículo 254 y siguientes) no establecen, ciertamente, ningún procedimiento administrativo antes de llegar a la caducidad, limitándose a determinar que ésta debe proferirse mediante resolución motivada del Gobierno, "en la cual se expresarán las causas que dan lugar a ella". Mas si de la expresión **resolución motivada** ha de deducirse la facultad para el Gobierno de allegar oficiosamente las informaciones y pruebas necesarias, no es menos evidente que de nuestra legislación, en lo tocante a ciertos contratos o concesiones administrativas, se desprende a las claras, como principio dominante en materia de caducidades, el de permitirle al Contratista o concesionario defenderse o explicarse previamente.

"Así, en relación con la caducidad de los contratos o permisos sobre petróleos, dice la parte final del artículo 47 de la Ley 37 de 1931:

"La declaración administrativa de caducidad o la cancelación de permisos no se harán sin que previamente se notifiquen al interesado las causas que se aleguen, notificación que se llevará a cabo en la forma que se determine en cada contrato.

"El interesado dispondrá de un término de noventa (90) días, contados desde que quede hecha la notificación respectiva, para que se rectifique o subsane las faltas de que se le acuse o formule su defensa".

"Y el Decreto 1.382 de 1940, referente a las concesiones para el aprovechamiento de aguas de uso público reza en su artículo 39 lo siguiente a propósito de la caducidad de tales concesiones: "La declaración administrativa de caducidad no se hará sin que previamente se notifique personalmente al interesado de las causales que, a juicio del Ministerio de Economía Nacional, hayan sido violadas; y el interesado dispondrá de un término de quince (15) días hábiles para que rectifique o subsane la falta o faltas de que se le acuse, o formule su defensa".

"....."

"De otra parte, como en estos casos no se trata de decidir sobre la resolución o terminación del contrato, precisamente porque la declaración de caducidad es una prerrogativa legal de la administración, ¿cómo se podría enjuiciar dicha declaración si no es a la luz de los propios antecedentes que sirvieron para dictarla?. Y siendo esto así, ¿cuál la coyuntura de defensa para el contratista, si ella no se le brinda dentro de la correspondiente actuación administrativa y antes de llegar a la caducidad?. (G. J. número 2110-2111. Tomo LXXXI, páginas 284-285).

Estos conceptos de la Sala de Negocios Generales, se justifican ampliamente porque no siendo la caducidad una pena, ni una medida urgente, salvo en los casos de muerte cuando no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores, o de incapacidad financiera del Contratista presumible cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores (artículo 254 del C. C. A.), está en interés de la comunidad que se cumpla el contrato y la equidad y la conveniencia aconsejan que antes de que la Administración decrete la caducidad, se dé la oportunidad al Contratista para que se "rectifique, subsane la falta o faltas de que se le acusa o formule su defensa" tal como lo disponen el artículo 47 de la Ley 37 de 1931 (Ley de Petróleos), en sus dos últimos incisos, y el artículo 39 del Decreto 1.382 de 1940 citados en el fallo algunos de cuyos apartes se acaban de transcribir.

Lo anterior ha sido doctrina reiterada de la Corte. En fallo de diciembre 9 de 1936 (G. J. 1920. Tomo 44, página 801 col. 1ª) también sostuvo lo siguiente:

"Es verdad que es indispensable un procedimiento para la tramitación de la declaratoria de caducidad administrativa, porque el funcionario público competente, al saber de una infracción de las que por el contrato se consideren como causales esenciales de caducidad, debe recoger todas las pruebas que sirvan para fundamentar la resolución de caducidad, y hacer un estudio jurídico de ellas; después debe poner en conocimiento del Contratista el expediente levantado para que formule sus descargos aduciendo las pruebas correspondientes. Previas estas pruebas, si con ellas no se han desvanecido los cargos, dictará la resolución de caducidad señalando las consecuencias que debe entrañar la declaratoria. El examen de las pruebas debe verificarlo el funcionario con un criterio rigurosamente jurídico, sometido a sereno estudio, atendiendo a los dictados de sana crítica y de clara razón lógica".

Con estos antecedentes considera la Sala que la previa notificación al Contratista de las causales que a juicio de la Administración existen para decretar la caducidad del contrato, es indispensable antes de tomar tan grave medida, y que le debe ser concedido al Contratista un plazo razonable para que "rectifique o subsane la falta o faltas de que se le acuse", ya que si esto ocurre la continuación en la ejecución del contrato puede ser más conveniente para el correcto funcionamiento de los servicios públicos o la construcción de las obras de que se trata.

MODIFICACION DE LA RESOLUCION Nº 137 DE 1952

Por medio de apoderado, el Contratista interpuso, oportunamente, recurso de reposición contra la Resolución número 137 de 1952 (octubre 2), pero aquél no fue resuelto, sino un año más tarde por Resolución número 92 de 1953 (octubre 30) "por la cual se modifica la Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952".

VALOR PROBATORIO DE LA COPIA DE LA RESOLUCION Nº 92 DE 1953

Antes de analizar los alcances de la Resolución número 92 de 1953, es menester dilucidar el valor que en autos tenga la copia de la mencionada Resolución, cuestión que se ha suscitado por cuanto el Ministerio de Obras Públicas no expidió la copia solicitada en tiempo por el actor, a pesar de habérsele librado, en dos ocasiones, sendos despachos.

La copia que junto con el escrito deprecatorio inicial acompañó el demandante, y que se encuentra al folio 32 del cuaderno primero del expediente, tiene un sello que dice: "Ministerio de Obras Públicas —Departamento de Carreteras Nacionales— Sección Administrativa" y una firma que dice: "Humberto Botero Gómez, Secretario", con la anotación de que "es fiel copia".

La calidad de funcionario público de la persona que autoriza el mencionado documento se encuentra acreditada por el certificado expedido por el Ministerio de Obras Públicas, con fecha 8 de noviembre de 1956 y que dice:

"6º.—Que el señor Humberto Botero Gómez desempeñó el cargo de Secretario del Departamento de Carreteras Nacionales, del 1º de abril de 1953 al 8 de noviembre de 1955 y el de Secretario del Departamento Administrativo del Departamento de Carreteras Nacionales, del 9 de noviembre de 1955 hasta la fecha, en que se encuentra al frente de él".

La fecha de la notificación de la mencionada resolución hecha al doctor Ezequiel Sánchez es la siguiente: 5 de noviembre de 1953 y se encuentra estampada al reverso de la mencionada copia.

Aun considerando dicha copia como documento privado tiene que aceptarse su autenticidad al tenor de lo dispuesto en el artículo 645 del Código Judicial. Como documento público le es aplicable el artículo 632 del Código en cita.

EFICACIA DE LA RESOLUCION NUMERO 92 DE 1953

Aclarado el aspecto probatorio de la copia en el sentido que se indica, entra la Sala a examinar los efectos de dicha Resolución en lo que se refiere a los contratos mismos, materia de este juicio.

En los considerandos de la mencionada providencia la Administración acepta que "las razones expuestas en el memorial de reposición de la Resolución número 137 de 1952 "se basan en hechos justos y razonables" y que según memorándum de uno de los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas de fecha 12 de noviembre de 1952, de la Sección de Interventorías, se puede acceder al Ingeniero doctor Sánchez, ex-Contratista de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima, a liquidar su contrato de acuerdo con la cláusula 26ª, ya que los materiales que hay en depósito son aprovechables para continuar la obra" y en consecuencia ordena, modificar la Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952, "EN EL SENTIDO DE QUE DICHOS CONTRATOS SE DECLARAN TERMINADOS Y NO CADUCADOS", y que la liquidación se lleve a cabo, de acuerdo con la cláusula 26ª del contrato.

Es procedente transcribir la referida Resolución número 92 de octubre 30 de 1953, en su parte pertinente:

"EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA, en uso de sus facultades legales, y CONSIDERANDO: 1º—Que por Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952, se declaró caducado el contrato de fecha 14 de julio de 1950 celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el Ingeniero Ezequiel Sánchez, así como también el contrato adicional de fecha 2 de julio de 1951 celebrado entre las mismas partes contratantes, relacionados con los trabajos en la carretera Neiva-Aipe-Coyaima; 2º—Que el doctor Uladislao González Andrade, abogado inscrito en el Ministerio de Obras Públicas en su calidad de apoderado del doctor Ezequiel Sánchez, en memorial de fecha 4 de noviembre de 1952 interpuso recurso de reposición a la Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952 y entre otros motivos manifiesta lo siguiente: Que el Ministerio de Obras Públicas fundamentó su Resolución en la mala organización de los trabajos de dicha carretera y que según consta en el Acta de fecha 16 de septiembre de 1952 suscrita por el Ingeniero Jorge Borda Aza en su calidad de Interventor del Gobierno en la citada obra y el doctor

Carlos J. Salcedo, Ingeniero Jefe de Trazados del Ministerio de Obras Públicas, en su calidad de Visitador especial para dicha obra, informa que los trabajos pueden desarrollarse en forma normal en lo que a la parte técnica y orgánica se refiere. 3º—Que las demás razones expuestas en el memorial citado se basan en hechos justos y razones aceptables. 4º—Que la Sección de Interventorías del Ministerio de Obras Públicas en memorándum de fecha 12 de noviembre de 1952 conceptúa: Que se puede accederle al Ingeniero Ezequiel Sánchez, ex-Contratista de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima, a liquidar su contrato de acuerdo con la cláusula vigésima-sexta, ya que los materiales que hay en depósito son aprovechables en su totalidad para continuar la obra. RESUELVE: ARTICULO PRIMERO.— Modificar la Resolución Ejecutiva número 137 de 2 de octubre de 1952, en el sentido de que dichos contratos se declaran terminados y no caducados. ARTICULO SEGUNDO. — En consecuencia, procédase a la liquidación de los mismos contratos, la cual se hará de acuerdo con la cláusula vigésima-sexta y concordantes". Notifíquese, y publíquese y cúmplase. Dada en Bogotá, a 30 de octubre de 1953.—(Fdo.) Tte. Gral. Gustavo Rojas Pinilla.—(Fdo.) Santiago Trujillo Gómez, Ministro de OO PP.".

De acuerdo con esta Resolución se tiene:

a) Los contratos principal y adicional se declaran TERMINADOS Y NO CADUCADOS.

b) La liquidación se hará de acuerdo con la cláusula 26ª del contrato principal.

En cuanto al primer punto se observa que no hay perfecta lógica entre los "considerandos" o sea la parte enunciativa en que la Administración da toda la razón al Contratista recurrente y la parte resolutiva, ya que en vez de revocar la caducidad se declaran los contratos TERMINADOS Y NO CADUCADOS.

Para apreciar los efectos de esta Resolución, respuesta tardía al recurso interpuesto, la Sala tiene en cuenta que a pesar de estar pendiente el recurso de reposición, la Resolución sobre caducidad fue puesta en ejecución en forma inmediata por parte del Ministerio de Obras Públicas, tal como se desprende de los documentos que obran a folios 17 a 21 del cuaderno número 1. De tal manera que los contratos —principal y adicional— habían terminado de hecho un año antes de la fecha de la Resolución número 92 de 1953, y entonces mal se podían declarar terminados y liquidados de acuerdo con la cláusua 26ª del contrato principal, ya que dicha cláusula exige en forma perentoria un aviso dado al Contratista con sesenta días de anticipación.

Las consecuencias de esta situación son demasiado claras: Si la Resolución número 92 de 1953, reconoce que la Administración careció de fundamentos para dictar la Resolución número 137 de 1952, por la cual se declaró la caducidad de los contratos mencionados y se cumplió a pesar de ello y de no estar ejecutoriada, y si desde el 12 de noviembre de 1952, es decir, seis días después de interpuesto el recurso de reposición, la Sección de Interventorías del Ministerio de Obras Públicas, se pronunciaba en favor de "accederle al Ingeniero Ezequiel Sánchez, ex-Contratista de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima, a liquidar su contrato de acuerdo con la cláusula vigésima-sexta....." y ello se aceptó casi un año después, salta con todo su vigor lógico la consecuencia de que al proceder en esa forma el Ministerio, rompió ilegalmente con los contratos y causó perjuicios al Contratista.

Aparece comprobado que no solamente no se le enteró con anticipación al Contratista de la determinación del Ministerio de Obras Públicas de declarar la caducidad del contrato, sino que al contrario, se le manifiesta en Acta refrendada por dos altos funcionarios que la obra continuará, y para ello se esboza un plan por valor de $ 420.000.00 y a los pocos días de ocurrida esta visita, intempestivamente se le manifiesta, por parte del Ministerio de Obras Públicas que los contratos se declaran terminados; y transcurridos otros pocos días, sobreviene la Resolución de caducidad; se interpone contra ella recurso de reposición y demora un año su solución, pero ya a los contratos se les había puesto fin, de hecho, como si la resolución de caducidad estuviera en firme.

Los derechos preponderantes e incuestionables que tiene el Estado en los contratos administrativos según lo ha admitido la doctrina en todos los países, no pueden llegar hasta desconocer los del Contratista y hacer tabla rasa de las normas y principios vigentes y del acuerdo de las partes consignado en cláusulas claras, como las que se han estudiado en el presente juicio.

Verdad es que la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad y la consiguiente inmutabilidad de las cláusulas en los contratos han sufrido serios impactos por los avances de la jurisprudencia, especialmente a partir de la primera conflagración universal. Universal no solamente por su extensión en el espacio sino porque sus consecuencias llegaron a todas las esferas del sa-

ber humano y así modificó conceptos y reformó postulados de noble y milenaria estirpe; pero la buena fé, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, permanecen intangibles, ya que sin ellas no serían posibles las relaciones humanas ni se podría concebir la pacífica convivencia de los asociados.

Las necesidades colectivas en los servicios públicos no sirven adecuadamente cuando se sale de las claras normas de la ley, para entrar abiertamente por los escabrosos senderos de la arbitrariedad. Porque no es solamente la indemnización que le corresponde pagar al Fisco Nacional por los errores, ineptitudes y actitudes desobligantes de sus funcionarios, sino por el creciente descrédito que sufre la Administración Pública, con las fatales consecuencias de que los particulares rehuyan contratar con el Estado o lo hagan en forma gravosa, ya que entre los cómputos del Contratista están los posibles perjuicios, por los desmanes de los funcionarios, poco amigos del freno de la ley que la democracia impone y por la manera tardía y descuidada como se atienden y estudian las solicitudes y reclamaciones que formulan dichos contratistas.

Como se ve, en oficio sin número, fechado en Neiva el 20 de octubre de 1952, enviado al Ingeniero Ezequiel Sánchez por el Interventor del Ministerio de Obras Públicas, la Sección Administrativa de dicho Ministerio había impartido órdenes para que el Contratista suspendiera las obras que estaban a su cargo inmediatamente y únicamente le toleraban las que, "pudieran cuadrar rápidamente, en muy pocos días y antes del último del presente mes". (Folio 17 del cuaderno número 1º).

En otro oficio, sin número, del mismo origen y con el mismo destino, datado el 23 de octubre de 1952, se le manifiesta al Contratista que "de acuerdo con instrucciones de la Sección Administrativa, las máquinas pesadas podrán trabajar hasta el 31 del presente mes. El día 1º de noviembre debe haber cesado toda actividad" (Folio 18, cuaderno número 1º).

El mismo Interventor doctor Jorge Borda Aza, en declaración rendida el 5 de marzo de 1957 ante el Magistrado sustanciador se expresa en la siguiente forma:

"Al punto b)—Expuso: La construcción se adelantó de acuerdo con los planes del Ministerio y las normas y especificaciones fijadas por el mismo. Las diferencias que hubo con el Interventor que era yo, eran diferencias que no alteraban ni iban contra las órdenes del Ministerio de Obras Públicas. Me refiero al contrato de construcción de la carretera Neiva-Aipe-Coyaima, celebrado entre el Ministerio de Obras Públicas y el Ingeniero Ezequiel Sánchez. Al punto c)—Los trabajos se adelantaron con un presupuesto muy poco para la importancia de la obra y su rápido alcance, como tampoco hubo la maquinaria necesaria para obtener el avance que la importancia que la obra requería y es verdad que el señor Ministro de Obras Públicas, doctor Jorge Leyva ordenó cesaran los trabajos y fueran entregados éstos a la Compañía Explánicas, compañía que procedió inmediatamente la continuación de los trabajos. Esto fue a fines del año de 1952 aunque no recuerdo la fecha precisa. Y expuso al punto d) Sí señor. El contrato con Explánicas fue aprobado con posterioridad a haberse hecho cargo de los trabajos dicha Compañía. Y recuerdo que continué como Interventor por algunos meses de "Explánicas", como también que no se hicieron actas para pago inmediato a la Compañía citada, precisamente por falta de la aprobación del contrato. Y expuso al punto e) La terminación del contrato con el Ingeniero Sánchez no obedeció a falta de partida en el presupuesto que aun cuando no muy grande la había. Las obras se adelantaban en forma normal, de acuerdo con el presupuesto. Al punto g) No recuerdo el tiempo que transcurrió entre la fecha del acta de 16 de septiembre de 1952 y la orden del Ministerio de entrega a la Compañía "Explánicas", pero sí me consta que fue ordenada rápidamente, muy poco tiempo después de dicha acta, y que le fueron entregadas a "Explánicas" los campamentos, tanques, materiales de la obra dejados por el Ingeniero Sánchez". (Folios 36 y vuelto del cuaderno número 2).

Por otra parte, el Ministerio de Obras Públicas —Departamento Administrativo de Carreteras— Certifica: "1º—Que según consta en el Marconigrama número 1.338 de noviembre 3 de 1952, dirigido por el Ingeniero Interventor de la carretera Neiva-Aipe-Natagaima, al Ingeniero Jefe de la Sección Administrativa del Ministerio de Obras Públicas, la Compañía Explanaciones Mecánicas Limitada, "Explánicas", inició trabajos en la citada obra el 3 de noviembre de 1952;

".....;"

"3º—La Compañía Explanaciones Mecánicas Limitada, "Explánicas" asumió la construcción de la aludida carretera en virtud del convenio celebrado con el Ministro de Obras Públicas".

Este Certificado tiene fecha 14 de noviembre de 1956.

Todos estos documentos demuestran que la Administración entregó a la Compañía Explánicas, en la fecha indicada en el certificado transcrito las obras que se encontraba adelantando el Ingeniero doctor Sánchez, en cumplimiento de los contratos celebrados con el Gobierno Nacional y cuya fecha de expiración era el 31 de diciembre de 1952, es decir, cuando aún faltaban varios meses para la terminación de los referidos contratos.

Pero como alguna finalidad debe tener la Resolución número 92 arriba citada y ya se ha visto que no es posible que tenga eficacia en lo que se refiere a declarar terminados los contratos por manifiesta imposibilidad física, pues a los contratos se les había puesto fin, entonces la Sala teniendo en cuenta los considerandos de dicha Resolución y las razones que anteceden, encuentra que los efectos jurídicos de dicha providencia, no son otros que los de revocar virtualmente la declaración de caducidad hecha por medio de la Resolución número 137 de 1952 de los referidos contratos.

Para precisar aún más la conducta asumida por la Administración al incumplir los contratos con el demandante, es conveniente estudiar las facultades que tenía el Ingeniero Visitador del Ministerio, quien como Interventor del mismo, firma con el Contratista el acta de 16 de septiembre de 1952.

En oficio número 5|1520 de septiembre 4 de 1952 el Jefe de la Sección de Interventorías del Ministerio de Obras Públicas se dirige al Interventor de la Carretera Neiva-Aipe-Coyaima, a La Palmita (Tolima) en que le manifiesta que el Ingeniero Carlos J. Salcedo, Jefe de Trazados de la Dirección de Diseños se dirige a esa con el carácter de Ingeniero Visitador del Ministerio, de la carretera Neiva-Aipe-Natagaima-Coyaima" y agrega:

"En consecuencia, el citado Ingeniero está facultado para intervenir no solamente en lo que se refiere a la organización de los trabajos y estudios, trazado y localización, sino además en la organización y PLAN DE TRABAJOS DE LA CONSTRUCCION DE LA OBRA (subraya la Sala) cuya interventoría se encuentra a su cargo".

"De manera que el Ingeniero Visitador del Ministerio de Obras Públicas tenía facultades para intervenir en la organización de un plan de trabajos de construcción de la carretera tántas veces citada, y fue así como se firmó el Acta de 16 de septiembre de 1952, que incluyó un plan de obras por $ 420.000.00.

No se podía poner en duda, pues, las atribuciones de los funcionarios que en nombre del Ministerio de Obras Públicas firmaron aquella acta se acordó el plan de trabajos que debía comenzar en esa misma fecha, como puede verse en el numeral 10º de dicho documento (Folio 12 del cuaderno número 1), todo lo cual se hizo en desarrollo y cumplimiento del contrato principal y del adicional, en sus cláusulas 6ª y 4ª respectivamente.

PERJUICIOS

Los perjuicios ocasionados al Contratista, doctor Ezequiel Sánchez, por la terminación súbita e ilegal le los contratos por parte del Ministerio de Obras Públicas, según aparece comprobado y para cuya terminación el Gobierno Nacional reconoce, como se lee en los considerandos de la Resolución Ejecutiva número 92 de 1953 que la ceducidad declarada por medio de la Resolución número 137 de 1952 no tenía fundamento, se concretan en la forma siguiente:

Daño Emergente.— Este comprende las inversiones en dinero hechas por el Contratista en la adquisición de materiales y elementos, así como también los campamentos e instalaciones destinados al desarrollo del plan acordado mediante Acta de 16 de septiembre de 1952, los cuales fueron entregados a "Explánicas" en virtud de orden del Ministerio de Obras Públicas sobre suspensión en la ejecución de los contratos impartida al doctor Ezequiel Sánchez.

Conviene establecer que para la fijación del justo precio de las erogaciones hechas por el Contratista con miras a la construcción de las obras aludidas, se deben tener en cuenta los gastos totales invertidos "para conseguir, adquirir, transportar y colocar todos los materiales destinados a las obras", ya que así se adopta un criterio que está consignado en el parágrafo de la cláusula 15ª del contrato principal transcrito anteriormente, en vez de cualquier otro que pueda resultar inequitativo o arbitrario. No sobra decir que de la suma que resulte obligado a pagar el Estado, por este concepto, deben descontarse las que el Contratista haya recibido de la empresa "Explánicas" por las compras a él efectuadas.

No existiendo pruebas suficientes para acreditar el valor total de las inversiones hechas por el doctor Sánchez para llevar a cabo las obras, puesto que de los declarantes sólo el señor Juan Montoya Giraldo (folio 27 del cuaderno 2) calcula en "unos seis mil metros cúbicos el material" entregado por el doctor Sánchez a la Compañía

"Explánicas" y tampoco los peritos explican satisfactoriamente las fuentes en que fundan la apreciación aritmética de su dictamen, la Sala se ve forzada a hacer la condenación en abstracto, a fin de que se fije y determine la cuantía de las inversiones en materiales, elementos, campamentos e instalaciones, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

Lucro Cesante. — Se halla establecido por los beneficios que dejó de reportar el Contratista, doctor Ezequiel Sánchez en el lapso comprendido entre el 16 de septiembre de 1952 (fecha del Acta) en que se acordaron nuevos planes de ejecución de la obra contratada entre aquél y el Ministerio de Obras Públicas, y el 31 de diciembre de 1952, fecha de vencimiento de los contratos, derivados de la imposibilidad de realizarlos debido a la orden de suspensión de los mencionados trabajos impartida por el Ministerio de Obras Públicas.

Esta condenación también deberá hacerse en abstracto, a fin de que se determinen por el procedimiento del referido artículo 553, los perjuicios que por este concepto sufrió el Contratista con tal medida y sobre la base de que el plan previsto para ejecutar obras era por la suma de $ 420.000.00, de conformidad con lo establecido en el Acta de 16 de septiembre de 1952.

TRABAJOS TOTAL O PARCIALMENTE EJECUTADOS

El valor de estos trabajos se encuentran reconocidos en Actas firmadas en Neiva por las partes contratantes y fechadas el 22 de septiembre de 1953 y que figuran en el expediente (folios 23 a 29) con sus respectivos anexos.

Sobre este particular dicen los peritos:

"Al punto segundo que dice: Los trabajos total o parcialmente ejecutados por el Ingeniero Sánchez conforme al contrato y actas suscritas con el Gobierno, al tener "de las pruebas de autos". Los trabajos ejecutados por el Contratista aparecen descritos en el Acta suscrita en Neiva el 22 de septiembre de 1953 por los representantes del Ministerio y el Contratista señor Sánchez en la cual las dos partes determinaron las cantidades correspondientes a los diferentes capítulos y en la cual se convienen algunos reconocimientos definitivos a saber: Por movimiento de tierras compensando los volúmenes pagados de más con los dejados de pagar, quedando un saldo a favor del Contratista de $ 66.208.47. Por Mamposterías $ 7.920.62. Por excavaciones, $ 4.213.50. Total reconocido en el Acta $ 78.312.59. En la misma Acta citada se deja constancia sin consagrar el reconocimiento en efectivo de algunos trabajos como son: el transporte de piedra para las obras de arte (Anexo número 3 del Acta), el de la destrucción de la obra falsa en la quebrada de Bambucá y la que se retiró por cambios de especificaciones en la quebrada de Agua Fría. Se delega a la Sección de Equipos e Interventorías resolver sobre depreciación de herramientas y baja de elementos. Se niega el reconocimiento por construcción de caminos auxiliares y la reclasificación de algunas excavaciones. Por medio del Acta adicional para el reconocimiento en la obra de consolidación de terraplenes se establece una deuda a favor del Contratista por la suma de $ 45.860.72. En esa forma la suma reconocida por Actas es de $ 124.203.31, así: Por Acta principal de 22 de septiembre de 1953, $ 78.342.59. Por Acta adicional de 22 de septiembre de 1953, $ 45.860.72. Total: $ 124.203.31. Ignoramos los pagos verificados por el Ministerio en razón de los reconocimientos anteriores por lo cual nos limitamos a conceptuar que la cifra antedicha representa lo que de común acuerdo los representantes del Ministerio y el Contratista convinieron como realidad de los trabajos a que se refiere el punto 2º". (Folios 39 vuelto y 39 del cuaderno número 2)".

Por cuanto se trata de sumas reconocidas en documentos oficiales firmadas por las partes contratantes, la Sala acepta las cantidades consignadas en el dictamen pericial, o sea la suma de $ 124.203.31, como deuda que el Estado debe pagar al Contratista, doctor Ezequiel Sánchez.

SENTENCIA:

No habiéndose observado en la ritualidad de este juicio ninguna nulidad, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. — El Ministerio de Obras Públicas terminó unilateral e intempestivamente y de manera ilegal, por medio de la Resolución de caducidad número 137 de 2 de octubre de 1952, los contratos celebrados entre dicho Ministerio y el doctor Ezequiel Sánchez el 14 de julio de 1950 y el 12 de junio de 1951, para la construcción de la carretera Neiva-Aipe-Natagaima-Coyaima, que de hecho había terminado también ilegalmente con anterioridad a dicha resolución que, modifi-

cada por la número 92 de 30 de octubre de 1953, no tuvo la virtud de restablecer las cosas al estado en que estaban antes de la aludida terminación;

SEGUNDO.—Como consecuencia de lo estipulado en los mencionados contratos y de la terminación ilegal de los mismos, condénase a la Nación a lo siguiente:

a) A pagar al señor doctor Ezequiel Sánchez, o a quien sus derechos represente, dentro de los seis días siguientes a la ejecutaoria de este fallo, el valor de los trabajos ejecutados en la construcción de la carretera Neiva-Aipe-Natagaima-Coyaima hasta el momento de la referida terminación, según lo reconocido por la parte demandada en actas principal y adicional de fechas 22 de septiembre de 1953, suscritas en Neiva, la suma de ciento veinticuatro mil doscientos tres pesos con treinta y un centavos ($ 124.203.31) moneda legal, cantidad de la cual se deducirá la que el demandante hubiere recibido del Gobierno Nacional por tal concepto;

b) A pagar al señor doctor Ezequiel Sánchez, o a quien sus derechos represente, los perjuicios que se le ocasionaron, los que se concretaran mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial, así:

1º—El valor de los materiales y elementos que tenía acumulados para la construcción de las obras planeadas según acta de 16 de septiembre de 1952, así como también el de los campamentos e instalaciones de su propiedad, al precio de costo, del cual se deducirán las sumas de dinero que hubiere recibido de la Compañía Explanaciones Mecánicas Limitada, "Explánicas", por tal concepto; y

2º—El valor de las utilidades que razonablemente hubiera percibido si el Ministerio de Obras Públicas hubiera dejado concluír los trabajos acordados en el Acta referida y que debían terminarse el 31 de diciembre de 1952.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra.—Roberto Goenaga.—Samuel De Sola Roncallo.—Jorge Sanabria.—Jorge García Merlano, Secretario.

LAS ACCIONES NEGATORIAS DE SERVIDUMBRES TAMBIEN PUEDEN VENTILARSE POR LA VIA ESPECIAL. — RAZONES EN APOYO DE ESTA DOCTRINA

El Código Judicial vigente consagra en su Título XXVII, Libro 2º, un procedimiento especial para ventilar las controversias "sobre imposición, variación, o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes". (Artículos 905, 887, 907, 886 del Código Civil). Es decir, a primera vista se podría pensar, con fundamentos más aparentes que reales, que una controversia referente a obtener de la justicia la declaración negatoria de una servidumbre que se ha constituído sobre un predio en favor de otro predio de distinto dueño, nó por medios legales, sino DE FACTO, no puede ventilarse por el procedimiento especial mencionado, sino mediante los trámites de un juicio ordinario controvertido, porque aun cuando la acción negatoria de servidumbre persigue extinguir precisamente una situación creada de hecho, la ley procesal vigente alude no a ésta sino a la extinción de una que surgió legalmente, como por ejemplo, la referente a la servidumbre legal de tránsito prevista en el artículo 907 del Código Civil.

La Sala de Casación Civil de esta Corte, en sentencias publicadas en las Gacetas Judiciales números 2.053, página 96, y 2.112, página 512, por vía jurisprudencial, pero sin reafirmación concreta y fundada de su parecer al respecto, ha insinuado que los juicios negatorios de servidumbre son los únicos que pueden escapar de la vía procedimental que consagra el Título XXVII del Código Judicial, los cuales, por virtud del artículo 734 de dicha obra, han de tramitarse por la vía ordinaria.

Esta Sala, sin embargo, en sentencia de 26 de abril de 1954 —GACETA JUDICIAL número 2.140, página 514— ha construído en forma que inclina a su aceptación, una doctrina jurídica y equitativa para demostrar que las referidas acciones negatorias de servidumbre deben ventilarse por el procedimiento especial y nó por el ordinario.

Es evidente que el legislador de 1931, al expedir el Código Judicial vigente, no hizo distinción —y con ello toda duda al respecto queda aclarada— entre acciones confesorias y negatorias de servidumbres, para situarlas dentro de reglamentaciones procesales diferentes. Sólo quiso simplificar por medio de un juicio breve —susceptible de ser revisado por la vía ordinaria— el modo o manera de dar vida práctica y real a todo ese conjunto de normas sustantivas contenidas en el Título III, Libro 2º del Código Civil, entre las que no sólo están las referentes a la imposición de servidumbres, que son las más onerosas, pues aluden a la creación misma del gravamen sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, sino las más favorables, dirigidas a extinguir ese gravamen, así se trate del constituído conforme a la ley, como del surgido a consecuencia de una situación creada de facto. No es, pues, presumible que el legislador al reglamentar lo relativo a servidumbres en el citado Título XXVII, Libro 2º del Código Judicial, hubiera excluído del procedimiento especial de tal Título las acciones negatorias de servidumbres. Al contrario, su verdadera intención fue incluírlas, porque no podría entonces explicarse que en busca de soluciones breves y sumarias para materia de tan socorrida y fundamental importancia, colocara en situaciones más desventajosas a los propietarios de fundos, que por haber llegado a no ser indispensable en éstos el ejercicio de la servidumbre, o por no estar obligados a soportar una constituída de hecho, tuvieran que recurrir sus opositores a trámites largos y costosos en defensa de sus derechos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre diecinueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por sentencia de fecha 24 de noviembre de 1956, decidió el juicio especial de servidumbre promovido por ALEJANDRINO GARCIA GARCIA contra el DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, pronunciando las siguientes declaraciones:

"1º.—El lote de terreno de propiedad del demandante, señor ALEJANDRINO GARCIA GARCIA, delimitado en el hecho primero de la demanda y en la escritura número ciento cincuenta y nueve (159) de quince (15) de marzo de mil novecientos cincuenta y uno (1951), de la Notaría del Circuito de Titiribí, NO LE DEBE SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO a la faja de terreno de propiedad del Departamento de Antioquia, descrita en la escritura número tres mil diez y ocho (3.018) de diez y siete (17) de diciembre de mil novecientos treinta y siete (1937), de la Notaría Segunda del Circuito de Medellín.

"2º.—Como consecuencia de la anterior declaración, el Departamento de Antioquia, por medio de sus representantes debe librar el fundo del actor de la tubería que en la actualidad emplea para captar el agua que conduce a la faja de terreno referida.

"3º.—Si el Departamento no remueve la tubería al quedar ejecutoriada esta providencia, se autoriza al demandante para levantarla, a costa del Departamento".

Para proferir esta decisión, el Tribunal del conocimiento tuvo en cuenta las siguientes pruebas aducidas por el actor: copia registrada de la escritura pública número 159, de 15 de marzo de 1951, de la Notaría de Titiribí, que acredita su derecho de dominio en el inmueble que dice no le debe servidumbre de acueducto al fundo del Departamento, y copia, igualmente registrada, de la escritura pública número 3.018, de diciembre 27 de 1937, de la Notaría Segunda de Medellín, que acredita la propiedad del Departamento de Antioquia en el inmueble que, según la demanda, se beneficia con la servidumbre.

Tales títulos, y la consideración que pasa a copiarse fundamentaron el fallo: "No habiendo habido entonces oposición a las pretensiones del actor, ni siquiera contestación de la demanda, es oportuno proferir la correspondiente decisión de primer grado, en obedecimiento a lo estatuído en los artículos 375 y 874 del Código Judicial"; consideración ésta que luégo se repite así: "Como no hubo oposición y la Sala no juzgó del caso decretar oficiosamente la práctica de la inspección ocular que deja a su libre determinación en estos casos el artículo 874 del Código Judicial, es oportuno, sin necesidad de consideraciones de distinto orden, pronunciar el fallo de rigor".

Ninguna de las partes apeló del fallo, pero el negocio vino en consulta a la Corte en donde se ha surtido y agotado el trámite pertinente, durante el cual tan sólo se produjo el alegato de conclusión del apoderado del Departamento. Ha llegado pues el momento de decidir.

La acción.

Aunque los hechos de la demanda y ésta misma se refieren concretamente a la acción negatoria de servidumbre de acueducto, y tal calificación se ajusta a la definición legal consignada en el inciso 2º del artículo 919 del Código Civil, podría pensarse que la situación descrita en el libelo implica más bien una perturbación de la posesión y que para hacerla cesar ha debido recurrirse a la vía especial del juicio posesorio, dentro del año siguiente a la fecha de la perturbación, y que, como no se hizo así, al demandante sólo le queda la acción ordinaria para la tutela de sus derechos. Pero el fenómeno jurídico que se desprende de los hechos aducidos no corresponde exactamente al de una perturbación embarazosa de la posesión, en el sentido natural que tal hecho encierra. Con mayor propiedad puede afirmarse que los hechos de la demanda constituyen la imposición de una servidumbre que limita el dominio sobre el terreno del demandante.

El juicio posesorio, en este caso, tendría por objeto recuperar la posesión, lo que no persigue el demandante, porque en su sentir posiblemente no ha sido despojado ni turbado en ella por la instalación de la tubería. En cambio considera limitado su derecho de dominio por la imposición de esa servidumbre, y pretende hacerla cesar antes de que el Departamento pueda ganar por prescripción tal derecho. Luego por este aspecto la acción instaurada es viable.

Ahora bien: Hay acciones de servidumbre confesorias y negatorias; y respecto al modo de ventilarse unas y otras, ha habido pareceres disímiles que el mismo actor plantea en el capítulo "Razones de Derecho" de su demanda, para acogerse al juicio especial, en acatamiento, dice, a la interpretación jursprudencial de la Corte y del Tribunal de Antioquia. Sus palabras son éstas:

"'Durante muchos años en nuestra jurisprudencia y en la cátedra, se ha sostenido que la acción negatoria y la confesoria de servidumbre debían

tramitarse por la vía ordinaria, y mediante estos ritos se decidían las controversias sobre esas limitaciones de dominio.

"Hoy la nueva jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia y del Honorable Tribunal de Antioquia, exige que estas acciones se tramiten por la vía especial que consagra el Título XXVII, Libro 2º del Código Judicial, cuando la demanda versa sobre "imposición" (enclavamiento, por ejemplo), "variación" o "extinción" de una servidumbre o "sobre el modo de ejercerla", y "para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes".

"Esta nueva interpretación ha dejado sin recurso extraordinario de casación para la acción negatoria; sólo podrá interponerse cuando se siga el de revisión por la vía ordinaria que establece el artículo 876 del Código Judicial. Por eso considero que las razones de economía procesal y de aceleramiento de la justicia, no tienen apoyo en la ley, y que sólo es un razonamiento de la nueva jurisprudencia.

"En todo caso en las acciones negatoria y confesoria se discute en sí el derecho de servidumbre, y el artículo 872 se refiere a casos en que ya existe el derecho, menos el de imposición que se refiere al enclavamiento.

"Acatando la nueva doctrina jurisprudencial esta acción la dirijo por la vía especial de que trata el Título XXVII, Libro 2º del Código Judicial (artículos 872 y siguientes)".

Sobre estas apreciaciones la Sala considera:

Las peticiones de la demanda, acordes con los hechos en que se apoyan, persiguen se declare principalmente que el predio del demandante no le debe servidumbre de acueducto al Departamento de Antioquia demandado, para un predio de éste, y, consecuencialmente, que el Departamento debe quitar los tubos por donde ejerce la servidumbre, dentro del término que le fije la sentencia, y que si no los removiere se autorice al actor para levantarlos a costa de aquél.

Según lo anterior, para la Sala, el demandante ejercita una acción negatoria de servidumbre de acueducto, continua y aparente, como así se deduce del hecho octavo (8º) de la demanda.

El Código Judicial vigente consagra en su Título XXVII, Libro 2º, un procedimiento especial para ventilar las controversias "sobre imposición, variación, o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes". (Artículos 905, 887, 907, 886 del Código Civil). Es decir, a primera vista se podría pensar, con fundamentos más aparentes que reales, que una controversia, como la que es materia de este juicio, referente a obtener de la justicia la declaración negatoria de una servidumbre que se ha constituído sobre un predio en favor de otro predio de distinto dueño, nó por medios legales, sino DE FACTO, no puede ventilarse por el procedimiento especial mencionado, sino mediante los trámites de un juicio ordinario controvertido, porque aun cuando la acción negatoria de servidumbre persigue extinguir precisamente una situación creada de hecho, la ley procesal vigente alude no a ésta sino a la extinción de una que surgió legalmente, como por ejemplo, la referente a la servidumbre legal de tránsito prevista en el artículo 907 del Código Civil.

La Sala de Casación Civil de esta Corte, en sentencia publicada en las GACETAS JUDICIALES números 2.053, página 96, y 2.112, página 512, por vía jurisprudencial, pero sin reafirmación concreta y fundada de su parecer al respecto, ha insinuado que los juicios negatorios de servidumbre son los únicos que pueden escapar de la vía procedimental que consagra el Título XXVII del Código Judicial, los cuales, por virtud del artículo 734 de dicha obra, han de tramitarse por la vía ordinaria.

Esta Sala, sin embargo, en sentencia de 26 de abril de 1954 —GACETA JUDICIAL número 2.140, página 514— ha construído en forma que inclina a su aceptación, una doctrina jurídica y equitativa para demostrar que las referidas acciones negatorias de servidumbres deben ventilarse por el procedimiento especial y nó por el ordinario.

"La acción de servidumbre —dice la Sala— tendiente a obtener que se declare por la justicia que la propiedad del actor está libre de tales gravámenes, o sea que al demandado no le asiste derecho a la constitución o imposición de ellos, debe tramitarse por la vía especial. La controversia para que se defina si hay derecho a una servidumbre tiene un mismo objeto y conlleva una misma relación jurídica, así se trate de las que se estime previstas concretamente en la ley, o de las que emanen de situaciones de hecho que configuran el mismo fenómeno jurídico contemplado de modo particular por aquélla. Que antes de la demanda se haya creado una situación de facto, contraria o acomodada a las reglas legales, no es óbice para que el Juez se pronuncie declarando el derecho, o negándolo, debiendo en todos los casos aplicarse el procedimiento breve y especial que el legislador señaló

con el propósito de acortar la discusión en juicio respecto de servidumbre. Ni se ve la razón para distinguir entre las acciones confesorias y negatorias, para efectos de ventilarlas por procedimientos distintos, pues el legislador no distinguió entre los varios casos que pueden presentarse, al disponer el procedimiento especial para los litigios sobre "imposición, variación o extinción" de las servidumbres, englobando así los eventos de confesión o negación de ellas. Representaría un privilegio inadmisible a todas luces, consagrar el procedimiento ordinario para quienes habiendo creado situaciones DE HECHO llevaran a sus opositores al trámite dispendioso y largo que implica ese juicio en defensa de su derecho al goce pleno de su propiedad".

Es evidente que el legislador de 1931, al expedir el Código Judicial vigente, no hizo distinción —y con ello toda duda al respecto queda aclarada— entre acciones confesorias y negatorias de servidumbres, para situarlas dentro de reglamentaciones procesales diferentes. Sólo quiso simplificar por medio de un juicio breve —susceptible de ser revisado por la vía ordinaria— el modo o manera de dar vida práctica y real a todo ése conjunto de normas sustantivas contenidas en el Título II, Libro 2º del Código Civil, entre las que no sólo están las referentes a la imposición de servidumbres, que son las más onerosas, pues aluden a la creación misma del gravamen sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, sino las más favorables, dirigidas a extinguir ese gravamen, así se trate del constituído conforme a la ley, como del surgido a consecuencia de una situación creada de facto. No es, pues, presumible que el legislador al reglamentar lo relativo a servidumbres en el citado Título XXVII, Libro 2º del Código Judicial, hubiera excluído del procedimiento especial de tal Título las acciones negatorias de servidumbres. Al contrario, su verdadera intención fue incluírlas, porque no podría entonces explicarse que en busca de soluciones breves y sumarias para materia de tan socorrida y fundamental importancia, colocara en situaciones más desventajosas a los propietarios de fundos, que por haber llegado a no ser indispensables en éstos el ejercicio de la servidumbre, o por no estar obligados a soportar una constituída de hecho, tuvieran que recurrir sus opositores a trámites largos y costosos en defensa de sus derechos.

Para la Sala es pues legal el trámite especial seguido en este juicio por el Tribunal de instancia.

Los hechos y su prueba.

Sentado lo anterior es procedente transcribir los hechos que fundamentan la acción y examinar si han sido probados legalmente. Dicen los hechos:

"PRIMERO.—Mi mandante Alejandrino García García compró al señor Antonio Velásquez Rico un lote de terreno con sus anexidades y mejoras, ubicado en el municipio de Titiribí, en el paraje "La Albania", cuyos linderos son: 'Por el pie, con el camino Departamental que va para Bolombolo y carretera que va para Titiribí; por un costado, con predio de Absalón Garcés, hoy sus herederos; por cabecera, con propiedad de Tulio Moreno, por unos bordes de peña, hasta llegar a un chorro lindando con el citado Moreno; y por el otro costado, por el borde de un amagamiento abajo, hasta la carretera de Titiribí, con propiedad que fue de Jesús Velásquez'.

"SEGUNDO.—El contrato de compraventa, como título de adquisición, quedó historiado en la escritura número 159 de 15 de marzo de 1951, pasada en la Notaría del Circuito de Titiribí, que informa que mi mandante es continuador jurídico a título singular del señor Velásquez Rico; y la tradición modo de adquirir, se operó al registrarse el contrato, en el Libro 1º, tomo 4º impares, página 130, bajo el número 78.

"TERCERO.—Don Rafael Restrepo Angel, cedió al Departamento de Antioquia a título gratuito, o traspasó a título de donación, una faja para la construcción de la carretera Amagá-Titiribí, situada entre las abscisas de la carretera números nueve mil setecientos noventa (9.790) a nueve mil ochocientos sesenta y siete (9.867) con una longitud de setenta y siete (77) metros y un ancho de veinte (20) metros, y que linda: 'Por los costados longitudinales con el predio donde se toma la faja; y por los costados extremos, con la carretera'.

"CUARTO. — Aquella donación se hizo por la escritura número 3.018 de 27 de diciembre de 1937, de la Notaría Segunda del Circuito de Medellín, que registrada acompaño.

"QUINTO.—Dicha faja fue tomada de un lote de terreno que pertenecía al donante señor Restrepo Angel, ubicado en el paraje 'La Albania' del distrito de Titiribí, comprendido por los lin-

deros que informa la cláusula primera de la escritura número 3.018 citada en el numeral precedente, y cuyos linderos no interesa detallar porque el litigio versa sobre la faja segregada y particularizada en el numeral tercero de esta demanda.

"SEXTO.— Sobre parte de la faja donada al Departamento de Antioquia, empleados de este ente de derecho público, construyeron una casa a ciencia y paciencia de éste, en toda la orilla de la carretera, pero siempre dentro de la faja cedida.

"SEPTIMO.— El Departamento de Antioquia o los empleados de éste tomaban el agua en toda la orilla de la carretera del amagamiento que se menciona en la escritura de mi mandante, y así la usaron por muchos años, cogiéndola por medio de un tubo en todo el punto donde el Departamento construyó una obra, pero siempre en la orilla o margen superior de la carretera.

"OCTAVO.—Pero ocurre que hace un año más o menos los empleados del Departamento de Antioquia o trabajadores de éstos ayudados de particulares, quitaron el tubo de la orilla o borde de la carretera y se introdujeron en el predio de mi mandante alinderado en el hecho primero, y establecieron una servidumbre de acueducto como en una extensión de treinta metros por esa heredad del señor Alejandrino García García, con la intervención también del señor Inspector de Policía quien dio orden de trasladar la tubería atacando el derecho ajeno.

"NOVENO.—La derivación en la heredad de mi mandante y la conducción por su predio, tiene apenas un año, sin pasar de dos años, cuando se dispuso tomar el agua más arriba, después de que hacía varios años venía tomándola en la orilla de la carretera sin invadir fundos ajenos".

* * *

Se ha dicho ya cómo el derecho de dominio de las partes sobre sus respectivas fajas de terreno ha sido acreditado con las copias notariales, debidamente registradas, de las escrituras públicas 159 de 15 de marzo de 1951, de la Notaría de Titiribí, y 3.018 de 27 de diciembre de 1937 de la Notaría Segunda de Medellín. En esta última, y en su cláusula tercera, el otorgante declara: "Que cede de manera gratuita al Departamento de Antioquia y de manera de causar enajenación real y a perpetuidad, una faja de terreno que se destina a la construcción de la carretera Amagá-Titiribí... con una longitud de setenta (70) metros y un ancho de veinte (20) metros, y que linda: 'Por los costados longitudinales con el predio donde se toma la faja; y por los costados extremos, con la carretera' ".

Como el demandante no trajo a los autos ninguna prueba distinta de las copias de las escrituras mencionadas, la primera cuestión que surge es la de saber si el Departamento de Antioquia destinó realmente la faja de terreno cedida, en todo o en parte, para la construcción de la carretera; esto no está demostrado, pero según el hecho sexto de la demanda, **sobre parte de la faja donada, "en toda la orilla de la carretera", se construyó una casa**, y fue a ella precisamente a donde se llevó el agua, pasándola por el predio del demandante.

Importa destacar esta circunstancia para despejar cualquier duda respecto a la procedencia de la acción, en cuanto pudiera afirmarse que el Departamento no tiene actualmente ningún predio, porque al construírse la carretera sobre aquél, se convirtió en un bien de uso público. La afirmación del demandante —se repite— no es que la carretera se sirva de una servidumbre de acueducto, y deba ser considerada por lo mismo como el predio dominante; lo que el hecho sexto dice es que sobre la faja de terreno no destinada a carretera se construyó una casa, a la cual se llevó agua por medio de una tubería que atraviesa la propiedad particular del demandante, y es obvio que tal casa no es un bien que deba estimarse como de uso público. Esto descarta toda posibilidad de que se interprete la demanda en el sentido de que se trata de la imposición de una servidumbre de acueducto público, o para el uso público, y que por tanto haya necesidad de examinar las disposiciones legales tocantes con dicha materia.

Estas consideraciones resultarían demás, en vista de que el actor no ha probado en forma alguna la existencia de la carretera, ni la construcción de la casa, ni la instalación del acueducto a través de su predio; pero no sobran para dejar en claro el derecho del actor al ejercicio de la acción propuesta, enfrente de la posición jurídica en que se halla colocado el Departamento, como presunto dueño de una casa o edificación a orillas de la carretera.

¿Por qué debía probar el actor los hechos de la demanda, y por qué medios? Una servidumbre

de acueducto, como la descrita en el libelo de demanda, no es, por su naturaleza, de las llamadas naturales ni legales, sino simplemente voluntaria, o sea la que se constituye por la voluntad de los dueños, y por ser continua y aparente, puede acreditarse por diversos medios probatorios, tales como el documental, la inspección ocular, la declaración de testigos, etc., pues es con esas probanzas como puede llegarse a conocer la situación **de hecho**, es decir, la efectiva existencia de la instalación y servicio de acueducto que atraviesa el predio del actor para beneficio del predio del demandado, y también la cuestión **de derecho**, a saber, el contrato o convención que permita su establecimiento legítimo.

En presencia de las únicas pruebas que obran en el expediente —los instrumentos públicos— parece que el actor creyó que le bastaba aducir los títulos de su propiedad y los del dominio del Departamento de Antioquia para acreditar con ellos que sobre su globo de tierra no pesaba el gravamen de servidumbre de acueducto que se le impuso en favor del predio vecino. Sin embargo, de tales escrituras sólo puede deducirse que al tiempo de su otorgamiento no estaba el terreno obligado a soportar dicha servidumbre, pues al menos no consta en ninguno de los dos títulos esa obligación.

Olvidó, pues, el demandante que lo primero que debía demostrar era el hecho de que en realidad por el predio de su propiedad pasa el mencionado tubo de acueducto que lleva las aguas al terreno del demandado, y que lo podía demostrar por los medios antes indicados de la inspección ocular, o en su defecto con la prueba testimonial. La petición principal del libelo de demanda tiende a que se declare que el lote de terreno de su propiedad "NO LE DEBE SERVIDUMBRE DE ACUEDUCTO" al Departameno de Antioquia, lo que implica que **hay** o existe una servidumbre **de facto**. Esto reafirma el concepto de que tal hecho, fundamental en la demanda, debe ser probado por el demandante.

A este propósito el doctor Antonio Rocha, en su tratado "De la prueba en Derecho" (Ed. 1949, página 19), sienta este principio general: "Las situaciones de hecho se deben estimar ajustadas a derecho. En un debate, quien pretende modificar una situación de hecho, debe dar la prueba de que tiene derecho a modificarla a su favor". Traducido esto al caso **sub-judice** significa que el demandante debe probar en primer término la situación de hecho, y en segundo lugar, que tiene derecho a hacerla cesar. Ambas pruebas son necesarias para la solución del litigio, ya que si se demuestra el hecho constitutivo de la servidumbre pero no se prueba que el predio que la soporta se halla libre de dicho gravamen, no podría llegarse al fin perseguido con la acción; o al contrario, si se acredita por los medios idóneos que el dominio sobre el predio no está limitado por la servidumbre, pero no se prueba que ésta existe, tampoco se lograría la tutela jurisdiccional.

Se ha dicho, y queda claramente establecido, que el demandante no acreditó en este juicio la existencia de la servidumbre de acueducto, puesto que sólo allegó a los autos las escrituras públicas de la propiedad. Ahora bien: el Tribunal —como lo dice la propia sentencia—, "no juzgó del caso decretar oficiosamente la práctica de la inspección ocular que deja a su libre determinación en estos casos el artículo 874 del Código Judicial", y sin embargo, condenó al Departamento "a librar al fundo del actor de **la tubería que en la actualidad emplea** para captar el agua que conduce a la faja de terreno referida" (numeral 2º de la parte resolutiva). Al parecer, el Tribunal consideró innecesaria la inspección ocular en vista de que las escrituras públicas no contenían declaración alguna sobre la servidumbre, es decir, que pasó por alto la cuestión de hecho —existencia de la tubería— para examinar sólo la posición jurídica de las partes a través de las escrituras, y deducir de ese examen la ausencia del derecho del demandado a la imposición de ella, olvidando que el actor alegaba precisamente que se trataba de una servidumbre de facto, o sea como el fruto de un acto arbitrario e ilegítimo. O lo que es peor, el Tribunal interpretó la no contestación del libelo de demanda y la falta de oposición, como un asentimiento a las afirmaciones del actor, o confesión de los hechos, contrariando así el principio de que en materia civil, el silencio del demandado no implica aceptación o rechazo de los hechos afirmados por el demandante.

Razón tiene, pues, el señor apoderado del Departamento de Antioquia al impugnar el fallo del Tribunal. Porque evidentemente, y repitiendo sus palabras, "¿cómo conoció el Tribunal la tubería que ordena retirar? ¿Cómo conoció la casa a que esa tubería debía prestar servicio?".

No se puede pensar que el fallador de primera instancia haya considerado que la prueba de los hechos debía darla el demandado por la forma negativa de la acción, porque sería confundir la negación de un derecho —que casi toda demanda

contiene con la alegación de un hecho negativo indefinido, éste sí susceptible de desplazar al demandado la carga de la prueba. Ningún hecho negativo se alega en el caso de autos; por el contrario, se afirma la existencia indebida de un acueducto, que debe probar quien la afirma, y que en este juicio no probó el actor.

El artículo 593 del Código Judicial dispone, que "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....", disposición ésta evidentemente violada en el fallo objeto de la consulta, el que, por lo mismo, debe ser revocado para, en su lugar ,negar las peticiones de la demanda por falta de prueba y absolver en consecuencia al demandado de los cargos formulados.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia proferida en este juicio con fecha 24 de noviembre de 1956, y en su lugar resuelve:

No se hacen las declaraciones impetradas en el libelo de demanda, y por tanto, absuélvese al Departamento de Antioquia de los cargos formulados en ella.

Ordénase la cancelación del registro de la demanda.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Héctor Martínez Guerra.—Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga.—Jorge Sanabria.—Jorge García Merlano, Secretario.

ACCION DE PERTENENCIA DE UNOS YACIMIENTOS PETROLIFEROS. — TITULO EMANADO DEL ESTADO CON ANTERIORIDAD AL 28 DE OCTUBRE DE 1873. — DETERMINACION DEL INMUEBLE OBJETO DE LA DECLARACION DE DOMINIO. EXPLOTACION ECONOMICA DEL FUNDO.—MODO COMO SE LOGRABA EL REQUISITO DE LA COMPOSICION DE UN TITULO EXPEDIDO IRREGULARMENTE CON ANTELACION A LA REAL CEDULA DE EL PARDO DE 1º DE NOVIEMBRE DE 1591

Una vez cumplido el requisito de la composición de un título expedido irregularmente con anterioridad a la Real Cédula de El Pardo, de 1º de noviembre de 1591, lo cual se lograba mediante el pago de los derechos tasados por los funcionarios encargados de su recaudo, ese título se transformaba en uno legítimo, firme y válido, de acuerdo con las prescripciones de dicha pragmática.

Por lo general, la constancia de composición de un título de tierras ,se extendía a continuación del testimonio de él por medio de una certificación de haber pagado el interesado la suma liquidada por tal concepto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diez y ocho de agosto de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

En providencia de 12 de noviembre de 1956 (fol. 7 vuelto del cuaderno número 3), fue decretada la acumulación de los juicios ordinarios de única instancia promovidos por medio de apoderado ante esta Sala por los señores Aurelio Mejía R.; por William M. Vaughan en su propio nombre y en representación de Emily Ishan Vaughan de Patrón, súbdita británica, y como albacea y propietario fiduciario junto con María Ricaurte de Vaughan en los bienes de la señora Alice Vaughan de Haskett Smith, María Ricaurte de Vaughan, y Robert B. Vaughan; por Cecilia Salazar de Mejía, y por Leonor Ferro de Fahud, contra la Nación colombiana, cuyas demandas pasan a relacionarse del siguiente modo:

DEMANDA DE LEONOR FERRO DE FAHUD

Fue presentada con varios anexos el 19 de julio de 1956. En ella se pide:

"Que la señora Leonor Ferro de Fahud, es dueña del petróleo y subsuelo petrolífero que se encontrare en los terrenos de su propiedad denominados 'SANTAREM', antiguamente 'RASTROJOS', situados en jurisdicción del Municipio de Ambalema, Departamento del Tolima, alinderados así: 'Por un costado, con la carretera de Cambao a Armero; por otro costado o sea el occidental, con terrenos de propiedad de Félix Saavedra, antiguamente de don Félix Salazar y después de Henry Vaughan; por el sur, río Lagunilla abajo y abarcando una mogota de tierra que está en la margen derecha del río donde hay una platanera de propiedad de la hacienda de Santarem, antes Rastrojos, colindando con terrenos que formaban antiguamente la hacienda de 'El Triunfo', antiguamente la hacienda llamada 'Alegrías', por el costado oriental, a partir del río Lagunilla, se sigue por la colindancia y cerca de alambre con los terrenos que fueron de José María Gómez hoy de la parcelación del Departamento del Tolima, hasta encontrar un mojón; de aquí en dirección noroeste línea recta hasta encontrar un mojón marcado con el número 8, colindando con diversos propietarios de la parcelación; de este mojón línta recta hasta encontrar el mojón número 9 colindando con la misma parcelación; de aquí, volviendo en dirección oeste toda la colindancia con el potrero llamado "Montañita' que fue de la hacienda del 'Santuario', después de José María Gómez y hoy de Carlos Lersundi, hasta encontrar un mojón marcado con el número 10 que está en la esquina de la cerca oriental del potrero llamado 'Cerezal'; de aquí por esta cerca en dirección noroeste colindando con propiedad de Carlos Lersundi hasta encontrar la carretera de Cambao a Armero; y de aquí por la mencio-

nada carretera en dirección a Armero hasta encontrar el terreno denominado 'El Silencio', hoy de propiedad del señor Félix Saavedra, antiguamente de don Félix Salazar y de Henry Vaughan'.

Esta súplica se apoya en los hechos siguientes:

a) La sociedad petrolera 'Mesa Verde Petroleum Company', formuló propuesta al Ministerio de Fomento para contratar la exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional sobre un globo de terreno de 26.051 hectáreas con 1.603 metros cuadrados, situado en jurisdicción de los Municipios de Armero, Lérida y Ambalema del Departamento del Tolima, cuyos linderos son:

"Como punto de referencia se toma el punto arcifinio, estable e inequívoco constituído por el centro del estribo derecho del puente sobre el río Lagunilla en la carretera del Líbano a Armero, cuyas coordenadas geográficas son las siguientes: Latitud, 4 grados 57 minutos 21 segundos y 9 décimos de segundo al Norte (4º 57' 21", 9 N.); Longitud, cero grados, cuarenta y nueve minutos once segundos y ocho décimos de segundo al Oeste (0º 49' 11", 8 W.) de Bogotá; dicho punto corresponde al vértice A marcado en el plano y punto de partida de la alinderación.

"De este punto se traza una línea de mil novecientos metros (1.900) con un rumbo de noventa grados cero minutos al Este (90º 0') hasta el punto indicado en la letra B; de aquí se sigue en línea recta de dos mil metros (2.000) y con rumbo Norte de cero grados, cero minutos (N 0º 0') hasta llegar al vértice señalado con la letra 'C'; de este punto se traza una recta de mil ochocientos veintinueve metros con cuarenta y siete centímetros, (1.929.47) de longitud, con una dirección de noventa grados, ceró minutos al Oeste (90º 00'W), hasta llegar al vértice señalado con la letra 'D'; de dicho punto se sigue por el borde oriental de la carretera de Armero a Guayabal hasta llegar al punto 'E'; la línea que une estos dos puntos tiene una longitud de cuatro mil ciento sesenta y seis metros con diez y siete centímetros (4.166.17) y un rumbo Noreste de tres grados siete minutos (N 3º 07' E).

"De este punto en línea recta cinco mil quince metros (5.015) y un rumbo Sureste de setenta y ocho grados trece minutos (E 78º 13' E) hasta llegar al punto 'F' sobre la quebrada del 'Limonal'; de aquí se sigue aguas abajo por la quebrada del mismo nombre hasta el punto indicado con la letra 'G'. La línea recta que une los puntos F y G tiene una longitud de seis mil quinientos setenta metros (6.570) y un rumbo Sureste de ochenta y tres grados treinta y siete minutos (S 83º 37' E).

"Del punto 'G' se sigue en línea recta de seis mil seiscientos sesenta metros (6.660) y un rumbo sureste de cincuenta y siete grados veintitrés minutos (S 57º 23' E), hasta llegar al punto 'H' situado sobre la margen izquierda u occidental del río Magdalena.

"De este punto se sigue por la margen izquierda del río Magdalena aguas arriba hasta llegar al punto indicado 'I'. La línea recta que úne estos dós puntos tiene una longitud de seis mil ochocientos treinta y tres metros con setenta y siete centímetros (6.833.77) y un rumbo Sureste de cinco grados cuatro minutos (S 5º 4' E).

"Del punto 'I' se sigue por la margen izquierda del río Magdalena, aguas arriba, hasta llegar al punto 'J' sobre la misma margen izquierda del río Magdalena. La línea recta que úne estos dos puntos tiene una longitud de siete mil veintiún metros con veintidós centímetros (7.021.22) con un rumbo Suroeste de veinticinco grados cuarenta y ocho minutos (S 25º 48' W).

"De este punto se sigue aguas arriba por la margen derecha del río Lagunilla hasta llegar al punto 'X'. La línea recta que úne estos dos puntos tiene una longitud de seis mil trescientos setenta y ocho metros con veinticinco centímetros (6.378.25) y un rumbo Noroeste de cuarenta y cinco grados diez minutos (N 45º 10' W).

"De este punto se sigue aguas arriba por la misma margen derecha del río Lagunilla hasta llegar al punto 'L', situado en la desembocadura de la quebrada 'Las Palmas' en el río Lagunilla. La línea recta que úne estos dos puntos tiene una longitud de tres mil ciento noventa y cinco metros (3.195) y rumbo Suroeste de ochenta y dos grados quince minutos (S 82º 15' W).

"Del punto 'L' se sigue aguas arriba por la quebrada de 'Las Palmas' hasta llegar al punto 'M'. La línea recta que úne estos dos puntos tiene una longitud de nueve mil setecientos veinte metros y un rumbo Suroeste de treinta y seis grados veinte minutos (S 36º 20' W).

"Del punto 'M' se sigue en línea recta con un rumbo Noroeste de setenta y cuatro grados quince minutos (N 74º 15' W), y una distancia de tres mil ochocientos cuarenta metros (3.840), hasta llegar al punto 'N' situado sobre la carretera de Lérida a Venadilo.

"Y del punto 'N' se sigue por todo el borde oriental de la carretera antes mencionada hasta llegar al punto 'O'. La línea recta que úne estos dos puntos tiene longitud de cuatro mil ciento

sesenta metros (4.160) y un rumbo Noreste de veinte grados cuarenta y cuatro minutos (N 20º 44' E).

"Del punto 'O' se sigue en línea recta con un rumbo de noventa grados al Este (90º 00' E) y una longitud de seiscientos metros hasta llegar al punto 'P'.

"Del punto 'P' se sigue en línea recta con rumbo Norte de cero grados cero minutos (N 0º 00') y una longitud de dos mil ciento noventa y nueve metros con noventa y ocho centímetros (2.199.98) hasta el punto 'Q' situado sobre la carretera de Lérida a Armero.

"Del punto 'Q' se sigue en línea recta con un rumbo de cincuenta y cinco grados veinticuatro minutos Noroeste (N 55º 24' E) y una longitud de quinientos treinta metros (530) hasta llegar al punto R.

"Del punto 'R' se sigue en línea recta con un rumbo Suroeste de cinco grados treinta minutos Oeste (S 5º 30' W) hasta llegar al punto 'S' y una distancia de seiscientos treinta metros (630).

"Del punto "S' se sigue un rumbo Suroeste de sesenta y seis grados quince minutos Este (S 66º 15' E) y una longitud de cien metros (100) hasta llegar al punto 'T' situado sobre la margen izquierda de la quebrada de 'El Sitio'.

"Del punto 'T' se sigue aguas abajo por la quebrada de 'El Sitio' hasta el punto 'U'. La línea recta que úne esos dos puntos tiene un rumbo Noreste de cuarenta y seis grados diez y siete minutos (N 46º 17' E) y una distancia de trescientos metros (300).

"Del punto 'U' se sigue al punto 'V' sobre la quebrada 'Doña María' hasta el punto X situado en la confluencia de la quebrada 'Doña María' en el río Bledo. La línea recta que úne estos dos puntos tiene un rumbo Noreste de cincuenta y ocho grados treinta y cinco minutos (N 58º 35' E) y una longitud de mil cien metros (1.100).

"Del punto 'X' se sigue por la margen izquierda del río Bledo, aguas abajo hasta llegar al punto 'Y' situado en la confluencia de los ríos 'Bledo y Lagunilla'. La línea recta que úne estos dos puntos tiene un rumbo Noreste de veinticinco grados cincuenta y dos minutos (E 25º 52'E) y una longitud de novecientos cincuenta y cinco metros (955).

"Del punto Y se sigue al punto Z por el río Lagunilla aguas arriba. La línea recta que úne estos dos puntos tiene un rumbo Noroeste de treinta y cinco grados cero minutos (N 35º 00' E) y una longitud de tres mil doscientos treinta y cinco metros (3.235).

"Del punto 'Z' se sigue en línea recta con un rumbo de noventa grados cero minutos Oeste (90º 00' W) y una distancia de trescientos setenta metros (370) hasta el punto W situado sobre la carretera que va de Lérida a Armero.

"Del punto 'W' se sigue por todo el borde oriental de la carretera antes mencionada hasta encontrar el punto 'A' punto de partida de la alinderación de la Propuesta. La línea (——) que une estos dos puntos tiene una longitud de cinco mil trescientos sesenta y ocho metros con ochenta y dos centímetros (5.368.82) y un rumbo Noroeste de quince grados veintinueve minutos cincuenta y un segundos y veintinueve centésimos de segundo (N. 15º 29' 51" 29 W)."

b) Esta propuesta fue admitida por el Ministerio ya citado por medio de la Resolución número 637 de 15 de octubre de 1951, y quedó distinguida con el número 564.

c) El extracto de la Propuesta en referencia fue publicado en el "Diario Oficial" número 27.793 de 3 de enero de 1952.

d) La demandante señora de Fahud no formuló oposición administrativa en relación con la expresada Propuesta.

e) La señora Leonor Ferro de Fahud es propietaria del predio "SANTAREM", antiguamente llamado "Rastrojos", en virtud de la adjudicación que se le hizo como heredera única de la sucesión del doctor Ernesto Ferro Zea, según aparece de la escritura pública número 2.114 de 14 de junio de 1956 de la Notaría Octava de Bogotá, registrada en la respectiva oficina del Circuito de Ambalema. Dicho inmueble, alindado en la súplica anteriormente transcrita, está íntegramente comprendido por el área de la Propuesta número 564.

f) En los hechos marcados con los números 7º a 9º se indican las transacciones del dominio del predio "Santarem" hasta el año de 1846, venta de Julián Rodríguez y Diego Sánchez a Lorenzo A Viana.

g) Todos los antecesores en el dominio del referido predio mantuvieron la posesión pacífica y tranquila de éste, y ejercieron actos de explotación económica, hechos que se remontan hasta el año de 1789, según consta de las respectivas escrituras públicas de que se tomará nota posteriormente.

h) La propiedad particular del subsuelo petrolífero la deriva la demandante de las adjudicaciones hechas por la Corona Española, por medio de las mercedes de tierra concedidas por el Cabildo de Tocaima a favor de Juan García de

Herrera, con fecha 6 de febrero de 1588, y de Francisco de Prado el 17 de agosto de 1589, que obran en el Tomo XXII "Tierras de Cundinamarca", folios 814 y siguientes, del Archivo Histórico Nacional.

i) Los sucesores inmediatos de los primitivos adjudicatarios García de Herrera y Francisco de Prado, Martín de Herrera Esquivel y María de Olalla, respectivamente, vendieron a Diego Muñoz Mercado los terrenos materia de aquellas adjudicaciones, según consta de las escrituras otorgadas por dichos causahabientes en 1625 y 1634 el primero y en 1634 la segunda.

j) Diego Muñoz Mercado obtuvo título de composición de las estancias de ganado mayor y caballería así adquiridas, en el año de 1636, según consta del respectivo documento.

k) En el año de 1667 se practicó a solicitud de Diego Muñoz Mercado la medida, deslinde y amojonamiento de las expresadas tierras.

l) La merced concedida a Juan García de Herrera contiene la siguiente alindación: 'Linde del río de La Lagunilla y por el otro cabo el río de los Bledos corriendo el río de La Lagunilla para abajo hacia el río grande de la Magdalena desde unos cerros altos que están en medio del un río y el otro, junto al río de La Lagunilla de esta banda".

La merced de Francisco de Prado, en extensión de una estancia de caballería, se expidió por los siguientes linderos: "De la otra banda de la boca del río de los Bledos, desde la boca del dicho río, corriendo hacia arriba hasta el camino real de la una parte, y de la otra el río grande abajo, hasta el río de La Lagunilla, y desde su boca todo el río arriba hasta donde alcanzare la medida de la Estancia de Caballería".

ll) En los hechos 19º a 22º se indican algunos datos y documentos de los cuales deduce el actor: 1º) La dirección y localización del "Camino Real", citado en la alindación de la merced de Francisco de Prado; 2º Que los ríos Bledo y Lagunilla en la época de tales adjudicaciones tenían cauces y desembocaduras independientes unos de otros, y que el punto de confluencia del segundo de dichos ríos en el Magdalena se conocía con el nombre de Mojabobos; 3º Que en el compromiso de transacción celebrado entre Vicente Osorio de Paz, Felipe y Tomás Muñoz Mercado para poner término a un litigio suscitado entre Felipe Muñoz Mercado y Andrés Bula, se establece que para la época de dicha transacción se había producido el fenómeno de la "incorporación" del río Lagunilla en el Bledo, habiendo recibido desde entonces el nombre de "Lagunilla Antiguo" el cauce abandonado.

Como fundamentos de derecho, se citan en la demanda las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936 y los Decretos Extraordinarios número 10 de 1950 y 2.169 del mismo año.

De los documentos que fueron aducidos con la demanda, se hará la debida relación más adelante.

DEMANDA DE AURELIO MEJIA R.

Con fecha 19 de julio de 1956, el apoderado del señor Aurelio Mejía R., presentó a esta Sala la siguiente demanda contra la Nación colombiana:

"Que el señor Aurelio Mejía R. es dueño del petróleo y subsuelo petrolífero que se encuentre en los terrenos denominados "BUENAVISTA DE CAICEDO', ubicados en jurisdicción del Municipio de Ambalema, departamento del Tolima, alinderados así: 'De la boca de la quebrada 'Las Tinajas' que desemboca en el río Magdalena quebrada arriba hasta el filito de la loma de 'Buena Vista'; por esta cuchilla abajo hasta la parte alta que mira hacia el potrero llamado 'El Convenio' perteneciente a la hacienda de 'El Santuario' de propiedad del señor Vaughan, donde se encuentra un mojón de madera guayacán marcado por los lados norte y sureste con el fierro quemador con que se marcan los animales de la hacienda 'El Santuario', que es las letras F. G. entrelazadas, teniendo por el lado sur la marca antigúa de la hacienda de 'Buenavista de Caicedo', que es la figura de una botella; de dicho mojón se sigue en dirección de occidente a oriente al cauce de la zanja seca llamada 'El Pajoso' buscando su nacimiento hasta encontrar otro mojón que lleva por el lado norte la marca de la hacienda de 'El Santuario' y por el lado sur la de la hacienda de 'Buenavista de Caicedo; de este mojón línea recta a otro mojón con las mismas marcas del anterior línea con azimut de ochenta grados noroeste y longitud de doscientos setenta metros sesenta y seis centímetros (270.66 m); de aquí línea recta a otro mojón que está colocado cerca a la cabecera de la zanja que encauza las aguas pluviales de la zanja de 'Pajoso' línea caracterizada por azimut de ciento nueve grados y longitud de quinientos noventa y seis metros veintisiete centímetros (596.27 m.); por esta zanja abajo hasta su desembocadura en el río Magdalena; y éste arriba hasta la boca de la quebrada 'Las Tinajas', punto de partida de la alinderación".

Esta demanda aparece fundada en hechos similares a la de la anterior, a saber:

La admisión por el Ministerio de Fomento de la Propuesta número 564 de la compañía "Mesa Verde Petroleum Company" para explorar y explotar yacimientos petrolíferos en el globo de terreno cuya ubicación, medida y alindamiento se anotaron anteriormente; que tal propuesta fue admitida por el Ministerio de Fomento mediante Resolución número 637 de 15 de octubre de 1951; que el señor Mejía R. no formuló oposición administrativa en relación con la predicha propuesta; que el señor Mejía R. deriva la propiedad privada del petróleo que pueda existir dentro del predio de "Buenavista de Caicedo", por haber salido éste del patrimonio del Estado con base en las mercedes de tierras concedidas por el Cabildo Justicia y Regimiento de Tocaima a Juan García de Herrera y Francisco de Prado con fechas 6 de febrero de 1588 y 17 de agosto de 1589, a las cuales se refiere la demanda de la señora Leonor Ferro de Fahud. También se alega el hecho de que Diego Muñoz Mercado, sucesor de los primitivos adjudicatarios en la propiedad de las estancias de ganado mayor y de caballería de que hablan las dos mercedes antedichas, obtuvo la composición de su título, mediante el pago de los derechos fijados para ello por el gobierno colonial. Acerca de la determinación de las dos mercedes de tierras de que se trata, cita los mismos documentos enumerados en la demanda de la señora de Fahud. Así mismo, cita los mismos fundamentos de derecho por ésta invocados.

En relación con el título actual en virtud del cual el señor Mejía R. ejercita su acción se expresa en esta segunda demanda que el actor adquirió la finca de "Buenavista de Caicedo", llamada antiguamente "El Palmar", por compra que de ella hizo a: Aurelio Vejarano por escritura número 2.329 de 1928 de la Notaría Cuarta de Bogotá; a Mejía y Vesga, por escritura número 44 de 1922 de la Notaría de Honda y al doctor Alfredo Afanador Salgar del veinte por ciento de los derechos de propiedad sobre el subsuelo petrolífero de la misma finca que el vendedor poseía por compra que de tales derechos hizo a Rodulfo García, según consta de la escritura número 2.815 de 21 de noviembre de 1939 de la Notaría Segunda de Bogotá, títulos todos debidamente registrados.

Finalmente, se afirma en la demanda que el globo de la propuesta número 564 de la Mesa Verde Petroleum Company comprende los terrenos de "Buenavista de Caicedo", y que éstos, a su vez, proceden, de modo principal, de la adjudicación hecha a Francisco de Prado en 1589.

Con este libelo fueron presentadas varias escrituras públicas y el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, que recogen las tradiciones del referido predio hasta el año de 1792, además de varias copias de documentos expedidos en el tiempo de la Colonia, por el Jefe del Archivo Histórico Nacional. De todos estos instrumentos se tomará pormenorizada nota en otro lugar de este fallo.

DEMANDA DE WILLIAM MACLEOD VAUGHAN, Y OTROS

El doctor Mario Escobar M., como apoderado especial de William Macleod Vaughan, Emily Ishan Vaughan de Patrón, María Ricaurte de Vaughan y Roger B. Vaughan, presentó demanda ordinaria de única instancia en esta Sala contra la Nación colombiana, el 25 de julio de 1956, para que se hagan las declaraciones siguientes:

"PRIMERA.—Que el inmueble denominado 'EL SANTUARIO' así como otros lotes que formaron parte de dicho predio, situado en los municipios de Ambalema y Armero; antes Guayabal y San Lorenzo, Departamento del Tolima, comprendido dentro de los linderos que adelante se expresan, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por razón de varios títulos emanados del Estado con anterioridad a la reserva del subsuelo a favor de la Nación.

"Los linderos del inmueble a que se ha hecho referencia son, según los títulos que se acompañan a esta demanda los siguientes:

'Desde la orilla izquierda del río Lagunilla en el punto donde arranca la cerca de madera en una parte y de piedra en otra divisoria de los potreros llamados Macute y Los Totumos perteneciente este último a la hacienda de El Dormilón, por toda esta cerca hasta donde termina al pie de unas peñas o barrancas, a corta distancia de la puerta de entrada a la hacienda El Dormilón, por el lado sureste en el camino real conocido con el nombre de vía del Dormilón y que comunica las poblaciones de Ambalema y Guayabal; por la orilla superior de dichas peñas o barrancas, que sirve de término por allí al potrero y sabanas altas de Macute hasta llegar a la cima del cerro llamado de Corral Falso, lindero común de El Santuario, el Dormilón y La Unión, colindando hasta aquí desde el punto de partida con la hacienda de El Dormilón que fue de propiedad del señor Leopoldo Cajiao; de dicha cima línea recta en dirección noroeste, pasando por el pie, costado occidental del cerro aislado de la Laguna de Peñas Blancas, hasta encontrar la orilla superior del

cerro de Peñas Blancas; por la orilla de la peña que sigue a continuación en dirección occidental del cerro que acaba de nombrarse hasta encontrar el mojón de madera marcado G. que se halla en la misma cima del cerro Gordo lindero común de La Unión, Robledo y El Santuario, colindando hasta aquí, desde la cima del cerro de Corral Falso, con la hacienda de La Unión que fue de propiedad de la familia Robledo; de dicho mojón línea recta en dirección magnética de once grados diez minutos noroeste a otro mojón marcado también G., que se encuentra en la zanja de Rincón Grande, pasando la línea precisamente por otro mojón de madera con cimiento de calicanto, marcado con la misma cifra, que está en la cúspide de un morrito que hay en el filo de la cuchilla que separa la hoya hidrográfica de la zanja de Rincón Grande abajo hasta su terminación en la quebrada de Robledo, colindando hasta aquí, desde la cima de cerro Gordo, con el terreno de comuneros llamado Robledo, quebrada de Robledo aguas abajo hasta su confluencia con la quebrada llamada Cimarrona; ésta aguas abajo, hasta un antiguo lecho de la misma, por el cual se sigue hasta donde es atravesado por un camino ya abandonado conocido con el nombre de Vía de Cetare, en el punto determinado por un mojón de calicanto; de este mojón línea recta, pasando por el mojón de calicanto y de forma cónica que se encuentra en la cima del peñón de Suárez al mojón de madera marcado FG, que está en el filo de Chapaima o Río Grande; este filo en dirección noroeste más o menos, hasta encontrar otro mojón de madera marcado con la cifra FG., que se encuentra en la cúspide del cerrito más alto de la cordillera llamada de Camiseta,, colindando hasta aquí desde la confluencia de las quebradas Robledo y Cimarrona, con los terrenos denominados Cimientos, Chapaima y Varasanta, de propiedad (que son o fueron) el primero del señor Buenaventura Molano, el segundo del señor Bernabé Varton y el tercero del señor Abraham Farfán; por la cima de la cordillera de Camiseta en dirección sureste, bajando hasta encontrar una cerca de alambre; por toda esta cerca abajo hasta encontrar otro mojón de madera marcado FG donde principia una cerca de talanquera, colindando hasta aquí desde el término de la colindancia con Varasanta, con la hacienda de La Florida ,que es o fue de propiedad del señor José Bonnet; por la cerca de talanquera que acaba de indicarse y que sigue en dirección sur corriendo una línea de trescientos metros aproximadamente y formando un ángulo casi recto con el anterior, hasta otro mojón también de madera y marcado con la cifra FG, por la cerca de talanquera primero y de alambre después, que del mojón últimamente citado parte en dirección suroeste hasta su terminación a orillas del río Magdalena en parte de da hacienda llamada Puerto de Chaguaní, colindando con terrenos llamados El Porvenir, que son o fueron de propiedad del señor Fabricio Rubio, río Magdalena aguas arriba hasta donde acaba en la quebrada seca de Pajoso un poco arriba del paso de Cambao, comprendiendo las islas de Mora y de Palotas y las demás que hay en este trayecto del río y que por ser fragmentos desprendidos de las tierras de El Santuario, por brazuelos formados en el río o por encontrarse una cerca a la ribera izquierda que es la opuesta, pertenecen a la hacienda de El Santuario; quebrada de Pajoso arriba hasta su nacimiento en el cerro de Buenavista precisamente en el punto donde éste es atravesado por el camino que va de Santa Bárbara o Rastrojos, para Cambao, el cual punto está hoy determinado por un mojón de madera marcado FG, por la cima del cerro de Buenavista, y de los que le siguen en dirección general de sur, hasta encontrar la cerca de alambre sobre postes de corazón que hay en el extremo de estos últimos cerros donde son conocidos con el nombre de Cerros de Miraflores; por toda esta cerca hasta donde termina a orillas de una chamba honda de corta extensión longitudinal, después de atravesar en el sitio llamado Cuatro Esquinas, en el camino real que comunica a Ambalema con Guayabal, chamba abajo hasta su terminación en el río Lagunilla en frente del potrero llamado Chavarría, colindando hasta aquí, desde la desembocadura de la quebrada de Pajoso en el Magdalena, primero con los terrenos llamados Caicedo, que son o fueron de propiedad del señor Benito Navarro Orjuela y después con los terrenos llamados Conchal y Miraflores, que son o fueron de propiedad del señor Agapito Urueña; río Lagunilla, aguas arriba hasta el punto de partida que está como a dos cuadras de la casa principal de la Hacienda de El Triunfo que fue de propiedad del señor Agapito Urueña".

De la finca así alindada, el actor excluye los siguientes lotes:

a) Un lote vendido al doctor Félix Salazar por los siguientes linderos: "Partiendo del punto en que la carretera de Cambao pasa por el lindero de las haciendas de El Santuario y Dormilón, siguiendo aquélla hacia el oriente, hasta encontrar la cerca divisoria de los potreros de La Vega y el Secreto; de aquí volviendo hacia el sur, y siguiendo la cerca que divide los potreros de El Secreto,

La Aurora y La Esperanza del de La Vega, hasta llegar al río Lagunilla; siguiendo éste hacia arriba ,hasta encontrar el lindero de El Santuario con Dormilón, y siguiendo por este lindero hasta la carretera de Cambao, en el punto de partida".

b) Otro lote vendido a José María Gómez B., alindado así: "Del punto común a los potreros del Cerezal y Montañita del plan sobre la carretera de Cambao-Armero en donde un mojón (sic) tomando hacia el sur, por el cerro entre dichos potreros hasta encontrar el cerco del potrero del Tambor donde hay otro mojón; siguiendo por el lindero con este último potrero, hacia el oriente, aproximadamente hasta encontrar el punto común de los potreros Montañita del Flan, El Tambor y Cabo de Guardia, donde se puso otro mojón; de este último en línea recta, por las cercas de los potreros El Tambor y La Estrella, pertenecientes a la sucesión, hasta el río Lagunilla, cerca a la orilla del cual se clavó otro mojón en punto común al lindero del citado potrero de La Estrella con el potrero de La Esmeralda; río Lagunilla abajo hasta encontrar el lindero con los terrenos de Chinchilla, donde se clavó otro mojón, cerca a la orilla del río; de aquí en línea recta, atravesando el camino que va para Ambalema y la ferrovía, a lindes con los mismos terrenos de Chinchilla hasta un poste, que hay en la cuchilla, en el cerco del potrero de Ayapel, de este poste, siguiendo por el lomo de la cuchilla a lindes con los potreros de Caicedo, hasta un poste que hay en la línea común a dichos terrenos, al potrero de Samán a los bosques de Buenavista; de este último lugar continuando por la cuchilla a un mojón marcado con la letra A en el plano parcial que se protocoliza, firmado por el ingeniero Jenaro Borzal G.; de este último mojón en línea recta con rumbo de treinta y seis grados E (36º E) hasta la carretera Cambao-Armero, donde hay un mojón en el cerco meridional de la misma carretera y continuando por dicho cerco de la carretera, éste de por medio a lindes con terrenos de la sucesión, hasta el punto de partida".

c) Otro lote de terreno vendido a José María Gómez B. alindado así: "Desde el mojón A situado al lado izquierdo de la carretera que va de Armero a Cambao, por todo el filo de la cuchilla que desde allí arranca hasta el mojón B.; de aquí en línea recta al mojón C., situado al borde de la zona del ferrocarril de La Dorada; de aquí por toda la zona del ferrocarril hasta el cruce con la carretera de Cambao y de aquí al punto de partida".

d) Otro lote de terreno nombrado 'Rastrojos', vendido al señor Ernesto Ferro Zea, y alindado así: "Del mojón marcado con el número uno (1) situado en la carretera de Cambao a Armero, punto de lindancia con el potrero de La Vega del señor Félix Salazar, línea recta por la cerca divisoria de los potreros del Secreto y La Aurora con el de La Vega, a encontrar un mojón marcado con el número dos (2); de este mojón, línea recta con dirección suroeste siguiendo toda la cerca divisoria del potrero de La Esperanza con La Vega, hasta el río Lagunilla, junto a donde se fija un mojón marcado con el número tres (3); río Lagunilla abajo hasta encontrar un mojón marcado con el número cuatro (4) en la margen izquierda del río; de aquí pasando al otro lado del río abrazando una mogota de tierra donde está actualmente una platanera de propiedad de la hacienda, siguiendo por los mojones números cinco (5) y seis (6), colindando con terrenos de la hacienda de El Triunfo, del señor Félix Salazar, a encontrar el mojón número siete en la margen izquierda del río; en la colindancia con el señor José María Gómez; de este punto en dirección noroeste línea recta colindando con los potreros de Esmeralda y Cuatro Esquinas de propiedad de José María Gómez, hasta encontrar el mojón marcado con el número ocho (8); de aquí línea recta por toda la colindancia con los potreros de Catorce y Cabo de Guardia, hasta encontrar un mojón marcado con el número nueve (9); de aquí volviendo en dirección oeste, por toda la colindancia con el potrero llamado Montañita hasta encontrar un mojón marcado con el número diez (10), que está en la intersección de la cerca oriental del potrero del Cerezal; de aquí, por esta cerca, en dirección noroeste, a encontrar la carretera de Cambao a Armero, punto que tiene un mojón marcado con el número once (11); de aquí siguiendo por toda la carretera hacia el oeste, hasta el primer mojón punto de partida". La superficie de este lote es de 300 hectáreas.

Advierte aquí la actora que del predio de El Santuario a que se refiere la demanda, se han realizado por los interesados otras ventas de porciones de ese terreno, pero que en tales enajenaciones se ha hecho expresa reserva del subsuelo petrolífero; en otros términos que tales enajenaciones sólo se refieren a la superficie. Estas enajenaciones han sido hechas a favor de Ana Arboleda por escritura número 1.476 de 14 de abril de 1943 de la Notaría Cuarta de Bogotá; de Federico Angel, por escritura número 1.433 de 13 de abril de los mismos mes y año, de la misma Notaría; de Bernardo Saldarriaga por escritura

número 1.859 de 14 de mayo de los mismos año y Notaría; de Bonifacio Guerra y Narciso Monroy por escrituras números 4.083 y 4.084 de 18 de agosto de 1944 de la Notaría Cuarta de Bogotá; de Santiago Trujillo Gómez y otros por escritura número 1.923 de 11 de marzo de 1946 de la Notaría Tercera de Bogotá; partición entre Santiago Trujillo Gómez y otros verificada por escritura número 5035 de 9 de diciembre de 1946 de la Notaría últimamente citada; de William Vaughan por escrituras números 1.139 de 30 de abril de 1948 y 1.207 de 19 de abril de 1946 de la Notaría Tercera de Bogotá, títulos todos estos debidamente registrados.

Subsidiariamente (petición 2ª) los actores solicitan se declare que el predio del Santuario y los demás lotes de terreno que lo forman, salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, en virtud de justa prescripción, por explotación económica de esas tierras.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se declare que el petróleo que pueda hallarse en los terrenos mencionados, es de propiedad particular de los demandantes, y son libres para ser contratados por éstos. (Peticiones 3ª y 4ª).

En los hechos de esta demanda se afirma:

a) Que los demandantes son actuales propietarios y poseedores de la finca "El Santuario" y los lotes que la forman;

b) Que tales inmuebles salieron del patrimonio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por haber sido adjudicadas por el Gobierno de la Colonia Española, de conformidad con las mercedes de tierras hechas a favor de Juan García de Herrera y del Capitán Francisco de Prado ya citadas anteriormente.

En esta demanda, además, se invoca como títulos emanados del Estado, las mercedes de tierras hechas por el mismo Cabildo de Tocaima a favor de Bartolomé Rodríguez el 21 de abril de 1577, y de Francisco de Iñíguez el 12 de abril de 1572, y, finalmente, la concedida al Gobernador Gaspar Mena Loyola por el Virrey don Juan Fernández de Córdoba y Coalla en el mes de abril de 1652.

De otro lado, se afirma que la finca "El Santuario" ha sido objeto de numerosos actos jurídicos, como la diligencia de mensura practicada a solicitud de Felipe Muñoz Mercado y Ambrosio Muñoz Mercado, hijos de Diego Muñoz Mercado, dentro del litigio por ellos contenido con el capitán Juan Andrés Bula, y el contrato de transacción celebrado por los citados Muñoz Mercado con el capitán Vicente Osorio Nieto de Paz en el año de 1703 para poner fin al referido litigio.

En el libelo se mencionan varias transferencias de las tierras a que se refieren los anteriores títulos de adjudicación, desde el año de 1789 hasta el de 1897.

En concepto de los demandantes, hacia el año de 1709, parte de las tierras a que se contrae el título del Gobernador Mena Loyola, formaron parte de las llamadas La Laguna o El Potrero que habían sido de propiedad de Juana de Bohórquez y su hermano Nicolás Jimeno de Bohórquez, quienes las hubieron de Juana de Esquivel, viuda de Florencio Muñoz Mercado, y de su hijo Diego Guillermo Muñoz Mercado, con el gravamen de una capellanía fundada por Florencio. De Juana de Bohórquez dichas tierras pasaron a ser de propiedad de Juan de Arciniegas, quien hizo practicar en 1709 una información de testigos sobre posesión y linderos de ellas, donde se afirma que su extensión era de cuatro estancias de ganado mayor y seis de pan coger, y se señalan como linderos la quebrada "Zamba" que desemboca en el río Sabandijo, hasta la quebrada de Cetare, la falda de Los Peñones con tierras de Gaspar de Saz hasta la boca de la quebrada Cimarrona; y de allí a un cerro llamado La Teta hasta dar en el río viejo de La Lagunilla o quebrada Mojabobos.

Se alega que la demanda tiene fundamento también en el hecho de que el Ministerio de Fomento, por Resolución número 637 de 15 de octubre de 1951, admitió la propuesta número 564 de la Mesa Verde Petroleum Company, cuyos linderos fueron transcritos anteriormente, propuesta que, se afirma, afecta los terrenos de la finca "El Santuario".

Como fundamentos de derecho se citan el Decreto Ley número 1.056 de 1953, las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936, de 11 de octubre de 1821 (sic), 70 de 1866, el Código Fiscal de 1873, la Ley 11 de 1953 (sic) y las Cédulas Reales sobre tierras.

Con el libelo fueron adjuntados numerosos documentos, así: Certificación del Ministerio de Minas y Petróleos sobre vencimiento del término para iniciar el juicio ordinario en relación con la propuesta número 564 de la Mesa Verde Petroleum Company; certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, adicionado por el mismo funcionario y por el Registrador de Instrumentos Públicos de Honda; y copias registradas de diferentes escrituras públicas, que allí se relacionan.

DEMANDA DE CECILIA SALAZAR DE MEJIA

El apoderado legalmente constituído al efecto por la señora Cecilia Salazar de Mejía, vecina de Bogotá, presentó con fecha 25 de julio de 1956, demanda ordinaria contra la Nación, para que por los trámites correspondientes, se hagan por esta Sala las declaraciones que en seguida se copian:

"PRIMERA.— Que el inmueble o predio rural denominado "EL DORMILON", situado en el Municipio de Armero, antes San Lorenzo, Departamento del Tolima, determinado por los linderos que adelante se expresan, de propiedad de mi mandante, salió del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873, por razón de varios títulos emanados del Estado con anterioridad a la reserva del subsuelo en favor de la Nación.

"Los linderos del inmueble a que se ha hecho referencia, son, según los títulos que se acompañan a esta demanda, los siguientes:

"Desde la cima del cerro de 'Corral Falso', lindero de las tierras del señor Goschen con la hacienda de La Unión, de la familia Revolledo, siguiendo hacia el sur la colindancia con esta hacienda, por la cerca divisoria de maderas que parte del pie de aquel cerro y la chamba o vallado que le sigue hasta llegar al camino real de Ambalema a Guayabal por la vía del 'Dormilón, donde hoy se encuentra la puerta de entrada a la hacienda por el lado de Guayabal, conocida con el nombre de 'Puerta Negra'; de aquí siguiendo la misma chamba, que sirve actualmente de cerca divisoria con el terreno del señor José Bonnet, llamado 'Vuelta de Lagunilla', hasta donde aquella termina a orillas del río Lagunilla; éste aguas abajo colindando con 'La Insula', 'Boquerón' y 'Diamante', hasta encontrar la cerca de madera, en una parte, y de piedra en otra, que separa actualmente la hacienda de 'Macute' de uno de los potreros de la hacienda, de 'El Dormilón' llamado 'Totumos' por toda esta cerca atravesando el camino real de Ambalema a Guayabal por la vía de 'El Dormilón', donde se encuentra la puerta de entrada de la hacienda por el lado de Ambalema, hasta donde aquélla termina al pie de las peñas o barrancas que se encuentran a corta distancia de dicha puerta; y de aquí, por la orilla superior de aquellas peñas, visible desde el camino real antes mencionado, en la parte comprendida entre las dos puertas de comunicación referidas, que sirve de término por allí al potrero y sabanas altas de 'Macute' que fueron del señor Charles Herman Goschen, hasta llegar al punto de partida o sea al cerro de 'Corral Falso'.

Subsidiariamente (súplica segunda), se pide que el predio de 'El Dormilón' salió del patrimonio nacional antes de la reserva, en virtud de la justa prescripción, por haber sido explotado económicamente.

En las súplicas 3ª y 4ª, consecuenciales de las anteriores, se pide la declaración de propiedad particular a favor de la demandante del petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren en el aludido predio, y que, por tanto, su exploración y explotación puede ser contratada como de propiedad privada.

Los hechos en que esta demanda se apoya, pueden resumirse así:

a) El predio "El Dormilón" formó parte, con el de 'El Santuario' de la familia Vaughan, de los terrenos antiguamente conocidos con el nombre de 'Aguada o Macute'.

b) Esas tierras fueron adjudicadas primitivamente por las autoridades de la Colonia, en mercedes otorgadas por el Cabildo de Tocaima a favor de Juan García de Herrera (6 de febrero de 1588), del Capitán Francisco de Prado 17 de agosto de 1589), de Bartolomé Rodríguez (21 de abril de 1577) y de Francisco Iñíguez (12 de abril de 1572).

Se trata, pues, de los mismos títulos originarios invocados en las demandas anteriormente relacionadas.

Se invoca también la composición obtenida por Diego Muñoz Mercado el 26 de febrero de 1636 respecto de las mercedes de García Herrera y Prado, a quienes sucedió en la propiedad de las estancias a éstos mercendiadas. E igualmente se hace referencia a las mensuras y otros actos jurídicos anteriores a 1873, aludidos en las anteriores demandas.

En la demanda se relacionan numerosas transferencias del dominio de las tierras de "Aguada y Macute", de las cuales se dice procede el predio "El Dormilón", transferencias que se remontan hasta el año de 1789, y que se analizarán más adelante.

De igual modo, en el capítulo denominado "Prescripción adquisitiva", se citan varios documentos que recogen datos que según la actora demuestran el hecho relativo a la explotación económica de las mismas tierras, de tiempo inmemorial.

Se afirma finalmente que la demanda tiene como causa determinante el hecho de haber admitido el Ministerio de Fomento, por medio de la Resolución número 637 de 15 de octubre de 1951,

la propuesta de contrato sobre exploración y explotación de petróleos formulada por la "Mesa Verde Petroleum Company", y el hecho de que el predio "El Dormilón" queda comprendido dentro de los linderos de la referida propuesta, marcada con el número 564. El alindamiento de esta propuesta ya fue transcrito anteriormente.

Los fundamentos de derecho, son idénticos a los alegados en las demandas que se han dejado relacionadas.

La demandante acompañó numerosos títulos, documentos y certificaciones de que se tomará nota en otro lugar del presente fallo.

De todas estas demandas, una vez admitidas, se dieron los traslados de rigor al Sr. Procurador Delegado en lo Civil, quien las contestó manifestando que se opone a las declaraciones en ellas solicitadas, que niega el derecho invocado por los demandantes, y en cuanto a los hechos, que se atiene a la eficacia y conducencia de las pruebas allegadas y que se pudieran allegar al juicio.

Es llegada la oportunidad de poner fin a los procesos acumulados de que se ha hecho referencia, y a ello se procede, luégo de observar que no existe ninguna causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

TITULOS EMANADOS DEL ESTADO

Como se ha visto, son cinco los títulos que como emanados del Estado con anterioridad a la expedición del Código Fiscal de 1873, se han aducido por los demandantes:

a) La merced de tierras concedida por el Cabildo de Tocaima el 6 de febrero de 1588 a Juan García de Herrera;

b) La concedida por el mismo Cabildo el 17 de agosto de 1589 a favor del Capitán Francisco de Prado;

c) La otorgada por el mismo Cabildo a Bartolomé Rodríguez el 21 de abril de 1577;

d) La expedida por el mismo Cabildo a favor de Francisco de Iñíguez el 12 de abril de 1572; y

e) La que se expidió al Gobernador Gaspar Mena Loyola el 12 de abril de 1652 (refrendación de un título anterior desaparecido) para Pedro Bernárdez Cabrejo, a quien habían sido transferidas por ese tiempo las tierras materia de dicha merced.

Merced de Juan García de Herrera.

Los títulos enumerados se hallan a folios 201 vuelto a 217, 98 vuelto a 111 y 26 a 82 de los cuadernos de documentos presentados con las demandas en estudio, en copias auténticas expedidas por el Jefe del Archivo Histórico Nacional.

De acuerdo con dichas copias, el contexto de la merced de Juan García de Herrera, dice así:

"El Cabildo Justicia y Regimiento de la ciudad de Tocaima del nuevo Reino de Granada de las Indias del mar océano, conviene a saber, el Capitán Francisco de Cárdenas, corregidor y justicia mayor en el partido de tierra caliente, por el Rey nuestro señor, Hernando del Campo, teniente de Corregidor y justicia mayor en ella, el Capitán Sebastián Fernández Bocanegra, alcalde ordinario por el Rey nuestro señor, don Martín Tafur, Lope de Salcedo Jáuregui, Juan de las Olivas, Francisco Alcón, alguacil mayor en ella, y Regidores de dicha ciudad, estando en nuestro cabildo ayuntamiento según lo habemos de uso y costumbre para en él proveer las cosas tocantes al servicio de Dios nuestro Señor y del Rey nuestro señor y bien común de su república, parece que en este dicho cabildo por petición que ante nos presentastéis en seis de febrero de este presente año de la data de esta carta por la cual parece, que vos Juan García de Herrera vecino de esta dicha ciudad, nos pediste vos hiciéremos merced de un pedazo de tierra para ganado mayor, según por vuestra petición se contiene, que su tenor de ella es como se sigue: — Juan García de Herrera, vecino de esta ciudad de Tocaima, digo que yo tengo necesidad de un pedazo de tierra en donde traigo mis ganados, la cual me podrán vuestras mercedes proveer una estancia de ganado mayor, linde del río de la Lagunilla y por el otro caso (sic), el río de los Bledos corriendo el río de la Lagunilla para abajo hacia el río grande de la Magdalena, desde unos cerros altos que están en medio del un río y el otro, junto al río de la Lagunila de esta banda y en ello recibiré bien y merced. — ....Y por nos vista la dicha petición que de suso va incorporada y teniendo atención que sois vecino honrado y servidor del Rey nuestro señor.... por donde en su real nombre vos hacemos merced de la tierra y estancia para ganado mayor en la parte y lugar en que vuestra petición se hace mención, y debajo de los linderos en ella declarados, la cual podéis gozar y hacer vos y vuestros herederos y sucesores e hijos, como cosa habida por merced de este Cavildo..... la cual dicha merced vos hacemos sin perjuicio de naturales de aquella provincia, y de otro tercero que mejor derecho tenga a ella..... mandamos al Alguacil mayor, o su lugarteniente que vos metan y amparen y

den la posesión de las dichas tierras y estancias..... y de ello mandamos dar y dimos esta carta y título en la manera que dicho es, en la ciudad de Tocaima a seis de febrero de mil y quinientos ochenta y ocho. — Francisco de Cárdenas.—Fernando del Campo.—Sebastián Fernández Bocanegra.—Don Martín Tafur.—Lope de Salcedo Jáuregui.—Francisco Alcón. — Juan de las Olivas.—Por mandato del Cabildo, Justicia y Regimiento,—Francisco Ramírez de Hinojosa — Escribano".

En la copia no consta la diligencia de posesión de las tierras mercendiadas; pero a continuación de dicho título se insertan otros documentos que dan fé de que el adjudicatario García Herrera mantuvo la posesión tranquila y no interrumpida de la estancia de ganado mayor en referencia, como es la escritura de 9 de diciembre de 1634, otorgada ante el escribano público de Tocaima, por medio de la cual Martín de Herrera Esquivel declara haber vendido a Diego Muñoz Mercado, teniente de corregidor y Justicia Mayor, "dos estancias de ganado mayor que tengo en la otra banda del río grande de la Magdalena, términos y jurisdicción de esta dicha ciudad, en tierras que llaman de la Lagunilla, que la una hube y compré a doña Potenciana, mi hermana difunta, que es la que le cupo de parte de su legítima y herencia y corre desde un cerro alto del dicho río de la Lagunilla, y la otra desde otro cerro de esta banda del río de la Lagunilla vieja, corriendo al río de Los Bledos arriba de donde hoy tiene sus buhíos y corrales el dicho Diego Muñoz, y el cerro le partió el río de la Lagunilla vieja y, ambas a dos estancias debajo de los linderos que se contienen y declaran en los títulos que originalmente le tengo entregados...." Y en documento de fecha 1º de diciembre de 1626, declara el mismo vendedor Martín de Herrera que "por escritura fecha en la ciudad de Tocaima, ante Ambrosio Ortiz de Chaburru, escribano de su Majestad, público y de Cabildo de la dicha ciudad tiene cedido el derecho de la estancia contenida en este título en Diego Muñoz Mercado, vecino y Regidor de esta ciudad y está obligado a otorgar carta de venta de ella..."

Y en el año de 1667, según consta de otro documento inserto en la copia de que se viene hablando, Felipe y Ambrosio Muñoz Mercado, solicitaron del Alcalde Ordinario de Tocaima, Miguel Murillo Quintana, se procediese a medir y amojonar la estancia de ganado mayor proveída a Juan García de Herrera, de la cual eran dueños, "linde con el río de la Lagunilla, y por el otro lado el río de los Bledos, desde unos cerros altos junto al río de la Lagunilla, en medio del un río y el otro corriendo hacia el río grande que es a topar con los mojones que vuestra merced deja hechos se ha de servir vuestra merced y así lo suplicamos mande vuestra merced hacer información del un río y el otro y de los cerros altos que como a vuestra merced le consta están de manifiesto, pues no hay otros, que son las tierras que nuestros actores poseyeron setenta y nueve años ha, y nosotros las hemos poseído veinte y cinco años como sucesores, sin contradicción alguna, gozando de ellas como público y notorio..."

Al estudiar el punto relacionado con la validez de la adjudicación hecha en 1588 por el Cabildo de Tocaima a Juan García de Herrera, el señor Procurador Delegado en lo Civil, luégo de hacer un recuento de la reglamentación que sobre la materia rigió en la época de la Colonia, concluye que la mereed mencionada se ajusta a dicha legislación y que, por tanto, acepta dicho título. (Folio 116 de este cuaderno).

Merced de Francisco de Prado.

En las copias expedidas por el Jefe del Archivo Histórico Nacional de que se viene haciendo referencia, se encuentra esta merced cuyo texto dice así:

"Título. 1.589.—En la ciudad de Tocaima en diez y siete de agosto de mil y quinientos ochenta y nueve años se ajuntaron a cabildo, el Cabildo Justicia y Regimiento de ella, es a saber: Juan de Sosa, Alcalde ordinario de ella, por el Rey nuestro señor y Hernando del Campo, e don Francisco Tafur, alguacil mayor de ella, regidores según que lo han de uso y costumbre de se ajuntar para se provea las cosas tocantes al servicio de Dios nuestro señor e de su Majestad, y bien de su República, e lo que en este cabildo se trató, y ha sido por ante mí el escribano público, e de este cabildo, se acordó y trató lo siguiente: —En este cabildo se presentó otra petición del Capitán Francisco de Prado, que pide estancias y tierras que su tenor a la lera es como se sigue: —Francisco de Prado, vecino de esta ciudad, digo que yo sucedí en los bienes de mi padre Fernando de Prado así en los muebles como en raíces, estancias y otras cosas, y que teniendo ciertos títulos de estancias y caballerías, a mí se me han perdido y no parecen, en los libros de cabildo por haber tanto tiempo que se proveyeron, para poderlos sacar, los cuales títulos son de una caballería que corre de la otra banda de la boca del río de los Bledos, desde la boca del dicho río corriendo hacia arriba hasta el camino real de la

una parte, y de la otra el río grande abajo hasta el río de la Lagunilla, y desde su boca todo el río arriba hasta donde alcanzare la medida de la estancia, y caballería, la cual es tierra vacía que fue de Yutaima, indios de mi encomienda, y así mismo, otra estancia en el valle de Tocaima... Francisco de Prado.—Vista la dicha petición del dicho Capitán Francisco de Prado, le proveyeron las tierras y estancias contenidas en su petición, sin perjuicio de tercero que mejor derecho tenga, y de naturales..... Hernando del Campo.— Juan de Sosa.—Francisco Tafur. —Fuí presente, —Francisco Ramírez de Hinojosa.— Escribano".

En la misma copia del Archivo Nacional aparecen insertos varios actos de transferencia inmediatos a la expedición del anterior título, que interesan desde el punto de vista de la validez de éste, a saber:

La escritura o carta de venta otorgada por María de Olalla, vda. del Capitán Francisco de Prado, y por su hijo Jacinto de Prado, ante el escribano público de Tocaima, con fecha 19 de octubre de 1634, en la cual dichos sucesores declaran haber vendido a Diego Muñoz Mercado, teniente de Corregidor y Justicia Mayor de la misma ciudad, "una estancia y caballería de ganado mayor que tenemos y poseemos en término de esta ciudad de la otra banda del río de los Bledos, desde la boca del dicho río corriendo arriba hasta el camino real de la una parte, y de la otra el dicho río grande abajo hasta el río de la Lagunilla, y desde su boca todo el río arriba hasta donde alcanzare la medida de la dicha estancia y caballería, según y de la manera que se contiene en el pedimento que de ella hizo el dicho capitán Francisco de Prado, nuestro marido y padre, y conforme la merced que le fue hecha por el Cabildo Justicia y Regimiento de esta dicha ciudad por el año pasado de mil quinientos ochenta y nueve, cuyo testimonio, título le entregamos para que use de su derecho...."

Composición de las estancias de tierra de los anteriores títulos.

Dentro de la copia del Archivo Histórico Nacional a que se viene aludiendo, aparece inserto este documento relativo a la composición de los dos títulos relacionados y otros que poseía Diego Muñoz Mercado. Dice así:

"Composición.— Está compuesta esta estancia que reza este título (el de la merced de Juan García de Herrera) por Diego Muñoz Mercado con otras como consta de los títulos y demás recados que presentó a la dicha composición, de lo cual parece pagó sesenta patacones y dos reales que se le repartieron por todas ellas con que pagó **enteramente todo** lo que le cupo en la dicha composición como consta por recibo y carta de pago de Francisco de Esquivel, procurador general y juez comisario por el Cabildo Justicia y Regimiento para las dichas cobranzas, su fecha en veinte y seis de febrero del año pasado de mil y seiescientos y treinta y seis años, y porque esto conste lo testifico en Tocaima en cinco de enero de mil y seiscientos y treinta y ocho años, y en fé de ello lo signé.—En testimonio de verdad.— Juan Pujol." Subrayado y paréntesis de la Sala).

En la solicitud elevada en 1667 por los herederos de Diego Muñoz Mercado, Guillermo, Felipe y Ambrosio Muñoz Mercado al alcalde ordinario de Tocaima, para que se prosiguiese en el deslinde y amojonamiento de las tierras que fueron de Juan García de Herrera y Francisco de Prado (Folio 11 vuelto a 112 del cuaderno de documentos de "El Santuario"), aparece que la certificación que acaba de transcribirse fue acompañada a la solicitud sobre tal deslinde. Dice así la respectiva constancia: "Presentada con petición de don Diego Guillermo Mercado, ante mí Domingo Alvarez de la Bandeira, alférez mayor y alcalde ordinario de esta ciudad de Tocaima a tres de enero de mil seiscientos y cincuenta y seis años, siendo testigos Juan Lucas Barahona,—Domingo Alvarez de Labandeira".

En la petición aludida dicen los interesados en el deslinde:

"El maestre de Campo Felipe Muñoz Mercado y Ambrosio Muñoz Mercado, en la causa de medida a nuestras tierras que de nuestro pedimento está vuestra merced haciendo en virtud de mandamiento de su Señoría el señor Presidente, decimos que vuestra merced ha ido prosiguiendo con dichas medidas, hasta hoy tiene medido el título proveído al Capitán Prado, que es de una estancia y caballería, y le ha dado vuestra merced a la estancia de ganado mayor sesenta cabuyas de frente, y a la de caballería treinta, que vienen a ser la cuarta parte de una estancia de ganado mayor que es lo que la ordenanza reza, confirmada por su Majestad a cerca de lo cual ha visto diferentes variaciones, entre algunos litigantes que los que tienen estancias caballerías pretenden sean de ganado mayor y estando nosotros a las dichas ordenanzas, aceptamos la dicha medida en la forma y manera que vuestra merced la tiene mandada hacer.... FELIPE MUÑOZ

MERCADO—AMBROSIO MUÑOZ MERCADO — Otrosí presentamos este recibo de las composiciones de nuestras tierras con su Majestad, que mandará vuestra merced poner en los autos, pedimos justicia etc....." AMBROSIO MUÑOZ MERCADO—FELIPE MUÑOZ MERCADO.—**Decreto.**—Por presentado el título y para su medida se citen los interesados o vecinos más cercanos...."

Estas constancias demuestran palmariamente que el derecho de composición obtenido por Diego Muñoz Mercado en 1636, comprendió las tierras que fueron materia de la merced concedida a favor de Francisco de Prado.

Acerca del expresado título de merced el señor Procurador Delegado hace las siguientes observaciones en su alegato de conclusión:

"Como en el caso de autos, los documentos presentados como base del primer presupuesto o título originario del Estado, data de los años de 1588 y 1589, la legislación por aplicar será la comprendida en el primer período 'in fine' o sea, los despachos que sobre tierras fueron otorgados por los diferentes cabildos y los Virreyes.

"De acuerdo con lo anterior, es sin lugar a dudas evidente para el caso controvertido, la aplicación de la Ordenanza de Felipe II expedida en el año de 1563 y cuya vigencia tuvo efecto hasta el año de 1591, fecha en la cual empezaron a regir las Cédulas de El Pardo.

"Respecto de esta ordenanza, puede decirse sin temor a equivocaciones, que fue la primera disposición legal de la Corona Española que consagra ya en forma general un procedimiento unitario por seguir en la adquisición de tierras realengas con la directa intervención de la Corona.

"Su contenido es el siguiente:

'.....Ordenamos que fi se prefentare peticiones pidiendo folares, tierras en ciudad o villa donde refidiere Audiencia nueftra fe haga la prefentación en el Cabildo, y habiéndolo conferido fe nombraren Regidores Diputados que hagan faber al Virrey o Presidente lo que al cabildo pareciere, y vifto por el Virrey o Presidente y Diputados, de fé el defpacho firmado de todos en prefencia del eferibano de Cabildo para que lo afiente en el libro del Cabildo....'

"..e manera, pues, se tiene que el 'modus operandi', en la adquisición de los realengos conforme a la Ordenanza, se limitaba exclusivamente a la consideración en conferencia' o sesión plena por parte del respectivo Cabildo de la petición que sobre tierras hubiese formulado, una vez que el Cabildo hubiese encontrado ajustada a derecho la petición, nombraba dos Regidores Diputados, quienes presentaban al Virrey o Presidente la resolución que se hubiese tomado por parte de éste y que consistía en un despacho que el cabildo debía dirigir a uno de ellos, firmado por todos los miembros del cabildo. Visto por el Virrey o Presidente el despacho en cuestión se ordenaba que fuese protocolizado ante el escribano público y que fuese firmado por todos, es decir, los diputados del cabildo y el Virrey o Presidente, con lo cual quedaba perfeccionado el título para el peticionario.

".....

"Dice el título del Capitán Francisco de Prado, de 1589 que se reunieron el Cabildo de Justicia y Regimiento el 10 de agosto del propio año, don Juan de Sosa alcalde mayor de ella, y don Hernando del Campo, y don Francisco Tafur alguacil mayor de ella y a su vez regidores diputados...' .....Según que lo han de uso y costumbre' y en presencia del Escribano Público don Francisco Ramírez de Hinojosa con el fin de considerar la petición formulada. Hecho el recuento de la alinderación de los títulos de las estancias, el cabildo en esta forma reunido le proveyó las tierras y estancias contenidas en su petición sin perjuicio de terceros y al efecto firmaron los nombrados y se sentó el acta en el libro del Escribano Público.

"Este título otorgado en esta forma, a juicio de esta Procuraduría no se ajustó estrictamente a lo mandado por la Ordenanza comoquiera que el Cabildo se reunió con el Escribano Público y proveyó las tierras sin haber dado el Despacho firmado por los miembros del cabildo al Virrey o Presidente, en este caso entendiéndose por Presidente al señor 'Corregidor y Justicia mayor en el partido de tierra caliente' quien desempeñaba las funciones de gobernador de la provincia".

No está de acuerdo la Sala con esta conclusión del representante de la Nación, por estas breves razones:

Cierto es que del acta de la sesión del Cabildo de Tocaima de fecha 17 de agosto de 1589, durante la cual se concedió la merced de tierras a favor del Capitán Francisco de Prado, no figura entre los miembros de la corporación que intervinieron en ese acto, el Corregidor y Justicia Mayor que debía presidirla, ausencia que se hace notoria al examinar el título de merced expedido por el mismo Cabildo a Juan García de Herrera el 6 de febrero de 1588, en cuya correspondiente acta sí aparece actuando dicho funcionario.

Pero no es menos cierto que en este mismo proceso obran otros títulos de merced concedidos

por la misma entidad, como son las de Bartolomé Rodríguez, en 1577 (folio 39 vuelto del cuaderno de Pruebas); de Francisco de Iñíguez el 12 de abril de 1572 (folio 47 vuelto ibídem), de Juan Díaz Jaramillo (folio 42 ibídem) y a Cristóbal de Buezo para los menores hijos de Francisco Ortiz, Francisco y Juana Ortiz (folio 40 vuelto, ibídem), en las cuales se observa la misma omisión. Y no obstante ser ello así, en la misma pieza procesal aparece que la merced concedida a favor de los nombrados menores, fue confirmada por el licenciado Francisco Briceño, del Consejo de su Majestad, su Presidente, Gobernador y Capitán General en la Real Audiencia, por decreto de fecha 18 de septiembre de 1575. Y habiéndose promovido litigio entre el representante de los menores Ortiz y Juan Díaz Jaramillo, quien se consideraba dueño de las tierras adjudicadas a aquéllos, se dictó con fecha 20 de diciembre de 1575 por la Real Audiencia, nuevo decreto en el cual "confirmaron a la parte de los dichos menores de Francisco Ortiz la dicha estancia que así les fue proveída por el cabildo de la dicha ciudad de Tocaima y confirmada por el señor Presidente sobre que ha sido este pleito atento que no tienen otra estancia de ganado los dichos menores...." (Folio 56 ibídem).

Por donde se ve que la omisión anotada por el señor Procurador Delegado no constituía causal de nulidad del título, ya que de no serlo así, tanto la Real Audiencia como el propio Virrey, en el caso citado, habrían negado la confirmación solicitada.

Pero hay algo más que convence a la Sala, sin el menor resquicio de duda, acerca de la legalidad y eficacia de la merced titulada al Capitán Francisco de Prado: según se ha visto ya, tal título fue materia del requisito de "composición", obtenido por el sucesor del primitivo adjudicatario, Diego Muñoz Mercado, en el año de 1636, de acuerdo con los ordenamientos contenidos en la Real Cédula de El Pardo, de 1º de noviembre de 1591. Esta norma real de la composición de las tierras no solamente era aplicable a quienes estaban poseyendo tierras "sin justo y legítimo título", para que "se las podaya confirmar y darles nuevo título de ellas", sino "a otros cualesquiera que aunque posean algunas de las dichas tierras chacras estanzias con buenos títulos quisieren nueva confirmación dellas....", "con las cláusulas y firmexas que les conviniere sirviéndome por ello con lo que fuere jufto y con ellos consertaredes...

De tal suerte que una vez cumplido el requisito de la composición de un título expedido irregularmente con anterioridad a la Real Cédula de El Pardo, lo cual se lograba mediante el pago de los derechos tasados por los funcionarios encargados de su recaudo, ese título se transformaba en uno legítimo, firme y válido, de acuerdo con las prescripciones de dicha pragmática.

Por lo general, la constancia de composición de un título de tierras, se extendía a continuación del testimonio de él por medio de una certificación de haber pagado el interesado la suma liquidada por tal concepto. En el caso de autos, tal constancia se expidió indicando la fecha en que fue consignada por Diego Muñoz Mercado la cantidad de "sesenta patacones y dos reales", "con que pagó enteramente todo lo que le cupo en la dicha composición...."

Ante la prueba eficaz que hay en los autos de que el título de merced expedido a Francisco de Prado en 1589 por el Cabildo de Tocaima fue objeto de composición con arreglo a la legislación imperante en el año de 1636, o sea la Real Cédula de El Pardo, la Sala forzosamente ha de reconocerle plena validez.

Ocurre sin embargo que al estudiar el aspecto jurídico de la justa prescripción de las tierras mercendiadas al Capitán Francisco de Prado, el señor Procurador, luégo de analizar varios de los documentos aducidos por los demandantes para acreditar los actos de posesión inmemorial que en su sentir generan a su favor ese título, concluye diciendo que efectivamente, esos documentos sí prueban que los terrenos de la expresada adjudicación salieron legalmente del patrimonio del Estado con base en el derecho de la justa prescripción reconocido en las Cédulas Reales y en la legislación republicana.

Como se verá más adelante, cuando la Sala haya de entrar a analizar todos los títulos traídos al proceso, no cabe la menor duda de que los terrenos de la estancia y caballería de Francisco de Prado, fueron poseídos sin interrupción alguna hasta la presente época por particulares, y explotados económicamente. Mas la Sala no ve la necesidad de analizar este punto, no obstante que cuenta con la valiosa colaboración del señor representante de la Nación demandada, porque, como se ha dicho ya, el título de adjudicación del Capitán Prado es por sí solo prueba eficaz para establecer que los terrenos materia de ella salieron válidamente del patrimonio del Estado con anterioridad a 1873.

Mercedes de Bartolomé Rodríguez

En la copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional visible a folios 39 a 83 del cuaderno de pruebas de la demandante Leonor Ferro de Fahud, aparece inserta esta merced, cuyo texto dice así:

"En la ciudad de Tocaima de este Nuevo Reino, a veinte y un días del mes de abril de mil y quinientos y setenta y siete años se juntaron en su cabildo e ayuntamiento los señores justicia y regimiento de esta ciudad, según que lo han de uso y costumbre conviene a saber: los señores Pedro Hernández y Francisco Iñíguez, Alcaldes ordinarios de ella, y Antonio de Portillo y Juan Díaz, regidores de esta ciudad, los cuales ansí juntos trataron y acordaron sobre algunas cosas tocantes al servicio de su Majestad, y dixeron de su justicia. E lo que en este cabildo se trató e acordó e proveyó es lo siguiente:

"Este dicho día estando en este dicho cabildo pareció presente Bartolomé Rodríguez, vecino de esta ciudad y procurador general de ella, y pidió y suplicó a los dichos señores justicia y regimiento les hagan merced de le proveer una estancia ya ganada de la otra banda de el río Grande de la Magdalena, que sea desde donde desemboca el río de la Lagunilla de la sierra de esta parte de el dicho río, corriendo por todo lo llano hasta la falda de la sierra, y visto el dicho pedimento los dichos señores justicia y regimiento dixeron que se lo proveían y proveyeron según y como lo pide, sin perjuicio de tercero alguno y de naturales, y así lo proveyeron.—Y habiéndose tratado y acordado lo susodicho, los dichos señores justicia y regimiento mandaron cerrar su cabildo y lo firmaron de sus nombres.—Pedro Hernández.— Francisco Iñíguez.—Antonio Portillo.—Juan Díaz.—Fuí presente ,Bernardino de Vivero.—E yo Bernardino de Vivero, escribano público y de cabildo de esta ciudad de Tocaima por su Majestad, presente fuí a lo que dicho es y lo signé en testimonio de verdad.—Bernardino de Vivero.— Concuerda con el original a que me remito, y en fé de ello lo signo y firmo.—En testimonio de verdad (hay un signo). — FRANCISCO BELTRAN GUERRERO (rúbrica)".

Más adelante se verá que este título se refiere a una extensión territorial sin relación alguna con los predios materia del presente juicio.

Merced de Francisco de Iñíguez.

De acuerdo con las copias citadas, para la expedición de este título se tuvieron en cuenta estos antecedentes:

"En la ciudad de Tocaima deste Nuevo Reino, doce días del mes de abril de mil y quinientos y setenta y dos años, se juntaron en su cabildo y ayuntamiento los señores justicia e regimiento desta ciudad según que lo han de uso y costumbre, los dichos señores Juan de Camargo, alcalde ordinario por su Majestad y el capitán Hernando de Prado y Gabriel de Vega y Antonio de Céspedes y Francisco Iñíguez y Hernando del Campo, regidores desta ciudad, los cuales se juntaron para tratar algunas cosas tocantes al servicio de su Majestad y bien desta república, y lo que en este cabildo se trató y propuso es lo siguiente:

"En este dicho cabildo se trató por los dichos señores que atento a que Luis de Marta ha despoblado la venta del río de la Lagunilla y por esta causa se ha caído la puente del dicho río, y aunque le ha sido mandado y notificado al dicho Luis de Marta la hiciese y repare dentro de cuatro días, como está obligado, atento a la gran necesidad que dello hay por el peligro que tienen los pasajeros que van a la ciudad de Mariquita, y aunque se le ha notificado y pasado el término que se le dio, no pone en efecto en hacer la dicha puente ni reparar la dicha venta, como está obligado, atento a lo cual para proveer y dar el remedio que para dicho efecto se requiere, dixeron que daban e dieron la tierra y solares que se le proveyó al dicho Luis de Marta para hacer la dicha venta por vaca, para proveer en persona lega, llana y abonada que pueda tener la dicha venta..... En este dicho Cabildo, a pedimento de los dichos señores justicia y regimiento, Juan Díaz, vecino desta ciudad hizo dejación libremente ante los dichos señores de una estancia que él tiene y posee de la otra banda del río grande de la Magdalena que él hubo de Sancho Escobedo.... que está junto al río de la Lagunilla, a la mano derecha del camino real, yendo desta ciudad a la de Mariquita, entre el río de los Bledos y el río de la Lagunilla, la cual dicha dejación hizo para que los dichos señores justicia o regimiento la provean en quien más sean servidos..... Este dicho día, ante los dichos señores justicia e regimiento, estando presente el señor Francisco Iñíguez, regidor desta ciudad, y dixo que por cuanto ha venido a su noticia que la puente del río de la Lagunilla está derribada y la venta que en el dicho río solía estar asimis-

mo despoblada.... por tanto que el dicho señor Francisco Iñiguez de presente se obliga y obligó de hacer en el dicho río de la Lagunilla una puente muy buena de manera que por ella se pueda pasar libre y seguramente.... E luego el dicho día los dichos señores justicia e regimiento lo quel dicho señor Francisco Iñiguez dice y a que se refiere a hacer la dicha puente y venta resulta, dixeron que acetaban y acetaron todo lo que el dicho señor Francisco Iñiguez dice, y para el dicho efecto le proveían y proveyeron la tierra y solares que el presente se ha dado por vaca y que Luis de Marta tenía para la dicha venta, para que el dicho Francisco Iñiguez pueda poner la casa y venta que sea necesario en el dicho río de la Lagunilla..... y así mismo para hacer sementeras y huertas para el bien y sustento de dicha venta, le proveyeron la estancia de que Juan Díaz hoy dicho día ha hecho dejación.... a quien se le proveyó primero, y proveyeron y mandaron que de aquí en adelante ninguna persona pueda poner otra venta desde el paso y canoa del señor Gabriel de Vega hasta el límite y término que esta ciudad tiene con la de Mariquita sino solamente la que al presente se le provee al dicho señor Francisco Iñiguez..... y habiéndose tratado y acordado lo susodicho, los dichos señores mandaron cerrar su cabildo y lo firmaron de sus nombres.—Juan de Camargo.—Hernando de Prado.—Francisco Iñiguez.—Antonio de Céspedes.—Hernando del Campo.—Gabriel de Vega.—Fuí presente, Bernardino de Vivero. —E yo Bernardino de Vivero, escribano público y del cabildo desta ciudad de Tocaima por su Majestad, presente fuí a lo que dicho es, lo cual yo saqué y escribí y saqué del libro del cabildo desta cibdad, que está en mi poder, y lo signé en testimonio de verdad.—Bernardino de Vivero".

Este título, según se anotó, figura entre los aducidos al litigio surgido entre el representante de los menores Francisco y Juana Ortiz de una parte y Juan Díaz Jaramillo, de la otra.

Merced de Gaspar Mena Loyola.

Al folio 75 y siguientes del cuaderno de pruebas, y dentro de la copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, de que se ha venido haciendo referencia, se encuentra esta merced, cuyo texto dice así:

"Don Juan Fernández de Córdoba y Coalla, Caballero de la Orden de Santiago, Marqués de Miranda de Auta, Presidente, Gobernador y Capitán General deste Nuevo Reino etc.—Por cuanto ante mí se presentó la petición siguiente:—El Gobernador don Gaspar de Mena Loyola, digo: Que he tenido y poseído más de cuarenta años una estancia de ganado mayor en tierras de la Sabandija, desta parte del río Grande de la Magdalena, linde con estancia de doña Leonor de Ospina, y por las espaldas con estancias que fue de doña Juana de Bohórquez, la cual hube de Francisco Ortiz Bueno, y porque los títulos no parecen y demás papeles tocantes a ella y se me pueden originar pleitos, y para obviarlos se ha de servir vuestra excelencia de mandar despachar título de la dicha estancia de ganado mayor, pues cuando no tuviera los dichos títulos me bastaba la posesión dellas de cuarenta años en que he estado, sin contradicción alguna y porque he servido a su Majestad con mi hacienda y canoas en la guerra de los sararés y en la de los pijaos..... y porque pueda gozarse la dicha estancia con más legítimo título por Pedro Bernárdes Cabrejo, que al presente la tiene por la haber yo dado a mi yerno don Juan de Villacía y él haberla vendido al dicho Pedro Bernárdez Cabrejo, por todo lo cual, a vuestra excelencia pido y suplico mande despachar al dicho Pedro Bernárdez Cabrejo título de la dicha estancia...." Don Gaspar de Mena Loyola.—Y vista, mandé se diese información sobre lo referido en la dicha petición, a quien se cometió. Y que fecho, se trajese; y el dicho gobernador don Gaspar de Mena Loyola dio la información siguiente: (aquí la información de testigos presentada, y el certificado sobre pago de los derechos de media anata de la merced sobre una estancia de ganado mayor, fechada el 8 de abril de 1625). Y en conformidad, mando a las justicias desta ciudad den y hagan dar la posesión jurídica de la dicha estancia al dicho Pedro Bernárdez Cabrejo y en ella le amparen y defiendan y no consientan sea despojado sin primero ser oído para la cámara de su Majestad. Fecho en la ciudad de Mariquita, a doce de abril de mil y seiscientos y cincuenta y dos años.—El Marqués de Miranda.—Por mandato del señor Presidente, Gobernador y Capitán General, don Juan Flórez de Ocariz.—DON JUAN FLOREZ DE OCARIZ (Rúbrica)".

De acuerdo con la información de testigos presentada por el peticionario don Gaspar de Mena Loyola, las tierras a que se refiere el título anterior se denominaban "La Laguna", y se hallaban alindadas así:

"Desta banda del río grande de la Magdalena, en un sitio que llaman Chapaima y la boca vieja de La Lagunilla, lindando por la parte de arriba

del río con estancia de Ambrosio Muñoz Mercado, y por la parte de arriba de la sierra con doña Juana de Bohórquez, y por la parte de abajo con doña Leonor de Caicedo, viuda de Domingo Márquez....."

Todos los títulos hasta aquí mencionados, han sido allegados a los autos en copias auténticas expedidas, como se ha dicho, por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, por lo cual la Sala ha de reconocerles suficiente mérito probatorio.

IDENTIFICACION DE LOS TERRENOS

Globo de la propuesta número 564.

A petición de la parte demandante se practicó dentro del término probatorio una inspección ocular en asocio de peritos ingenieros, con el objeto de hacer el reconocimiento de la zona territorial materia de la Propuesta número 564 a que las demandas se refieren, e identificar tanto los predios que cada uno de los actores pretende sean excluídos de aquélla, como los que fueron materia de las adjudicaciones durante el remoto régimen colonial.

La inspección ocular se llevó a efecto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, comisionado por esta Sala. El acta respectiva, visible a folios 94 a 99 bis del cuaderno de pruebas número 3, lleva fecha del 19 de agosto de 1957.

De acuerdo con esta pieza procesal, en la diligencia se hizo sin dificultad la localización de los puntos vértices que demarcan el globo de la Propuesta número 564 de la Mesa Verde Petroleum Company. Dice así el acta sobre el particular:

"En tal forma constituído el personal de la diligencia, la Sala Civil del Tribunal después de ilustrar debidamente a los señores peritos sobre los puntos que son materia de las inspecciones oculares, procedió con éstos a determinar o localizar sobre el terreno los linderos de la Propuesta número 564 de Mesa Verde Petroleum Company, la cual abarca tierras ubicadas en jurisdicción de los municipios de Ambalema, Lérida y Armero. En efecto, se situó en el punto arcifinio estable e inequívoco constituído por el centro del estribo derecho del puente sobre el río Lagunilla en la carretera del Líbano a Armero, punto que corresponde al vértice A marcado en el plano de la propuesta y que es punto de partida de la alinderación; del punto A anterior se siguió con rumbo de 90º al punto B del plano; de éste, con el rumbo norte al punto C, y de éste, con el rumbo oeste al punto D, situado en el borde oriental de la carretera que de Armero conduce a Guayabal. Las líneas trazadas entre tales puntos o vértices y cuyos rumbos fueron determinados por los señores peritos, demarcan una superficie que aproximadamente corresponde a la población actual de Armero, la cual queda por fuera de los linderos de la propuesta; se siguió luégo por el borde oriental de la carretera a partir del punto D marcado en el plano de la propuesta, que de Armero conduce a Guayabal, hasta otro punto o vértice situado más allá de la granja agrícola experimental de Armero, el cual corresponde al punto E marcado en el plano de la propuesta; del vértice E en línea recta hasta llegar al nacimiento de la quebrada de Limonal, que corresponde al punto F marcado en el plano. Entre el punto E y el punto F existe una cadena de cerros o farallones que, naciendo a inmediaciones del río Sabandija se extiende en dirección oriental, por los cuales desciende la quebrada El Limonal citada de aquí el curso de la quebrada El Limonal desde su nacimiento, hasta su confluencia con la quebrada La Jabonera que corresponde al punto G marcado en el plano; de este vértice una línea recta imaginaria, hasta la margen izquierda del río Magdalena, que corresponde al punto H marcado en el plano; de aquí por la margen izquierda u occidental del río Magdalena hasta la desembocadura en éste del río Lagunilla por su curso actual, que corresponde al punto J marcado en el plano; de aquí por el cauce del río Lagunilla aguas arriba hasta la desembocadura en él de la quebrada de Las Palmas, que corresponde al punto L marcado en el plano, quedando sobre la misma margen del río Lagunilla, e intermedio otro vértice marcado en el plano con la letra K; por el cauce de la quebrada de Las Palmas aguas arriba hasta dar con el punto M marcado en el plano; de aquí en línea recta a la carretera que conduce de Lérida a Venadillo, por cuyo borde oriental va el lindero a la localidad de Lérida hasta el punto O marcado en el plano, quedando intermedio el vértice marcado en el plano con la letra N; de este punto al punto P del plano; del punto P. al punto Q del mismo plano al borde de la carretera, al norte de la población de Lérida, carretera que conduce a Armero; del punto Q en línea recta al punto R marcado en el plano; de este vértice al sur en línea recta al punto S; del punto S al suroeste hasta llegar al punto T en la quebrada de El Sitio; de este punto aguas abajo por la quebrada de El Sitio hasta llegar al punto U sobre la misma quebrada de este punto se sigue

al punto V situado en la unión de la quebrada El Sitio con la de doña María, siguiendo el lindero sur de Peña Negra; de este punto se sigue por la margen izquierda de la quebrada doña María hasta llegar a la confluencia de esta quebrada con el Río Bledo, punto X del plano; de este punto se sigue por la margen izquierda del río Bledo hasta su confluencia con el río Lagunilla actual, marcado en el plano con la letra Y; dicho río Lagunilla aguas arriba hasta el punto Z situado en la margen izquierda del mismo río, en el lindero norte de la hacienda de Bledonia; de aquí una línea recta al oeste hasta otro punto situado sobre la carretera Lérida a Armero, marcado en el plano con la letra W; y de aquí por la carretera Lérida a Armero hasta encontrar el lindero A punto de partida".

Lograda en esta forma la localización del territorio de la Propuesta número 564, el personal inspector continuó la diligencia en orden a identificar cada una de las fincas de los demandantes, así:

"EL DORMILON" (demanda de Cecilia Salazár de Mejía). Este predio fue identificado mediante el recorrido de los linderos indicados en la demanda, linderos que ya fueron transcritos al principio de este fallo.

"BUENAVISTA DE CAICEDO" (demanda de Aurelio Mejía R.). Como el anterior, este predio fue reconocido por el personal inspector de acuerdo con el alindamiento señalado por el actor, que es el mismo que trae la escritura de propiedad citada por el mismo demandante.

"EL SANTUARIO" (demanda de la familia Vaughan). Todo el alindamientoo de este predio fue reconocido por el personal de la diligencia, siguiendo la demarcación de la demanda y de la escritura de propiedad respectiva. De igual modo se hizo el reconocimiento de los linderos que demarcan los lotes vendidos por los herederos Vaughan a Félix Salazar J., a José María Gómez, (llamado "El Danubio"); el vendido por los mismos herederos a José María Gómez llamado "Casa del Danubio", y finalmente el lote denominado Rastrojos transferido por los mismos herederos a Ernesto Ferro. Estos lotes han sido expresamente excluídos de la demanda, por cuanto en las ventas respectivas no se hizo reserva del subsuelo petrolífero.

"HACIENDA SANTAREM" (demanda de Leonor Ferro de Fahud). Estos terrenos fueron identificados en igual forma, esto es, mediante el reconocimiento de los linderos enunciados tanto en la demanda como en el título de propiedad aducido por la actora.

Por último, el personal de la diligencia procedió a identificar los globos de terreno a que se refieren los títulos emanados del Estado citados por los actores, a saber, los mercendiados por el Cabildo de Tocaima a Juan García de Herrera, Francisco de Prado, Bartolomé Rodríguez, Francisco Iñiguez y Gaspar de Mena Loyola.

Conviene a la precisión de este fallo hacer transcripción de los apartes pertinentes del acta de la inspección ocular en relación con este particular:

"A) El curso conocido en la región como cauce antiguo del río Lagunilla, que desciende de la Serranía occidental, llega al llano y pasa a inmediaciones y por detrás de un cerro que queda aislado en la llanura y situado entre dicho cauce antiguo y el cauce del río Bledo o de los Bledos. El cauce conocido como antiguo del río Lagunilla sigue su curso de para abajo hasta llegar a la margen izquierda del río Magdalena, en donde es generalmente conocido con el nombre de 'Mojabobos'. El cauce conocido como antiguo del río Lagunilla fue taponado por medio de un dique al descender de la serranía central, dique que impide que las aguas de dicho río corran por aquel cauce. El dique está situado hácia un lado del edificio "COGRA" de Armero y fue observado plenamente por el personal de la diligencia. Dicho cauce en su curso hacia el río Magdalena pasa cerca de la cadena de farallones que desde la cordillera central avanzan hacia el mismo río Magdalena, y también, como ya se expresó, a inmediaciones del cerro de 'Corral Falso', en tanto que el actual cauce del río Lagunilla se abre, a partir del dique o tambre de que ya se habló y que lo separa del otro cauce, en dirección suroriental, alejándose cada vez más de los farallones y del cerro mencionado, de los cuales pasa a bastante distancia, hasta encontrarse con el río Bledo o de Los Bledos, cuyo cauce conjunto llega hasta su desembocadura en el río Magdalena con el nombre de río Lagunilla actual, cerca de Ambalema, un poco abajo del puente que para el paso del ferrocarril que va a La Dorada atraviesa el citado río Lagunilla. En este estado el doctor Mario Escobar Mejía, apoderado de varios demandantes, hizo referencia al hecho de que existen diversos documentos coloniales que obran en el expediente que establecen la incorporación del río Lagunilla actual al Bledo o de los Bledos y que entre otros documentos de los mencionados

están los siguientes: 1º—La escritura de venta hecha en el año de 1634 por Martín de Herrera Esquivel a favor de Diego Muñoz Mercado; 2º—La transacción hecha en 1703 entre el capitán Vicente Osorio Nieto de Paz y los hermanos Felipe y Tomás Muñoz Mercado, y 3º— El testamento hecho en 1714 por Juana Muñoz Mercado. —B) Se señaló un sitio donde según los peritos de la diligencia probablemente se inició la mensura colonial en el cauce antiguo del río Lagunilla, frente al cerro denominado hoy 'Corral Falso' de la merced hecha en el Cabildo de Tocaima el seis de febrero de mil quinientos ochenta y ocho a favor de Juan García Herrera. Se señaló igualmente que enfrentado al cerro de 'Corral Falso' de norte a sur y pasando el curso del río Lagunilla actual, después de una extensión de terreno cultivada hoy de algodón y pastos artificiales, existe una depresión o concavidad bordeada por pequeñas serranías, la cual está cultivada de pasto 'pará' y en donde también existen otras plantas acuáticas, las cuales revelan que en otro tiempo existió allí una laguna, lo cual se confirma aún más por el hecho de existir hoy una acequia o zanja que partiendo del centro de dicho sitio le sirve de desagüe, la cual acequia o zanja desemboca en el río Lagunilla.—C) Un poco más abajo de la desembocadura de la quebrada de 'Las Palmas' en el río Lagunilla actual, fueron observadas a una y otra margen de éste dos playas que dan acceso fácil para el tránsito entre una y otra orilla. Pudo observar el personal de la diligencia en este sitio, que de haber existido en la antigüedad, como lo refieren algunos títulos, un camino que de Tocaima conduce a Mariquita, el vado de los transeúntes en el río Lagunilla, pudo hacerse por dicho sitio porque en la actualidad en una y otra margen del río y en largo trayecto se observan peñas o barrancas a consecuencia de las erosiones causadas por el río, que de haber existido en épocas anteriores impedirían el paso de una margen a otra. Las playas a que se hace referencia enfrentan con otras lomas conocidas con el nombre de 'Palmichal' y 'Macute', a que aluden los títulos del juicio.—D) Se localizó la desembocadura del río Sabandija en la margen izquierda del río Magdalena a inmediaciones del caserío del Corregimiento de Méndez, perteneciente al Municipio de Armero. También el curso del río Sabandija aguas arriba y las quebradas denominadas 'Zamba' y 'Cetare' que desembocan en dicho río, la primera en los terrenos de la hacienda denominada 'Maracaibo' que colinda con la hacienda 'El Santuario', y la segunda, abajo del caserío denominado Guayabal, también de la jurisdicción municipal de Armero. También se identificó la unión de las quebradas 'Robledo' y 'Cimarrona', y más abajo, la boca del monte de la quebrada 'Cimarrona' que queda más o menos frente a la desembocadura de la quebrada 'Papayal' en la 'Cimarrona'. De un montículo situado en las inmediaciones de este punto se observó aproximadamente al occidente un cerro cónico en forma de "TETA", siendo este cerro el único que se descubre con esa forma entre los de la región. Dentro de estos puntos, se encuentra el cerro llamado 'Lomas de Chapaima', que al parecer le dieron el nombre a un sector de esa región. El recorrido y localización de todos los linderos y puntos mencionados en esta diligencia se hizo en vehículos automotores, a caballo y a pie, desde puntos estratégicos....—CONCLUSIONES:—Se pudo constatar que los predios antes alinderados y llamados 'Dormilón', 'Santarem', antiguamente 'Rastrojos', 'Caicedo' y 'Santuario' quedan comprendidos dentro de los límites de la propuesta de exploración de terrenos petrolíferos de la Mesa Verde Petroleum Company, con excepción de una pequeña porción de la hacienda de 'El Santuario' que queda en la parte Norte de dicho fundo, contra el río Magdalena en la boca de la quebrada de 'Astilleros' punto B del plano de la propuesta, hasta dar a un punto un poco abajo de la desembocadura de la quebrada de 'Buenos Aires' en el mismo río Magdalena, y de ahí hacia el occidente por los límites de dicho fundo por la cordillera o cuchila de 'Camiseta' hasta el cerro de 'La Florida', y de ahí hacia el norte hasta el lindero de 'Santuario' en la cordillera de 'Las Cruces', y de ahí hasta el punto donde la línea de la propuesta comprendida entre las letras G y H del plano se corta el lindero de 'Santuario', y por esta línea abajo hasta el primer punto citado. Los peritos determinarán en el plano o croquis que elaboren la localización y cabida de esta porción de terreno".

DICTAMEN PERICIAL

En concordancia con las comprobaciones hechas en el curso de la inspección ocular, y con base en el plano de la Propuesta número 546 de la Mesa Verde Petroleum Company y del Instituto Geográfico, los señores peritos conceptúan en primer lugar que el globo materia de dicha propuesta fue identificado de manera completa por sus linderos, constituídos por accidentes del te-

rreno, conectados por algunos lineamientos rectos, que corresponden a los rumbos y longitudes indicados en la alindación respectiva.

Con fundamento en esta localización sobre el propio terreno, los peritos trazaron sobre una copia de la Carta Geográfica de la región, elaborada por el Instituto Geográfico Militar y Catastral, los referidos linderos, no sin haber observado alguna discrepancia 'entre el trazo ejecutado por medio de los rumbos y longitudes dados para los alineamientos (línea en rojo discontinuo), y el trazo hecho con sujeción a los elementos arcifinios —trayectos de ríos y carreteras— fijados en la alinderación (línea rojo continua). Esta discrepancia que se debe a la diferente representación de algunos accidentes topográficos en el mapa de la propuesta y en la carta del Instituto, no interfiere afortunadamente en nada la solución de lo que se pregunta".

A continuación los expertos se refieren a la identificación individual de cada uno de los predios objeto de las declaraciones solicitadas en las demandas, y dicen al respecto:

"Hacienda El Dormilón.— Este predio o inmueble, de unas 850 hectáreas de extensión superficiaria, está enclavado entre el curso actual del río Lagunilla, que le sirve de límite sur, en un sector que se inicia a unos dos kilómetros abajo de su unión con el río Bledos, y la parte alta de una serie de peñas o lomas denominadas Macute, Santomás o Palmichal situadas al norte de la carretera Cambao-Armero, que describen una suerte de arco desde su extremo oriental —cercano al Lagunilla— hasta su extremo occidental más alejado de éste que lo constituye el cerro llamado Corral Falso. Este cerro que es uno de los elementos topográficos más destacados en el terreno y señala el término occidental de la propiedad El Dormilón, con una línea aproximadamente N-S que lo une con el Lagunilla, está situado como lo muestra el plano del Instituto Geográfico y se verificó en el terreno apreciablemente al oriente del lindero occidental de la propuesta' y a gran distancia al sur del lindero norte de la misma, lo que indica que esos linderos envuelven completamente la mencionada propiedad. En el plano hemos trazado con línea color verde los linderos del globo de la hacienda El Dormilón tal como se identificaron en el terreno y se describen en la respectiva demanda, y esa demarcación gráfica muestra de manera muy clara, que el predio de la hacienda El Dormilón se halla íntegramente comprendido dentro del globo de terreno a que se refiere la propuesta número 564 formulada por la "Mesa Verde Petroleum Company...".

Respecto a la hacienda 'El Santuario', conceptúan:

"Los terrenos de esta hacienda de casi 10.000 hectáreas de extensión —deducidos los lotes excluídos en la demanda están delimitados en líneas generales al oriente por el curso del Magdalena desde el paso de Cambao hacia abajo hasta el pie de la cuchilla de Camiseta; trayecto que en su mayor parte es también límite de la propuesta; por el sur primero por la zanja del Pajoso y luégo por la carretera de Cambao-Armero (que están al norte del río Lagunilla lindero sur de la propuesta) hasta su entrada en la contigua hacienda El Dormilón, y luégo por el lindero común de las dos haciendas hasta el cerro de Corral Falso; por el occidente el lindero lo constituye una recta que va de Corral Falso, aproximadamente hacia el norte hasta encontrar el filo del farallón denominado Peñas Blancas, y luégo siguiendo este filo al occidente hasta el denominado Cerro Gordo que queda bastante al oriente de la población de Armero, por cuyas cercanías pasa el lindero occidental de la propuesta; por el norte el lindero de la hacienda está señalado en orden por el curso de las Qdas. Rincón Grande, Robledos y Cimarrona, que corren hacia el río Mojabobos, bastante al sur de la Qda. Limonal, la cual señala la dirección general del lindero norte de la propuesta. Como se ve hasta aquí, los linderos de la hacienda corren claramente por dentro de los linderos de la propuesta.

"El lindero norte de la hacienda sigue luégo hacia el N.E. por el peñón de Suárez, al filo de Chapaima o cordillera de Río Grande para volver por la cuchilla de la Camiseta, que es una estribación de la de Chapaima hacia el S-E a dar al río Magdalena cerca a la desembocadura de la Qda. Buenos Aires, punto situado abajo (al E) de la boca de la Qda. El Astillero, término norte-oriental del lindero de la propuesta; lo que indica que los dos linderos se cortan en este trayecto dejando por fuera del área de la propuesta una pequeña porción del extremo noroeste de la hacienda".

Los linderos de esta porción no afectada por los límites de la propuesta 564, son determinados por los peritos así: "Partiendo de la boca de la quebrada El Astillero en el río Magdalena, se sigue en línea recta con rumbo verdadero de N. 57º 23' en extensión de 4.750 metros a dar a un punto marcado (1) sobre la cordillera de

Chapaima o Río Grande ,de aquí siguiendo aproximadamente hacia el E-S hasta encontrar el mojón de la hacienda situado sobre el filo de Chapaima; por este filo que también toma el nombre de cordillera de Las Cruces, en dirección aproximada al N-E, hasta la cúspide del cerrito más alto de la Cordillera de Camiseta, denominado Florida; por la cima de la Cordillera de Camiseta en dirección suroeste bajando hasta una cerca de alambre, la que se sigue bajando hasta encontrar una cerca de talanquera; por esta cerca hacia el sur en extensión de unos 300 metros; y de aquí por una cerca en que sigue aproximadamente al S.E. hasta dar a la orilla izquierda del río Magdalena frente al puerto de Chaguaní; y de aquí por la orilla del río aguas arriba a dar a la desembocadura de la quebrada El Astillero, punto de partida".

En cuanto al predio "Santarem" (antiguamente Rastrojos), conceptúan los expertos:

"Este predio que hizo parte anteriormente de la hacienda 'El Santuario' y tiene unas 300 hectáreas de cabida, está situado a unas 1.000 metros al oriente de El Dormilón, entre la carretera de Cambao-Armero y el curso del río Lagunilla, en el trayecto que va unido con el de los Bledos. Se halla encerrado con cercas de alambre y dividido en potreros cuyos nombres ayudaron a la identificación efectuada durante la inspección ocular, en acuerdo con los linderos expresados en la demanda respectiva".

Este predio, según el dictamen en referencia, está íntegramente encerrado por los linderos de la propuesta 564.

Finalmente, en relación con la identificación de la finca "Buenavista de Caicedo", se expresan los peritos así:

"El predio o hacienda que fue identificado con este nombre se halla ubicado contra la orilla izquierda del río Magdalena desde muy cerca al paso de Cambao hacia arriba hasta la boca de la quebrada Tinajas, que queda abajo de la boca del Lagunilla. Por el norte linda con la hacienda del Santuario y por el occidente se extiende hasta el filo de la cuchilla de Buenavista, que corre de sur a norte a no mucha distancia del Magdalena". Este predio, como el anterior, según el concepto pericial, queda comprendido en toda su superficie por el globo de la propuesta 564.

Los peritos ilustran sus anteriores apreciaciones por medio de líneas anchuradas de distintos colores sobre el plano que acompañaron a su dictamen.

Identificación de las adjudicaciones coloniales.

Tierras de la merced de Juan García de Herrera.

Al conceptuar los señores peritos sobre la localización y determinación de los linderos de las mercedes de tierras invocadas por los actores como título emanado del Estado, comienzan por reproducir las alindaciones de cada una de ellas, cuyos términos ya se conocen.

Para fundamentar su concepto sobre la identificación de las dos mercedes llamadas de Juan García de Herrera y de Francisco de Prado, los expertos, con base en datos que hallaron en documentos de antigua data y en las observaciones directas que hicieron en el curso de la inspección ocular, registran como un hecho incontrovertible el de que el río Lagunilla, años después de haber sido hechas las referidas adjudicaciones, varió su cauce, incorporándose al río de los Bledos, haciendo de éste su afluente hasta rendir sus aguas en el río Magdalena. El cauce abandonado es el que se conoce hoy como Río Lagunilla Viejo, por el cual desemboca al Magdalena la quebrada denominada actualmente Mojabobos. De tal suerte que, afirman en la época de las adjudicaciones en referencia, tanto el río Lagunilla como el río de los Bledos tenían cada cual su desagüe independiente en el río Magdalena y a considerable distancia el uno del otro.

En efecto, dicen los peritos sobre este particular:

"Actualmente el río Lagunilla, que desciende de la cordillera central, en su tramo final cordillerano corre en dirección aproximadamente de occidente a oriente; al entrar al plano del Valle del Magdalena, frente a la población de Armero, tuerce hacia el suroeste y a unos diez kilómetros en esta dirección va a reunirse con el río de los Bledos. Unidos los dos ríos siguen con el nombre de Lagunilla actual hacia el oriente más o menos a desembocar en el Magdalena casi a la mitad del trayecto entre Ambalema y Cambao.

"Pero en los documentos de antigua data que figuran en el expediente se encuentran referencias y constancias claras y precisas, las cuales unidas a marcas, rastros y señales naturales que hoy pueden observarse y apreciarse en el propio terreno, y los peritos verificaron, permiten deducir con muy razonable certidumbre que hacia el final de la penúltima década del siglo XVI, el río de la Lagunilla no se unía con el de los Bledos, sino que era una corriente independiente de éste en todo su recorrido, que prosiguiendo el

curso que trae actualmente de la sierra occidental continuaba aproximadamente hacia el oriente por el cauce marcado en el plano del Instituto Geográfico como Río Viejo, y pasando por cerca del extremo norte del Cerro de Corral Falso iba a desembocar en el Magdalena en el sitio que hoy aparece la quebrada de Mojabobos, situado bastante al norte del paso de Cambao".

Con esta observación muy importante, los peritos continúan:

"En efecto: en la expresión de los linderos que en 1588 se dio para determinar la estancia concedida al señor Juan García de Herrera se habla de 'unos cerros altos que están en medio de un río y el otro', —Bledos y Lagunilla— junto al Lagunilla, y en el área que encierran actualmente los dos ríos dentro del plano del Magdalena no hay cerro alguno; en cambio entre el que hoy se llama Río Viejo y el Bledos sí existen los referidos cerros de Corral Falso Santomás o Palmichal. En la alinderación de la merced que se otorgó en el año de 1589 a Francisco de Prado se encierran los terrenos de la merced por un costado por el río de los Bledos, por otro costado por el río de la Lagunilla, por otro por el río Magdalena entre las bocas de los 2 ríos anteriores, y por el cuarto por una línea que los unía; así pues los ríos de los Bledos y Lagunilla desembocaban los dos en el Magdalena pero separadamente y a apreciable distancia una boca de otra".

"Y en diciembre de 1634, en la venta que de la estancia concedida a Juan García de Herrera hizo su hijo Martín de Herrera Esquivel, a favor de Diego Muñoz Mercado se hace referencia al río Lagunilla como el de 'Lagunilla Vieja' y en las diligencias de inspección ocular (vista de ojos) que para practicar la mensura de esta misma estancia se efectuaron en 1667 se dice: 'y habiéndome puesto los testigos a orillas de un río seco que dijeron ser la Lagunilla vieja y otro pequeño que dijeron ser de los Bledos, y un cerro que hace alto en el llano, entre los dichos dos ríos, que no se ve otro, dijeron que los ríos y cerro que me han señalado son los linderos contenidos en el título'. En el propio terreno se ve que indudablemente este cerro no puede ser otro que el mencionado de Corral Falso.

"En el convenio celebrado en el año de 1703 entre don Vicente Osorio Nieto de Paz, sucesor en la propiedad de la estancia concedida a Juan García de Herrera, y Felipe y Tomás Muñoz Mercado, quienes sucedieron en la propiedad de los terrenos de la merced de don Francisco de Prado, se hace diferenciación entre 'los ríos Lagunilla antiguo y el de los Bledos, que está hoy incorporado con el Lagunilla' y se declara que el camino real pasaba el río de los Bledos 'por la playa que llaman del Queso que es poco más abajo de la boca de la quebrada de Las Palmas y de allí proseguía por la falda del cerro que llaman Maquiete a dar al río Lagunilla que se pasaba entonces por el puente que llaman Inigis'. Esto demuestra que el antiguo Lagunilla corría al norte del curso que hoy tiene la corriente unida Bledos-Lagunilla, en la cual desemboca la quebrada de Las Palmas, y al norte del cerro Macute que es el mismo que termina en el pico de Corral Falso. Y por último entre varias otras referencias al río Lagunilla viejo o antiguo, que se encuentran en los documentos del expediente se pueden citar las del informativo oficial levantado a petición de don Juan de Arciniegas Rangel en el año de 1709, en el cual algunos declarantes se referían a dicha corriente nombrándola en su trayecto final, Qda. de Mojabobos".

Los peritos consignan sus observaciones que en forma directa hicieron durante la inspección judicial sobre las características que hoy ofrece el antiguo cauce del río Lagunilla, así:

"En el propio paraje en donde el río Lagunilla al abandonar el cañón por donde baja de la serranía occidental entra al plano del valle del Magdalena y tuerce hacia el S-E., se desprende un cauce inicialmente seco, pero que poco abajo recibe aguas derivadas del mismo río para el regadío y que con el nombre de Acequia Grande primero y Río Viejo después se dirige al oriente más o menos paralelamente al Ferrocarril de La Dorada, por su lado sur. Este cauce posa por el extremo de una estribación norte del cerro de Corral Falso a través de una brecha o garganta labrada en ella, a la cual posiblemente se refiere la escritura de la venta hecha en 1634 por Martín de Herrera Esquivel de la estancia concedida a Juan García de Herrera cuando dice: 'y el cerro le partió el río de la Lagunilla Vieja'. El fenómeno erosional en este cerro pudo facilitarse por razón de su constitución geológica que como la de todos los demás cerros que se levantan en ese sector del valle del Magdalena está formado por los depósitos túficos prácticamente horizontales de la formación de 'Mesa de tobas volcánicas' de Hettner.

"El referido cauce continúa hacia el oriente entre los cerros o farallones de Santomás o Palmichal al sur y los de Peñas Blancas y Cerro Pintado al norte, recibiendo los afluentes que bajan de ellos; pasa por cerca del caserío del Santuario y

más adelante se reúne con la quebrada de Mojabobos, que viene del norte. Con este nombre continúa hacia el Magdalena y desemboca en éste a unos 6 kilómetros abajo del puente de Cambao.

"En toda esta trayectoria el río sigue en general, en curso más o menos serpenteado, la línea de mayor pendiente del plano del Valle del Magdalena y auncuando en varios sectores presenta un cauce rellenado o reducido en su sección y de lecho un tanto levantado por efecto de una sedimentación secular, en otros como en el inicial frente a Armero, y más abajo en el cruce del camino de Macute y a la entrada de la finca de San Jorge, conserva una sección amplia relativamente profunda de fondo arenoso y cabida similar a la del actual Lagunilla.

"A lo largo de este cauce y en ambos lados se pueden observar en zonas marginales más o menos anchas, sedimentos de carácter aluvial, a la salida de la cordillera, y en las vecindades del propio canal, y que se va tornando más fino hasta limos y lodos en el sector bajo del curso y en las áreas laterales más alejadas de éste. La presencia de esta clase de depósitos a lo largo y a los lados del referido cauce y que en algunos sitios se puede observar repetidos y superpuestos, indica que en los tiempos remotos en que se depositaron actuó por allí una importante corriente fluvial que en sus periódicas avenidas arrastró el material desprendido por erosión de la cordillera central y al rebasar el canal normal de escurrimiento lo espació por la llanura y lo abandonó en sus flancos inundados formando verdaderas planicies aluviales.

"Naturalmente la mayor parte de la carga y en especial a la de mayor tamaño y peso que traía al río en sus grandes avenidas por efecto del cambio repentino en la pendiente y consecuencial decrecimiento en la velocidad de la corriente, quedó depositado y se fue acumulando en la propia entrada o desembocadura de la sierra a la llanura, formándose así en la dirección del antiguo cauce un típico semicono tendido o más bien abanico aluvial, bien perceptible actualmente, y que se halla jalonado por una serie de piedras redondeadas o cantos redondos de tamaño hasta de algunos metros cúbicos que afloran a la superficie.

"La gradual acumulación de este material aluvial en la boca de salida del río Lagunilla constituyó un obstáculo para la libre evacuación de las aguas, lo que obligó al río a buscar y abrir un nuevo cauce que encontró por el borde meridional del abanico aluvial, tanto por la posición del macizo principal de éste, que está cargado al E., como también quizá por hallarse cercano el cauce de un afluente del río Bledos, por el cual estableció su curso normal de unión con dicho río.

"No obstante como el macizo del abanico aluvial, por la naturaleza del material que lo compone no es ni puede ser suficientemente consolidado, resulta fácilmente erosionable y ello explica que en ocasiones en que ocurren extraordinarias avenidas que imprimen muy considerable fuerza a la corriente, el río rompa el macizo abriendo de nuevo su antiguo cauce, y derramando por éste por lo menos gran parte de sus aguas. De la más reciente de estas ocasionales irrupciones del río por su antiguo cauce —la sucedida en el año de 1950— dan general testimonio los actuales habitantes de la comarca, y la corrobora la obra artificial de taponamiento que fue preciso construír en el sitio de rompimiento, la que se reconoció en la inspección ocular. Y de otras anteriores da cuenta el historiador don Ramón Guerra Azuola en su escrito intitulado 'El Río Lagunilla', en el cual relata la fuerte creciente ocurrida en febrero de 1845 en la que 'el llano se vio inundado repentinamente por una enorme corriente de barro que arrastraba piedras, pedazos de rocas y corpulentos árboles...' Informa él que por medio de excavaciones profundas practicadas en la zona de inundación se dedujo que según los sedimentos encontrados, antes de esta última ocurrió por lo menos otra de proporciones análogas y agrega que el Lagunilla 'en las grandes avenidas toma indistintamente ese cauce (Río Viejo) al parecer abandonado, o el que recorre en épocas normales...'"

Luégo de establecer estas bases, los expertos entran de lleno a conceptuar sobre la delimitación de las mercedes de tierras alegadas, y al respecto exponen:

"Según los linderos de la estancia y caballería concedida a Francisco de Prado, las tierras de esta merced estaban situados contra la orilla izquierda del río Magdalena y se extendían desde ella entre los ríos de los Bledos de un lado, hasta el camino real (poco abajo de la boca de la quebrad de Las Palmas), y el de La Lagunilla del otro lado, aguas arriba de estos ríos 'hasta donde alcance la medida de la estancia y la caballería'. Los linderos de la estancia de ganado mayor concedida a Juan García de Herrera, la sitúan también entre los mismos ríos Lagunilla y el de los Bledos, pero por las corrientes de éstos hacia el Magdalena 'desde unos cerros altos que están en medio de un río y el otro, junto al río de la Lagunilla....' Estos cerros existen en el terreno con los nombres actuales de Corral Falso Santomás o

Palmichal y pudieron ser indubitablemente identificados en la inspección ocular, por responder con exactitud a las varias referencias que de ellos se encuentran en los documentos de origen antiguo. Así, pues, los globos de tierras de una y otra merced, tendían a reunirse entre sí; y efectivamente según el detalle de las mensuras practicadas en 1667 para mojonar la estancia de don Juan García de Herrera, no sólo resultaron colindantes sino parcialmente superpuestas. Para estas mensuras se partió de la base de que la estancia de ganado mayor tenía 60 cabuyas por frente' que es lo que la ordenanza reza', y la cabuya 'cien varas con sus pulgadas'. Como la vara legal de ese entonces (la de Burgos) según es generalmente aceptado tenía 84 centímetros hecha la transformación al sistema métrico resulta para la cabuya una longitud de 84 metros (posiblemente algo mayor por las pulgadas que se agregaban) y para el frente de la estancia de 5.040 metros. En la relación de la mensura se dice que para medir el primer frente de la estancia, o sea el occidental, entre el río Lagunilla y el de los Bledos, se partió de un punto sobre el primero 'y buscando las faldas del cerro alto' (indudablemente Corral Falso)' y de allí corriendo al río de los Bledos, se midieron 34 cabuyas (2.856 metros) con las cuales se encontró este último río 'frente de una laguna que hace de la otra banda de dicho río al fin del potrero de Huerta' y por no poderse pasar del Bledos terminó ahí la medida de ese frente. Realmente en la inspección ocular se vio que siguiendo aproximadamente el lindero de las haciendas Santuario y El Dormilón, entre el río Viejo y el de los Bledos, pasando por Corral Falso, hay una distancia de 3.200 metros —explicablemente un poco mayor de la hallada por los agrimensores de 1.667— pero que en todo caso no alcanza a la que corresponde a las 60 cabuyas; y se llega al río Bledos frente a una cuenca bien definida y cerrada casi en contorno, y cuyo lecho o fondo, prácticamente seco en los días de la inspección, presenta las características de haber sido y aún ser periódicamente asiento de un importante depósito de aguas en reposo. La referida cuenca que tiene su canal de desagüe al río Bledos está situada al lado opuesto del dicho río es decir en su margen derecha, después de una pequeña porción de terreno plano pero ligeramente elevado sobre la margen del río que la separa de éste. En algunos títulos posteriores se denomina esta laguna "pantano de Guerta'."

Estiman los peritos de estas verificaciones que la línea occidental trazada en la mensura de 1.667 coincide aproximadamente con el límite W de las fincas actuales de Dormilón y de Santuario, cuyos extremos tocan el río Bledos y el Lagunilla Viejo, teniendo en cuenta que de ahí se extendían las dos estancias referidas hacia el oriente, esto es, a buscar el río Magdalena. Siguiendo el curso aguas abajo de los ríos Bledos y Lagunilla hasta encontrar los mojones colocados en dicha mensura para delimitar las dos mercedes de tierras que fueron materia de ella, se pudo comprobar por los peritos que dichos globos no sólo eran limítrofes, sino que se superponían sobre una zona que aparece claramente dibujada en el mapa acompañado con el dictamen, cruzada con líneas paralelas de color naranja.

Esta superposición de las dos adjudicaciones de que se viene haciendo mérito, añaden los peritos, dio origen al 'compromiso' que zanjó el litigio surgido entre Vicente Osorio Nieto de Paz y Juan Andrés Bulla (documento citado anteriormente, folio 202 vuelto), celebrado entre el primero y los hijos de Diego Muñoz Mercado, Felipe y Tomás. Dicho convenio, que lleva fecha 26 de agosto de 1703, en su parte partinente dice:

"Que por cuanto las medidas del título hechas de pedimento del capitán Juan Andrés Bulla, como consta de ellas, por la parte del dicho río de Los Bledos, abajo, alcanzó veinte y siete cabuyas abajo de la ranchería que nuestro padre en la sazón tenía, que es la misma que hoy tenemos; nos hemos convenido en que quedando por nuéstras así estas veinte y siete que pasaron para abajo como cinco cabuyas más que han de correr desde dicho sitio donde vivimos para arriba y no más, toda la demás tierra queda por del señor don Vicente Osorio Nieto de Paz, cortando desde donde pararen las cinco cabuyas o corriendo derecho a la parte del Palmichal, la cual queda entera por del señor don Vicente, lindando con el río viejo hasta donde llegaron a amojonarse las sesenta cabuyas siempre el río abajo y en esta conformidad nos hemos convenido unos y otros...."

Determinadas así las estancias mercendiadas a García de Herrera y a Francisco de Prado, los peritos llegan a las siguientes conclusiones:

"a) El globo de terreno denominado 'El Dormilón' a que se refiere la demanda instaurada por la señora Cecilia Salazar de Mejía contra la Nación, sí está comprendido en su totalidad dentro de los terrenos que fueron concedidos mediante merced por las autoridades de la Colonia a Juan García de Herrera el 6 de febrero de 1588 y en una porción al extremo oriental también dentro de los que le fueron concedidos por las mismas

autoridades al Capitán Francisco de Prado el 17 de agosto de 1589 (parte del área de superposición entre las dos mercedes).

"b) El predio denominado 'Santarem' antiguamente 'Rastrojos', a que se refiere la demanda instaurada contra la Nación por la señora Leonor Ferro de Fahud, sí está comprendido dentro y forma parte de los terrenos de mayor extensión adjudicados por el Cabildo de Justicia y Resguardo de la ciudad de Tocaima a favor de Francisco de Prado el 17 de agosto de 1589. No está comprendido dentro de los terrenos adjudicados por la misma entidad a Juan García de Herrera.

"c) El predio de 'Buenavista de Caicedo' a que se refiere la demanda instaurada contra la Nación por el señor Aurelio Mejía R. sí está comprendido dentro y formando parte de los terrenos de mayor extensión que fueron adjudicados por el Cabildo de Justicia y Resguardo de la ciudad de Tocaima a favor de Francisco de Prado el 17 de agosto de 1589. No está comprendido dentro de los terrenos adjudicados por la misma entidad a don Juan García de Herrera.

"d) De la hacienda 'El Santuario' a que se refiere la demanda instaurada contra la Nación por los señores William Vaughan, Emily Isahn Vaughan de Patrón, María Ricaurte de Vaughan y Roger B. Vaughan, toda la parte meridional, o sea la encerrada entre el río Viejo (Lagunilla antiguo) y el lindero sur de la hacienda, que es casi la mitad de ésta, queda comprendida dentro de los terrenos concedidos por las autoridades de la Colonia a Juan García de Herrera y a Francisco de Prado en los años ya citados".

Prosigue el dictamen con la localización e identificación de las mercedes de tierras de Bartolmé Rodríguez, Francisco de Iñiguez y Gaspar Mena y Loyola.

Respecto de la primera de dichas adjudicaciones, los peritos encuentran vagos los linderos de ella, y conceptúan, en definitiva que en ningún caso esos terrenos alcanzaron a cubrir las tierras de las fincas anteriormente mencionadas.

Acerca de la estancia de Francisco Iñiguez estiman de acuerdo con la alindación del título respectivo, que podría estar ubicada dentro de los linderos arcifinios del río Lagunilla viejo, el río de los Bledos y el camino real de Mariquita, que pasaba por este último río en la playa del Queso, un poco abajo, de la boca de la quebrada Las Palmas, y de allí seguía por la falda del cerro de Maquiete o Macute, hasta tocar con el río Lagunilla. Pero esta ubicación, dicen los peritos, sólo cabe hacerla con un relativo margen de incertidumbre, ya que en la actualidad no puede precisarse el sitio donde se hallaba el puente de Iñiguez de la alindación. Tal localización, añaden, apenas esquemática y aproximada, mostraría sin embargo que dicha merced comprendía parte considerable de los terrenos de la merced de Juan García de Herrera y consecuencialmente buena parte de los de 'El Dormilón' y algo de los de 'El Santuario'.

Finalmente, al referirse a la merced de Gaspar de Mena Loyola, de 12 de abril de 1652, conceptúan que "estaba situada en la banda izquierda del río grande de la Magdalena, en 'un sitio que llaman Chapaima y la boca vieja de la Lagunilla, lindando por la parte de arriba del río, con estancia de Ambrosio Muñoz Mercado', según reza el respectivo título, y por la parte de abaja 'con estancia de doña Leonor de Caicedo, y por las espaldas con estancia de doña Juana de Bohórquez'.

"Para demarcar esta estancia, dicen los expertos, existen pues dos linderos arcifinios que se cortan: el río Magdalena por el oriente y el río Lagunilla viejo por el sur, lindero con los Muñoz Mercado, quienes sucedieron en la propiedad de las tierras de don Francisco de Prado. Sobre estas líneas arcifinias y dentro del ángulo que forman se puede construír el cuadrilátero —casi cuadrado— de la estancia dándole las dimensiones que según se ha visto tenía en esos tiempos y en esa región le estancia de ganado mayor. Así resulta la demarcación que para ella hemos hecho en el mapa con trazo verde pálido línea continua, la que muestra claramente que la parte nor-oriental del globo del Santuario, situada al norte del Lagunilla antiguo y contra el Magdalena está comprendida dentro del área amparada por esta merced, con excepción de unas 250 hectáreas situadas contra las cuchillas de las Cruces y de Camiseta, fuera del área de la Propuesta".

Hacen referencia en seguida los expertos a algunos títulos traslaticios y de constitución de hipotecas y capellanías sobre diferentes porciones de terreno del gran globo de tierras comprendido por los títulos originarios de Juan García de Herrera, Francisco de Prado y Gaspar de Mena Loyola, transferencias todas anteriores a 1873; y, por último, estudian todos los documentos aducidos por las partes en los cuales se habla de la explotación económica de las tierras, en relación con lo cual se expresan así:

"Actualmente no se encuentran o no se pueden percibir en los terrenos de que se trata señales o evidencias de explotación económica..... Pero dentro de la voluminosa documentación allegada

al expediente sí se encuentran diversos datos, constancias, declaraciones y en general pertinente información, que debidamente relacionada en cuanto a tiempo y lugar y considerada a la luz del Estado de desarrollo de la comarca, permiten llegar a una razonada apreciación sobre el particular.

"Así, en la escritura otorgada en Mariquita el 16 de noviembre de 1702, por la cual doña Catalina de Rivera vendió a don Vicente Osorio Nieto de Paz las tierras de la estancia correspondiente a la merced de Juan García de Herrera, se incluyen en la venta otros bienes ligados a esas tierras, como son un trapiche con su enrramada, la caña que en ellos había, una casa de vivienda, algunos esclavos, ocho mulas, tres bueyes de carga y algunos otros elementos de trabajo..."

Citan luégo el testamento de Juana Muñoz Mercado, suscrito el 7 de agosto de 1714, en el cual declara como suyos media estancia de ganado mayor en el sitio de Macute, 40 reses vacunas, 4 yeguas, 1 caballo y otros semovientes más.

Hacen referencia a los datos sobre explotación económica que traen las declaraciones recogidas por Gaspar de Mena Loyola para obtener la refrendación del título de la estancia sobre las llamadas tierras de Panchigua, y asimismo a la información testimonial obtenida por Juan Arciniegas Rangel en 1709 sobre propiedad y posesión de las tierras de la Laguna o Dos Ríos, que hoy forman parte de las de la hacienda El Santuario, de todo lo cual concluyen los peritos:

"El conjunto de los datos y hechos que hasta aquí dejamos anotados, analizados y justipreciados en consonancia con las condiciones prevalecientes en la época, nos lleva a conceptuar que los terrenos de las haciendas de 'El Dormilón' y 'El Santuario' sí fueron explotadas económicamente en los tiempos de la Colonia por quienes las poseyeren...."

También encuentran los peritos datos fehacientes de explotación económica desde la iniciación de la vida republicana del país hasta el año de 1873, especialmente en relación con las tierras de Aguada y Macute, como con las diligencias de avalúo judicialmente practicadas en 1837, cuando dichas tierras y otras más pertenecieron al General Juan Francisco de Riuex, y en la escritura de venta hecha por Lorenzo A. Viana a favor de Montoya Sáenz y Compañía, y Fernando Nieto de las dos terceras partes de las tierras de Aguada y Macute y Cerro Pintado y Mojabobos. (Hoy 'El Santuario').

De todo este estudio se extraen estas conclusiones:

a) Las fincas de 'El Dormilón', 'Buenavista de Caicedo', 'Santarem' y 'El Santuario', son identificables de conformidad con los linderos descritos en los respectivos libelos de demanda transcritos al comienzo de este fallo.

b) Todas estas fincas están totalmente cubiertas por el área de la Propuesta número 564 de la Mesa Verde Petroleum Company, a excepción de un pequeño sector de "El Santuario".

c) Las fincas ya mencionadas son desmembraciones de los globos de terreno primitivamente adjudicados en merced del gobierno colonial a Juan García de Herrera, Francisco de Prado y Gaspar de Mena Loyola, o, como ocurre con la hacienda del Santuario, se han formado con la anexión de porciones importantes de terrenos que fueron objeto de las mercedes concedidas por la Corona Española de que es ha hecho referencia.

d) Esos terrenos desde la época de su adjudicación han sido explotados económicamente por quienes sucedieron en la posesión y dominio de ellos.

Como ha podido apreciarse a lo largo de la exposición pericial, se trata de un estudio detenido, conciso y claro de los problemas que son peculiares a la identificación de los terrenos y a la interpretación de los títulos originarios y actuales sobre la realidad topográfica de la región, siempre que se trata de estos juicios sobre propiedad privada del subsuelo petrolífero.

En sentir de la Sala, —y en ello es acorde el concepto de la Procuraduría Delegada— el dictamen pericial que se comenta aparece debidamente fundamentado, explicado y en perfecta concordancia con las observaciones directas que realizó el personal que intervino en la inspección judicial. No se presenta desacuerdo alguno entre los dos peritos principales autores de la prueba, ni las partes hicieron a ésta objeción alguna dentro del término legal.

Aparte de que la zona territorial de la propuesta número 564 de la Mesa Verde Petroleum Company fue totalmente identificada, así como también los predios de El Dormilón, Santarem, Santuario y Buenavista de Caicedo, la Sala no puede menos de acoger las conclusiones del dictamen pericial de que se trata en cuanto se refiere a la localización de los terrenos relacionados en los títulos de adjudicación hechos por las autoridades competentes de la Colonia Española a Juan García de Herrera, Francisco de Prado y Gaspar de Mena Loyola. Efectivamente, no cabe

duda alguna de que el lindero norte de las dos primeras mercedes de tierras mencionadas, el río Lagunilla, lo constituye actualmente el cauce que hoy se conoce con el nombre de Río Viejo, toda vez que en el expediente hay prueba documental abundante de que el río Lagunilla cambió de cauce con posterioridad a la expedición de dichos títulos, para incorporarse en el río Bledo, por donde discurren sus aguas hasta la presente época. De acuerdo con esto, no cabe tampoco dudar de que en aquella remota época, tanto el río Bledo como el Lagunilla rendían sus aguas al Magdalena independientemente el uno del otro, tal como lo expresan los señores peritos. Es igualmente aceptable que el lindero occidental de la merced de Juan García de Herrera tenía como punto intermedio entre los dos ríos Bledo y Lagunilla (hoy Lagunilla Viejo) los cerros que se conocen con el nombre de Corral Falso, Santomás o Palmichal, toda vez que en la inspección judicial se comprobó que en ese sector no existen otros accidentes topográficos de esa clase que puedan confundirse con los "cerros altos" de que habla la aludida merced. Se establece así entonces que las mercedes de García de Herrea y Francisco de Prado comprendían toda la zona territorial encerrada por los ríos Lagunilla (antiguo) al norte; el curso del río Bledos (al sur); el río Magdalena al oriente, y al occidente una línea recta trazada desde un punto del río Bledos a otro del río Lagunilla (viejo) que pasaba por los cerros "altos" hoy llamados Corral Falso, Santomás o Palmichal.

Finalmente, es asimismo aceptable la conclusión de los peritos referente a la determinación de la merced de tierras de Gaspar Mena Loyola, de cuya alindación se localizaron como linderos arcifinios la boca del río Lagunilla Viejo o de la quebrada Mojabobos, y el curso de dicha quebrada o cauce antiguo del Lagunilla, y el río Magdalena. Estos dos lados del polígono, sur y oriental, permiten, tomando en cuenta la conversión de las medidas agrarias antiguas, fijar aproximadamente los lados norte y occidental de la estancia de gando mayor a que se refiere dicha adjudicación colonial.

De lo dicho se concluye, como lo hacen los expertos, que la actual finca de El Santuario se halla amparada por las mercedes de tierras de Juan García de Herrera, Francisco de Prado y Gaspar de Mena Loyola, quedando fuera de dichos títulos un sector, correspondiente a las tierras denominadas La Laguna o Dos Ríos, que pertenecieron antiguamente a Juan Arciniegas Rangel; El Dormilón, por la merced de Juan García de Herrera; Santarem, por la merced de Francisco de Prado, y, finalmente, Buenavista de Caicedo, por la merced últimamente nombrada del Capitán Francisco de Prado.

Justa prescripción de las tierras de "La Laguna o Dos Ríos".

En el dictamen pericial que se ha venido comentando, se exponen los siguientes conceptos en relación con la identificación de los terrenos denominados "La Laguna o Dos Ríos" que, como se ha dicho, vendrían a cobijar un extenso sector de la superficie actual de la hacienda "El Santuario", cuyo subsuelo petrolífero reclaman los miembros de la familia Vaughan, sector comprendido entre el cauce antiguo del río Lagunilla (río Viejo) y la quebrada Cimarrona.

Dicen los peritos al respecto:

"Finalmente actúan en el expediente diversos documentos referentes a las tierras que se denominaron 'La Laguna' o 'Dos Ríos', las cuales en el informativo levantado en julio de 1709 a petición del señor Juan Arciniegas Rangel para acreditar su antigua posesión se fijan en cuatro estancias de ganado mayor y seis de pan coger, y se encierran en líneas generales por el río Sabandija entre las quebradas Zamba y Cetare, de un lado; por el río Viejo de La Lagunilla por el opuesto desde una línea que pasa por el cerro de La Teta (que pudo identificarse en el terreno durante la inspección ocular, en el sitio que hemos señalado en el plano) hasta el río Magdalena según unos declarantes, o hasta la quebrada Mojabobos, según otros. Pero en varias escrituras posteriores sobre las mismas tierras, por ejemplo la de 5 de noviembre de 1833, en que se hipotecan para garantizar el reconocimiento de una capellanía, se precisa con mayor detalle el lindero por el oriente partiendo de la unión del río Viejo con la quebrada de Mojabobos' y de allí mirando los farallones de la cuchilla alta de Ríogrande hasta dar al alto de Las Cruces' y luégo en recta a dar al Sabandija en frente de Barandilla. Con estos últimos linderos hemos demarcado en el plano el globo de La Laguna o Dos Ríos con línea azul pálido y mediante esas demarcaciones se aprecia claramente que dentro de tal globo queda incluída toda la parte norte-occidental de la hacienda El Santuario, o sea prácticamente la que no queda incluída en las mercedes de que se ha hablado anteriormente".

Es de observarse, por tanto, que la demarcación

de las tierras de "La Laguna o Dos Ríos" se hizo más precisa y clara mediante la alindación de una escritura de hipoteca, constituída para garantizar la renta fijada a efecto de establecer una Capellanía. Este título se halla a folios 280 a 281 del C. de títulos de la finca El Santuario. Se trata de la escritura de fecha 7 de septiembre de 1802, otorgada en San Sebastián de Mariquita por Francisco Armero, documento éste que por la copia en referencia se infiere hallarse muy deteriorado, y dice así:

"Que por cuanto el Sr. Dr. Dn. Ger.....Leo de Flórez cura propio de la Parroquia de las Nieves....(roto).....ciudad de Santa Fé y residente en esta: es capellán del.... (roto) de dos mil ps. de capellanía que reconocía sobre las Hacien.... (roto).... y Tierras de la Laguna D. José C..... (roto)..... po Malo vesino que fue de esta ciudad y pr. su fallecimento recalleron en..... (roto)..... deros con quienes haviendo seguido litis dicho Sr. D. .....(roto)..... se le declaró por los SS. de la Rl. Audiencia en seten.....(roto).....itiva la preferencia a los dos mil pesos de cha. Capellanía....(roto)..... ta adictas las tierras en que estubieron f...(roto) ....con el expreso gravamen según y como todo consta de.....(roto).....setencia executoriada y del título de treinta y....(roto)....bre de mil setecientos setenta y siete con que se le dió..... (roto).....Sr. Ordo.....(ilegible)..... de dcha. Capellanía de dos mil pesos....(roto)....presado Sr. Dr. Lee en virtud del nombramiento..... (roto).....el Patrono nombrado pr. la Lexitima Patrona....(roto)..... tata Bohórquez y Villegas, como er.....(ilegible)....de los.....(roto).... ro...de dicha capellanía.—En esta atención se ha con.....(roto).....dho. D. Francisco Armero con el citado Sr. Dr. Dn. Geron....(roto).... Lee de Flores en reconocer y asegurar a su satisfacción .....(roto).....citados dos mil ps. de capellanía hasiéndose ps. ello....(roto).... de las expresadas tierras de la Laguna pr. consitir....solamente el citado principal y cumpliendo co....(roto)... es obligado otorga que reconoce pr. vía de senso... (roto)....redimible y al quitar la cantidad de dos mil.....(roto)..... sobre las tierras de la Laguna cuyos linderos.....(roto.... Boca de la Quebrada de Setare quebrada a...(roto).....do con el Potrerito de D. Salvador.....(roto)....hasta....(roto)..... a una quebrada que llaman el Diomatico....(roto)....de dha. quebradita hasta dar.... (siguen unos renglones rotos)..... arriba hasta una zanja que llaman Rincón Grande.....(roto)... zanja arriva lindando con el mismo Figueroa hasta.....(roto)....al farallón alto del Potrerito y de este a dar a la Punta.....(roto) del Guacamallero, de la Punta del Guacamallero mirando a la punta de Serro Gordo, de ahí a la punta de Peña Blanca, de la punta de Peña Blanca mirando una recta al serro del Cotudo Lagunilla viejo a.... (roto) hasta dentrar a la Quebrada de Moja Bobos....(roto).... de hay mirando los Farrallones de la cuchilla....(roto).....de Río Grande hasta dar al alto de las Cruzes h....(roto) tomar con el mojón que está en el camino y lind.....(roto... tierras de Méndez mirando línea recta hasta dar... (roto)....frente de la Barandilla, y de ahí Sabandija a...(roto)...hasta dar a la boca de la Quebrada de Setare....(roto....)"—Suscriben esta escritura Francisco Armero Francisco Ignacio..... (roto)....Dr. Dn. Gerónimo Lee de Flórez, y el Escribano Público.

La Capellanía de que se trata, según consta del documento visible a folios 100 vuelto a 121 del C. de pruebas número 3, que sostiene las diligencias de remate de las tierras de la Laguna, seguidos por la Administración de Temporalidades contra José J. Crespo Malo como fiador de José Gabriel de Hoyos, en el año de 1774, había sido fundada con muchos años de anterioridad al de 1802, ya que según este último documento, esa capellanía fue reconocida por la cantidad de dos mil trescientos pesos al ser rematadas dichas tierras el 8 de enero de 1741 por José Crespo Malo, padre de José Joaquín; también se reconoció en ese remate el gravamen de otra capellanía por valor de doscientos veinte pesos a favor de los curas de Mariquita, para garantizar la cual se había hipotecado una esclava llamada Pascuala. El remate de que se trata fue suspendido en virtud de orden del Virrey, por haberse aceptado la propuesta hecha por el postor Pedro José Perea de pagar la suma que correspondiera a las Temporalidades dentro del término de cuatro meses. En el inventario de los bienes pertenecientes a dicha hacienda La Laguna, figuran una casa de habitación, 10 reses de cría, 3 caballos, 1 yegua, 10 ovejas y 10 cabras, y algunos muebles. Los linderos de las tierras se describen así: "desde la zanja de la Salada hasta la boca del río Sabandija, que dentra a la Magdalena;... desde Peñas Blancas, mirando al cerro de Buenos Aires, y de dicho cerro al desemboque de la quebrada de Cetares en el río de Sabandija; y cogiendo Sabandija abajo al desemboque del río de la Magdalena; y después cogiendo Magdalena arriba hasta la quebrada de la Camiseta; y de dicha

quebrada de la Camiseta hasta la zanja de la Salada...."

El 13 de julio de 1813 otorgó su testamento don Francisco de Mesa Armero en al ciudad de Mariquita, en el cual instituye como sus herederos a sus hijos José Antonio, Pedro, Francisco Ignacio, José León, María Matea, Cristóbal Marcelo y José Doroteo, y como albaceas de todos sus bienes a José Antonio, José León y Pedro Armero. (Fols. 237 a 242 títulos del Santuario).

Por escritura de 28 de septiembre de 1833, José Antonio Armero, en su doble carácter de albacea y heredero de Francisco Armero, declara haber traspasado en su hijo Florencio Armero, el derecho de propiedad sobre las tierras llamadas La Laguna o Dos Ríos, por los mismos linderos 'qe. compró su difunto padre el Ser. Franco. Armero al Sr. Dr. Gerónimo Lee de Flórez como consta de la escritura qe. le otorgó'. El adquirente se obligó a reconocer 'la cantidad de dos mil pesos que están cargados sobre dichas tierras de una capellanía de qe. es capellán su primo el señor Joaquín Lee'. (Folios. 237 y 238 del cuaderno en cita). Y por escritura de 5 de noviembre del mismo año (1833), Florencio Armero hizo expreso reconocimiento del gravamen de la capellanía constituída a favor del Dr. Lee de Flórez, indicando como linderos de las tierras de la Laguna o Dos Ríos en las cuales estaba cargada, "De la boca de la quebrada de Cetare quebrada arriba lindando con el potrerito de Don Salvador Garcia hasta dentrar a una quebradita que llaman el Diomatico, quebrada arriba de dicha quebradita hasta dar al Farallón alto de Buenos Aires y de la punta de dho. potrero de buenos Ayres, cayendo a una quebradita que llaman los Batatales, que dentra a la quebrada de la Simarrona, y de hay quebrada abajo lindando con tierras de Dr. Sebastián Figueroa, quebrada de Robledo arriba hasta una zanja que llaman Rincón Grande, zanja arriba lindando con el mismo Figueroa hasta el Farallón alto del potrerito, y de éste a dar a la punta del Guacamallero, de la punta del Guacamallero, mirando a la punta de peña blanca, mirando línea recta al serro del Cotudo, Lagunilla viejo abajo, hasta dentrar a la quebrada de Mojabobos, y de allí mirando los farallones de la cuchilla alta de Ríogrande hasta dar al alto de las cruces, hasta topar con el mojón que está en el camino, y linda con las tierras de Mendes, mirando línea recta hasta dar enfrente de la barandilla, y de allí sabandija arriba hasta dar a la voca de la quebrada de Setare".

Por medio de la escritura sin número de 14 de febrero de 1851, otorgada ante el Escribano Público del cantón de Ambalema, (folios 229 a 231 del cuaderno en cita), Florencio Armero vendió a Lorenzo A Viana 'parte de su hacienda de la "Laguna" y "Dos Ríos", alindada así: "Partiendo de la cima de la cuchilla alta del río Grande en el punto que está enfrente al cerro llamado el Sancudero, por el lado del Limonal, siguiendo por todo este cerro hasta su término, en frente de la vuelta del camino que va para el Guayabal; de allí por toda la barranca que queda a la izquierda de dicho camino siguiendo de esta Parroquia a la de Guayabal, continúa por estos barrancos pasando de uno a otro hasta donde terminan con las cabeceras de la quebrada del Limonal; de este punto línea recta a encontrar con tierras de la Cimarrona; siguiendo por ellas hasta la quebrada de los batatales; de allí por ella abajo hasta la unión con Cimarrona; esta abajo hasta la boca de la quebrada de Robledo; ésta arriba hasta una zanja que llaman Rincón Grande; ésta arriba hasta el farallón alto del Potrerito; de allí a la punta del Guacamayero; de allí mirando a la punta de Cerro Gordo; de aquí a la punta de la peña Blanca; de aquí línea recta al cerro del Cotudo; de aquí río Viejo abajo hasta su entrada a la Salada; pasa a peña Blanca, y Centella, de aquí a las cabeceras de la quebrada de Netú; ésta abajo hasta que entra a Mojabobos; de aquí hasta su unión con el chorro de Lagunilla; de aquí mirando a los farallones altos de la cuchilla alta de río grande y de éstos hasta el punto denominado en ellos por primer lindero frente al cerro del Sancudero".

El comprador se obligó "a pagar, o tranzar (sic) por el vendedor el principal e intereses, y costas de una ejecución de quinientos pesos que se agita en Honda por el señor Rafael Posse, entregándole cancelada la escritura que Armero otorgó a Posse; que dicho señor Viana le entregará cancelada otra escritura por principal e intereses otorgada por Armero a favor del señor Patricio Silva, por cantidad de dos mil doscientos cincuenta y siete pesos siete reales; que Viana se sustituye en el reconocimiento de dos mil trescientos pesos que al cinco por ciento anual gravan las tierras, y otras más, y finalmente que Viana se sustituye en otro reconocimiento de seiscientos pesos al cinco por ciento anual, que del mismo modo afectan el terreno...." El vendedor se reservó el derecho a cobrar por el resto del año de 1851 los arrendamientos de la finca, y a recolectar las cosechas de tabaco allí existentes.

Por escritura número 14 (folios 227 a 228 del

mismo cuaderno) otorgada ante el Notario de Ambalema el 23 de enero de 1857, Lorenzo A. Viana vendió a la sociedad Fruhling y Goschen la mitad de los terrenos de Papayal y Aticos, alindados así: "Por el lado de Cerropintado con las tierras de este nombre, por otro con tierras de Méndez, por otro con las de Florencio Armero, por otro con las de José María Tavera, con las de Elías Cano y con las del señor Abraham Crosthwaite". El vendedor declara que sobre esas tierras pesa un gravamen de 480 pesos fuertes "asegurados a favor de los señores Curas de Mariquita...." Según las descripciones del plano acompañado al dictamen pericial, esta porción de terreno corresponde al sector nor-occidental de la hacienda El Santuario, situado entre la quebrada Cimarrona y el cauce antiguo del río Lagunilla o río Viejo, aproximadamente.

De los documentos relacionados se acredita suficientemente:

1º—Que las tierras de La Laguna o Dos Ríos fueron objeto de posesión inmemorial ininterrumpida, anterior al año de 1873;

2º—Que sus sucesivos poseedores mantuvieron allí sistemas de explotación económica y ganadera.

3º—Que sobre dichas tierras se fundó y permaneció hasta el año de 1860 el gravamen de una capellanía por valor de mil doscientos pesos fuertes;

4º—Que los documentos que hablan acerca de estos hechos constitutivos de explotación económica contienen una alindación precisa y clara de los terrenos, la cual fue fácilmente comprobada sobre su realidad topográfica por el personal que verificó la inspección judicial de autos.

Todo lo cual conduce a la Sala a reconocer que los predios de La Laguna o Dos Ríos salieron del patrimonio del Estado en virtud del título de la justa prescripción, de acuerdo con la legislación de la Colonia y de la época republicana.

TITULOS Y DOCUMENTOS QUE ACREDITAN LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE LOS DEMANDANTES

De acuerdo con la demanda de la señora Leonor Ferro de Fahud, ésta deriva a su favor el dominio del predio denominado "Santarem", antiguamente denominado "Rastrojos", de la adjudicación que se le hizo en la liquidación de la causa sucesoral de su padre el doctor Ernesto Ferro Zea, como consta de la hijuela respectiva, contenida en la escritura número 2.114 de 11 de febrero de 1956, por medio de la cual se protocolizó en la Notaría 8ª de Bogotá el juicio de sucesión mencionado.

Este título se encuentra a folios 85 a 87 del cuaderno número 3, en copia auténtica expedida por el Notario Octavo de este Circuito, debidamente registrada, donde consta que en la partición de los bienes sucesorales del doctor Ferro Zea, aprobada por el Juez Noveno Civil del Circuito de Bogotá, por auto de 7 de diciembre de 1955, se adjudicó á la heredera Leonor Ferro de Fahud "la hacienda actualmente denominada "Santarem", por los linderos transcritos en la demanda y que el causante adquirió por compra a Henry Vaughan y otros según escritura pública número 2.387 de 13 de octubre de 1933 de al Notaría Segunda de Bogotá, registrada en Ambalema el 28 de octubre del mismo año.

A folios 27 a 29 del cuaderno número 1 aparece el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, el 14 de septiembre de 1948, ampliado por el mismo funcionario con fechas 29 de noviembre del mismo año y 25 de junio de 1956, según el cual la señora Leonor Ferro de Fahud es la propietaria actual de la finca "Santarem', antiguamente "Rastrojos", de la jurisdicción del Municipio de Ambalema, por los linderos indicados en la demanda, de conformidad con la inscripción del título que acaba de relacionarse, el cual fue registrado en dicha oficina con fecha 11 de febrero de 1956, en el Libro 1º, tomo 1º, folios 323 a 324, partida número 36, inscripción que hasta la fecha de la última ampliación no ha sido cancelada por ninguno de los medios establecidos por la ley.

En el mismo certificado consta la inscripción en dicha oficina, con fecha 28 de octubre de 1933, en el Libro 1º, Tomo 3º, folios 180 a 185, partida número 268, de la escritura pública número 2.387, de 13 de octubre de 1933, de la Notaría Segunda de Bogotá, por la cual Henry Vaughan en su propio nombre y en representación de los demás herederos de John Vaughan, Belén Alvarez de Vaughan, Emily Ishan, Alice Belén y William Macleod Vaughan, transfiere a título de venta al doctor Ernesto Ferro Zea la propiedad y posesión del lote de terreno denominado "Rastrojos" y sus mejoras y anexidades, por los linderos citados en la demanda de autos. E igualmente consta en la aludida certificación, que con fecha 5 de septiembre de 1933 fue registrado en el libro de Causas Mortuorias, tomo 1º, folios 14 y 15, partida 9, el auto del Juzgado 6º del Circuito de Bogotá, por medio del cual decretó la posesión efectiva

de la herencia del señor John M. Vaughan a favor de sus herederos ya nombrados.

Esta certificación como bien se observa, cubre hasta el presente un período de más de treinta años.

Por tanto, la señora Leonor Ferro de Fahud ha demostrado legalmente ser la propietaria actual del predio "Santarem", antiguamente "Rastrojos" a que se contrae su demanda.

En los autos figuran otros títulos, traídos en copias debidamente registradas, que hablan de la tradición de las tierras de Aguada y Macute, que pasan a relacionarse así:

1) La escritura de venta número 2.387 de la Notaría Segunda de Bogotá, fechada el 13 de octubre de 1933 a que se aludió anteriormente (venta de Henry Vaughan a Ernesto Ferro Zea).

2) Copias de las escrituras números 309 de la Notaría Tercera de Bogotá, de 14 de febrero de 1940 y 469 de la misma Notaría, de fecha 23 de febrero de 1943, por las cuales se hizo protocolización de los juicios sucesorios de los esposos John M. Vaughan y Belén Alvarez de Vaughan.

3) La escritura de fecha 31 de agosto de 1899 otorgada en la Notaría de Londres ante John Dalton Venn, registrada en la Oficina respectiva de Ambalema el mismo año, por la cual Charles Hermann Goschen vendió a John M. Vaughan la hacienda "El Santuario' y otros bienes. (Folios 109 a 120 C. títulos de El Santuario).

4) La escritura número 109 de la Notaría de Ambalema, de 23 de abril de 1891, por la cual se protocolizó la venta hecha por Jorge Joaquín Goschen a Carlos Herman Goschen de las acciones que le correspondieron en la comunidad de bienes que existía entre comprador y vendedor, o sea que la mitad de dichos bienes, entre los cuales figura "un globo de tierras ubicado en jurisdicción de los Municipios de Ambalema y Guayabal, del Departamento del Tolima, compuesto de las tierras llamadas 'El Santuario', 'El Dormilón', 'Santa Bárbara' y 'Macute'.

5) La escritura número 461 de la Notaría Segunda de Bogotá, fechada el 13 de marzo de 1872, por la cual Percy Brandon, como apoderado de la sociedad Fruhling y Goschen de Londres, transfiere a título de venta a los señores Jorge Joaquín y Carlos Herman Goschen el dominio y posesión de diferentes bienes muebles e inmuebles, entre éstos las fincas de Santa Bárbara y Miraflores, Macute y Aguada, La Llanada, Cerro Pintado y Mojabobos, Papayal y Haticos, Pajoso y el Palmar e Islita de Mora, y Panchigua, situados en jurisdicción de Ambalema, Guayabal y Aldea de Méndez. Fruhling y Goschen declaran haber adquirido por compras hechas a la sociedad Montoya Sáenz y Compañía y a Lorenzo A. Viana.

Estas transacciones son las que están contenidas en las escrituras números 356 de la Notaría de Ambalema de 11 de noviembre de 1864 (folios 136 a 137, venta de Lorenzo A. Viana de los terrenos de Aguada y Macute), y número 13 de la misma Notaría, fechada el 13 de enero de 1855 (folios 138 a 147 del mismo tomo II de títulos del Santuario), que contiene la venta de Montoya Sáenz y Compañía de las 2|3 partes de Aguada y Macute, Cerro Pintado y Mojabobos.

Con fecha 21 de enero de 1848 (folios 150 a 152 del mismo cuaderno), Lorenzo A. Viana otorgó ante el escribano Público de Bogotá, escritura de venta a favor de Montoya Sáenz y Compañía y Fernando Nieto, de las 2|3 partes de los terrenos de Aguada y Macute, Cerro Pintado y Mojabobos, que el vendedor había adquirido de Teresa, Antonia, Diego y Encarnación Sánchez.

Por escritura número 15 de la Notaría de Ambalema, fechada el 3 de enero de 1855 (folios 148 a 149 del mismo legajo de títulos) Fernando Nieto vendió a Montoya Sáenz y Compañía todos sus derechos de propiedad que había adquirido en las tierras de Aguada, Macute y Mojabobos, y en las de Panchigua, por compras hechas a Lorenzo Viana y Resurrección Santos, respectivamente.

En la escritura número 57 de la Notaría Primera de Bogotá, fechada el 24 de enero de 1861, José I. Ramírez, en su propio nombre y en representación de sus hijos Laura y Luis Ramírez Rieux, transfirió a favor de Fruhling y Goschen, a título de transacción de un litigio surgido entre la difunta esposa del primero y dicha sociedad todos los derechos que aquélla tenía sobre las tierras de Aguada y Macute. De acuerdo con este mismo título, estas tierras habían sido adquiridas por el General Luis Francisco de Rieux, a quien heredó su única hija Luisa Rieux de Ramírez, por compra hecha a Gregoria Ramírez en el año de 1838, con el gravamen de un principal de mil cincuenta pesos a favor del Hospital de Mariquita. La escritura de venta en referencia se halla incorporada en la que se está relacionando (folios 168 a 171). La vendedora Gregoria Ramírez declara haber adquirido dicho terreno por herencia de su esposo Francisco Sánchez, quien a su vez lo hubo con el mismo gravamen de su padre Dámaso Sánchez.

Obra en autos, a folios 183 a 189 copia auténtica de la escritura número (sin) de 2 de agosto de 1839 otorgada ante el Escribano Público de Honda, en la cual consta que el General Luis Francisco de Rieux constituyó hipoteca sobre las tierras de la Aguada y Macute a favor de la Factoría de Tabaco de Ambalema, para garantizar la fianza que le había otorgado a Ricardo Diago, nombrado Interventor de la misma Factoría. En ese documento se hace expresa manifestación de quedar a salvo el principal de mil cincuenta pesos de capellanía a favor del Hospital de San Juan de Dios de Mariquita, que pesaba sobre dichas tierras. Para la constitución de dicha hipoteca precedió una diligencia de avalúo de la totalidad de los bienes de la hacienda de Aguada y Macute, donde consta que las tierras se componían de 3 estancias y media de ganado mayor, con varios potreros de pasto artificial, plataneras, acequias de regadío, dos casas en buen estado, caneyes, corrales, etc.

Además, figura también la escritura sin número de 10 de marzo de 1829, otorgada ante el Escribano Público de Mariquita, por la cual el General de Rieux hace el reconocimiento del principal de mil cincuenta pesos a favor del Hospital de San Juan de Dios de Mariquita de que se ha venido haciendo referencia, gravamen constituído sobre la hacienda de Aguada y Macute. (Folios 190 a 191 del volumen citado).

A folios 193 a 195 del mismo cuaderno, aparece copia de la escritura otorgada ante el Alcalde Ordinario de Mariquita el 12 de marzo de 1820, por Gregoria Ramírez, donde ésta reconoce el principal de mil cincuenta pesos de capellanía impuesto sobre las tierras de Aguada y Macute, a favor del Hospital de Mariquita. En este documento se señalan como linderos de las tierras en referencia, "desde la Salitrosa, siguiendo desde el paso de Mojabobos, Magdalena arriba al paso del Cambado siguiendo hta. el desemboque de Lagunilla la dho. Magdalena, siguiendo Lagunilla arriba hta. enfrentar el cerro de Corral Falso línea recta a dar a la Laguna de Guerta...."

A folios 196 se encuentra una escritura cuya fecha de otorgamiento y lugar se encuentran comidos, según la cual Francisco Sánchez hipotecó las tierras de Aguada y Macute para garantizar el pago de un principal (no se sabe por qué cantidad) a favor del Convento de S. Francisco. Se hipotecan también los muebles de dicha finca consistentes en 200 reses de cría, 100 yeguas, 5 pollinos y 40 caballos.

Finalmente, a folios 197 a 198 del mismo volumen de pruebas, aparece la escritura de 20 de febrero de 1789, suscrita ante el Juez Ordinario de Tocaima, por la cual Bernardo Sánchez transfiere a título de dación en pago a su hermano Francisco Sánchez, sus derechos de propiedad sobre dos y media estancias de tierra llamadas Macute que posee en comunidad con sus hermanos Juan Nicolás y María Rosa Sánchez, y que heredó de su madre María Gertrudis Muñoz. Consta allí que las tierras en referencia tienen el gravamen de un principal de 650 patacones a favor del Convento de San Juan de Dios. Esta constancia tiene fecha 14 de junio de 1810.

Con estos títulos se establece sobradamente que desde su primitiva adjudicación a Francisco de Prado, las tierras que hoy se denominan "Santarem" y que antiguamente recibieron el nombre de "Rastrojos", en mayor extensión, jamás revertieron al patrimonio del Estado, toda vez que fueron continuamente poseídas y explotadas económicamente por los particulares que sucedieron en la propiedad de ellas.

Por último cabe anotar que la acción ordinaria aquí intentada, lo fue dentro del término señalado por el Código de Petróleos, y así lo reconoce el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión.

De todo lo cual resulta que las declaraciones impetradas en la demanda de la mencionada señora Leonor Ferro de Fahud están llamadas a prosperar.

TITULOS DE LOS TERRENOS DE "EL DORMILON"

La señora Cecilia Salazar de Mejía afirma ser dueña actual de la finca "El Dormilón", de conformidad con la escritura pública número 2.152 de 10 de octubre de 1934, que en copia debidamente registrada acompañó a la demanda, y que obra a folios 25 a 29 del cuaderno respectivo (número 1).

De conformidad con el contenido de este título, el señor José Joaquín Serrano, otorgó ante el Notario Segundo de Bogotá en la fecha anotada, haber vendido a la señora Cecilia Salazar de Mejía el predio "El Dormilón", ubicado en el Municipio de Armero, alindado como se expresa en la demanda. El vendedor declara haber adquirido dicha propiedad por compra que hizo al señor Arcesio Mejía según escritura número 1.175

de la misma Notaría, fechada el 20 de abril de 1928, debidamente registrada.

Esta última escritura se encuentra a folios 30 a 36 del mismo cuaderno. El vendedor señor Mejía declara haber adquirido las tierras de "El Dormilón", por compra hecha al señor Simón Hurtado.

A folios 37 a 40 del mismo cuaderno aparece copia auténtica de la escritura número 2.670 de la Notaría Segunda de Bogotá, otorgada el 29 de noviembre de 1924, por medio de la cual Simón Hurtado vendió a Arcesio Mejía el referido predio, lindante con el potrero y sabanas altas de Macute. El vendedor afirma haber adquirido esos terrenos por compra hecha a Leopoldo Cajiao, María Cárdenas de Cajiao y Mario Cárdenas, según escritura número 996 de 31 de diciembre de 1910 de la Notaría Segunda de Bogotá; 39 de 4 de abril de 1911 de la Notaría de Tocaima, y 225 de 10 de febrero de 1912 de la Notaría Segunda de Bogotá, todas con la anotación de registro.

Estos títulos no figuran en autos.

El señor Leopoldo Cajiao compró a John M. Vaughan, apoderado general de Charles Herman Goschen, el predio "El Dormilón" lindante con la hacienda de "Macute", y compuesto de los potreros llamados La Ceiba, San Felipe, Potrero Nuevo, Dormilón, Lechería, Colombia, Totumo y Mangas de la Caza, encerrados todos por cercas artificiales. El vendedor declara que el señor Goschen adquirió dicho predio así: "La sociedad denominada Fruhling y Goschen de Londres, por medio de su apoderado Percy Brandon vendió entre otros bienes, la hacienda de "El Dormilón" a los señores Jorge Joaquín y Carlos Herman Goschen por escritura otorgada en esta Notaría (Segunda de Bogotá) con fecha quince de marzo de mil ochocientos setenta y dos, bajo el número cuatrocientos sesenta y uno que aceptó el señor Nicolás Krohne con poder para ello y don Jorge Joaquín Goschen vendió por escritura otorgada en Londres, con fecha cinco de febrero de mil ochocientos noventa y uno, cuya primera copia se protocolizó en la Notaría de Ambalema bajo el instrumento de esa Oficina número cierto nueve de veintitrés de abril de mil ochocientos noventa y uno a don Carlos Herman Goschen, la mitad, o sea todos los derechos y acciones que le correspondía en los bienes que tenían ambos en común en Colombia, de suerte que por virutd de aquella venta vino a ser, desde su celebración y perfeccionamiento con el competente registro de la escritura porque se hizo constar, dueño y poseedor exclusivo el señor don Carlos Herman Goschen de la hacienda de "El Dormilón"...." La transferencia que se relaciona consta en la escritura número 172 de la Notaría Segunda de Bogotá, de fecha 8 de febrero de 1897 (folios 41 a 54 del C. de la demanda).

De acuerdo con la escritura número 109 de la Notaría de Ambalema, fechada el 23 de abril de 1891 citada en el punto anterior (folios 55 a 60 del mismo cuaderno), José Joaquín Goschen vendió a Carlos Goschen, además de otros bienes, sus derechos sobre la mitad de un gran globo de terreno situado en jurisdicción de Ambalema y Guayabal, integrado, entre otros lotes, por el denominado "El Dormilón" (título ya relacionado). También se ha tomado nota de la escritura pública por medio de la cual Fruhing y Goschen vendió a Carlos Herman y José Joaquín Goschen el globo de "El Santuario", formado, como se ha dicho, entre otros lotes por el llamado "El Dormilón". (Número 5 de la relación).

En la relación de los títulos de "Santarem" que se acaba de citar, se encuentran relacionados los títulos por medio de los cuales se hizo la transferencia de los terrenos de mayor extensión de Aguada y Macute, de los cuales se desmebró la hacienda "El Dormilón", desde el año de 1802 hasta 1855, año este último en que fueron adquiridos por Fruhling y Goschen de Montoya Sáenz y Compañía. En la escritura correspondiente al protocolo de 1802 de la Notaría de Honda (folios 80 a 81 del C. de la demanda), consta que Francisco Sánchez y sus hijos José y Dámaso, hipotecaron las tierras de Macute con varios semovientes, trapiche y demás implementos de labranza, para garantiazr un principal de un mil cincuenta pesos recibidos a censo redimible de la obra Pía del Hospital de Mariquita.

Por escritura de 12 de marzo de 1821 del protocolo de la Notaría de Honda (folios 78 a 79) María Gregoria Ramírez, viuda de Dámaso Sánchez, se constituye deudora principal de la misma cantidad de 1.050 pesos pertenecientes a la fundación hecha por el P. Fernández Castañeda a favor del Hospital de Mariquita, dando en hipoteca para garantizar dicha obligación la finca de Macute "desde la Salitrosa siguiendo desde el paso de Mojabobos Magdalena arriba al paso de Cambado, siguiento ht. el desemboque de Lagunilla al dho. Magdalena, siguiendo Lagunilla arriba hata. enfrentar al cerro de Corral Falso, línea recta a dar a la Laguna de Guertas". Se trata, según lo declara la otorgante Ramírez, del reconocimiento del principal que anteriormente había

sido reconocido por Francisco Sánchez, y por su esposo Dámaso Sánchez, de acuerdo con la escritura anteriormente relacionada. Consta en este mismo documento que Gregoria Ramírez canceló la obligación contraída.

Todas las copias de los documentos enunciados, se hallan legalizados con la correspondiente anotación del registro.

El eslabón que úne estas tradiciones con la venta hecha por Lorenzo A. Viana y Fernando Nieto a la sociedad Montoya Sáenz y Compañía a que se hizo referencia en la lista de títulos de "Santarem", consiste en la transferencia que consta en la escritura sin número de 7 de marzo de 1829 otorgada ante el Alcalde Municipal de Honda, donde consta la venta de María Gregoria Ramírez al General Luis Francisco de Rieux de las tierras de Aguada y Macute.

A folios 5 a 11 del cuaderno de la demanda de que se está tratando, aparece el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, de fecha 15 de octubre de 1925, ampliado posteriormente en los de fechas 13 de noviembre del mismo año, 25 de enero de 1927 y 15 de julio de 1956, y por los Registradores de Instrumentos Públicos de Honda y Armero, de 21 y 28 de junio del año últimamente citado, de acuerdo con los cuales el inmueble conocido con el nombre de "El Dormilón" es de propiedad de la señora Cecilia Salazar de Mejía, en virtud del registro y matrícula de la escritura pública número 2.152 de la Notaría Segunda de Bogotá, fechada el 10 de octubre de 1934, verificados con fecha 24 de noviembre de dicho año en el Libro 1º, tomo 9º, folios 59 a 63, partida 779, inscripción que no ha sido cancelada por ninguno de los medios establecidas en el Código Civil. Este certificado comprende tradiciones de dominio que se remontan a un período mayor de treinta años, y que corresponden a los registros sucesivos de las escrituras públicas que se han dejado relacionadas.

Por último, en el proceso obra el certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos, según el cual la acción ordinaria de que se trata se encuentra promovida dentro del término señalado al respecto por el Código de Petróleos.

De todo lo cual se deduce:

1º—Que las tierras de la finca "El Dormilón" formaron parte de las que antiguamente constituyeron el globo denominado "Aguada y Macute", que es extendía desde la margen izquierda del río Magdalena hasta el cerro de Corral Falso; y desde el río Viejo hasta el río Launigila incorporado al río Bledos;

2º—Que las referidas tierras de Aguada y Macuete, formadas por las tierras antiguamente adjudicadas a Juan García de Herrera y a Francisco de Prado, permanecieron en poder de particulares en virtud de sucesivas transferencias, y han permanecido así hasta el presente, especialmente en cuanto atañe a la porción denominada "El Dormilón", hoy de propiedad de la demandante Cecilia Salazar de Mejía;

3º—Que las tierras de Aguada y Macute, mayor extensión de las que hoy forman la hacienda "El Dormilón", fueron explotadas económicamente con muchos años de anterioridad a 1873.

4º—Que están reunidos satisfactoriamente todos los presupuestos legales concernientes a la acción declarativa de propiedad particular del petróleo que aquí se ha ejercitado por la señora Cecilia Salazar de Mejía.

Su demanda, pues, debe prosperar.

TITULOS REFERENTES A "EL SANTUARIO"

Al estudiar los documentos que dicen relación con la posesión inmemorial y la explotación económica, alegados como fundamento del título de justa prescripción respecto de las tierras antiguamente llamadas "La Laguna o Dos Ríos", la Sala tomó nota de numerosos actos de transferencia entre particulares que conciernen al inmueble denominado "El Santuario", a que se refiere la demanda ordinaria presentada por los señores William Macleod, Emily Ishan y Roger B. Vaughan, y María Ricaurte de Vaughan.

Estos han iniciado la acción con fundamento en el título de propiedad consistente en las adjudicaciones que les fueron hechas por la liquidación de las sucesiones de sus legítimos padres John M. Vaughan y Belén Alvarez de Vaughan, y otras adquisiciones posteriores que se relacionarán en seguida. Las respectivas hijuelas constan, respectivamente, en las escrituras por medio de las cuales fueron protocolizadas las causas sucesorales mencionadas, que son la número 309 de la Notaría Tercera de Bogotá, de fecha 14 de febrero de 1940, y la 469 de la misma Notaría, de fecha 23 de febrero de 1943, traídas en copias debidamente registradas.

De la primera de dichas escrituras aparece que a la cónyuge supérstite Belén Alvarez de Vaughan se le adjudicó un derecho de valor de $ 131.083.00 en la hacienda "El Santuario", que allí se alinda.

A Emily Ishan Vaughan le fue adjudicado otro

derecho de valor de $ 49.443.50 en la misma finca "El Santuario".

A Alice Belén Vaughan un derecho igual al anterior;

A Roger B. Vaughan otro derecho de idéntico valor sobre el mismo predio "El Santuario".

Del segundo instrumento público se establece que al heredero William Macleod Vaughan se la adjudicó un derecho de valor de $ 69.136.42 en el predio "El Santuario";

A Roger B. Vaughan otro derecho de igual valor en el mismo predio.

A Alice Vaughan de Haskett Smith otro derecho del mismo valor vinculado al mismo predio,

Y otro derecho igual a Emily Ishan Vaughan de Patrón. (Folios 129 a 142 y 15 a 66 en su orden del C. de pruebas, Volumen II).

De los derechos herenciales en referncia, han sido transferidos posteriormente por los antedichos adjudicatarios, los siguientes: Roger B. Vaughan vendió a Santiago Trujillo Gómez, un derecho de valor de $ 124.860.89, por escritura pública número 1.023 de la Notaría Tercera de Bogotá, de 11 de marzo de 1946 (Folios 82 a 93).

Roger B. Vaughan, Belén Alvarez de Vaughan, y Henry C. Vaughan vendieron a Félix Salazar por escritura número 1.882 de la Notaría Segunda de Bogotá, fechada el 11 de agosto de 1933, un lote de terreno perteneciente a la hacienda "El Santuario", habida por los vendedores como herederos de John M. Vaughan, y además, por Roger B. Vaughan como cesionario de los derechos herenciales de su hermano William M. Vaughan, según consta de la escritura número 1.080 de 11 de julio de 1933 de la Notaría Tercera de Bogotá (folios 85 a 86). Los derechos vendidos por la escritura hecha a favor de Salazar se concretan a los potreros "El Silencio" y "La Vega" (Folios 87 a 184).

Se advierte que en la liquidación de la sucesión de la señora Belén Alvarez de Vaughan se incluyó entre los bienes inventariados, el derecho de tierras que le fue adjudicado en la causa sucesoral de su hijo Henry C. Vaughan, adscrito a las de la hacienda "El Santuario", que a éste último causante le correspondieron en la sucesión testada de su padre John M. Vaughan. (Folios 143 a 146).

Y es de anotar también de otro lado, que en la venta hecha a favor de Santiago Trujillo Gómez y señora Ana Arboleda de Trujillo Gómez, se hizo exclusión a favor de los vendedores, de los depósitos de petróleo y demás hidrocarburos que existan en el predio de El Santuario.

Por escritura número 2.311 de 4 de octubre de 1933, de la Notaría Segunda de Bogotá, Henry C. Vaughan y Roger B. Vaughan vendieron a José M. Gómez sus derechos de dominio sobre un lote de terreno perteneciente a la hacienda "El Santuario", de 1.096 fanegadas de extensión, que los vendedores ,junto con los demás herederos de John M. Vughan a quienes representan en dicha venta, hubieron a dicho título en la sucesión del expresado señor John M. Vaughan. (Folios 162 a 168).

Por escritura número 2.433 de 19 de octubre de 1933 de la Notaría Segunda de Bogotá, los mismos herederos de John M. Vaughan transfieren a título de venta a José M. Gómez B. otro lote de terreno que hacía parte de la hacienda "El Santuario", en extensión de 31 hectáreas 1.223 metros 2 (Folios 154 a 161).

Por escritura número 1.433 de 13 de abril de 1943, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Roger Vaughan y Wiliam M. Vaughan, por sí y en representación de Alice Vaughan y Emily Vaughan de Patrón, transfieren a título de venta a Federico Angel González dos lotes de terreno que forman un solo globo, denominados Cerro Pintado, Potrero Grande, Rincón Grande, Robledo, Manga del Cura, Cimarrona, Papayal, Cuarteles y parte de Cerro Netú, con una cabida de 1.440 hectáreas, y que formaron parte de la hacienda "El Santuario". Los derechos de tierra vendidos fueron adquiridos por los vendedores mediante adjudicación que se les hizo en las causas sucesorales de sus padres John M. Vaughan y Belén Alvarez de Vaughan. (Folios 148 a 154 del Volumen I de títulos del Santuario).

Por escritura pública número 1.476 de 14 de abril de 1943, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Roger B. Vaughan y William M. Vaughan, por sí y en representación de Alice y Emily Vaughan, venden a Ana Arboleda de Trujillo Gómez dos lotes de terreno que pertenecían a la hacienda El Santuario, denominados Loma de Pa'michal y Santo Tomás, con cabida total de 1.067 hectáreas. (Folios 142 a 147 Volumen I, Títulos del Santuario).

Por escritura pública número 1859 de 14 de mayo de 1943 de la Notaría Cuarta de Bogotá, Roger B. Vaughan, y William M. Vaughan, por sí y en representación de Alice y Emily Ishan Vaughan, venden a Bernardo Saldarriaga la finca rural denominada Macute, que hacía parte de la hacienda "El Santuario", con cabida de 263 hectáreas (Folios 137 a 141 del citado Volumen).

Por escritura pública número 1.139 de 30 de abril de 1948, de la Notaría Tercera de Bogotá, Alice Vaughan de Haskett Smith vende a William M. Vaughan un lote de terreno con cabida de 95 hectáreas 1.700 metros2 que hacía parte de la hacienda "El Santuario" (Folios 103 a 105 del citado volumen).

Por escritura pública número 54 de 11 de enero de 1954, de la Notaría Cuarta de Bogotá, se protocolizó el acta de apertura del testamento otorgado en Gibraltar el 28 de febrero de 1951, por Alice Vaughan de Haskett Smith, en el cual instituye como su albacea y propietario fiduciario de sus bienes a William M. Vaughan y María Ricaurte de Vaughan. (Folios 99 a 100 del mismo volumen).

Por medio de la escritura pública número 1.655 de 5 de abril de 1954, de la Notaría Cuarta de Bogotá, Emily Ishan Vaughan de Patrón confirió poder general a William Macleod Vaughan para la administración de sus bienes situados en Colombia. El poder fue conferido en Gibraltar el 24 de febrero de 1954. (Folios 96 a 98 volumen I).

Por escritura pública número 1.207 de 19 de abril de 1956, de la Notaría Tercera de Bogotá, Emily Vaughan de Patrón, por medio de escritura otorgada en Londres ante el Cónsul General de Colombia el 23 de septiembre de 1954, vende a Wililam M. Vaughan una casa de habitación existente en la hacienda "El Santuario" y el lote de terreno en que se halla edificada, que allí se alinda. (Folios 93 a 95 volumen I).

Mediante escritura número 5.035 de la Notaría Tercera de Bogotá, fechada el 9 de diciembre de 1946, se protocolizó el acto de partición material celebrado entre Santiago Trujillo Gómez y Ana Arboleda de Trujillo Gómez de una parte y los herederos de John M. Vaughan y Belén Alvarez de Vaughan de otra, de los lotes de terreno de la antigua hacienda de El Santuario. (Folios 106 a 122).

Desde el folio 19 al 92 del volumen I de pruebas de El Santuario, obran varias certificados y ampliaciones de éstos sobre propiedad y libertad de los predios de que actualmente se dicen titulares los demandantes Vaughan, así:

a) El expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Honda el 12 de julio de 1956, en que consta la inscripción de la escritura número 2.330 de 16 de julio de 1947, verificada en el Libro 1º, tomo 2º, páginas 155 a 157, partida número 912, por medio de la cual Alice Vaughan de Maskett Smith en su propio nombre y en representación de Emily Ishan Vaughan de Patrón vende a William M. Vaughan un lote de terreno que hacía parte de la antigua hacienda El Santuario, con cabida de 2.136 hectáreas, reservándose la vendedora el derecho de propiedad sobre el subsuelo petrolífero. En el certificado se anotan transferencias del referido predio hasta el año de 1899, y se afirma que la referida inscripción se halla vigente hasta el 31 de diciembre de 1952 "en que el registro pasó al Circuito de Armero".

b) El expedido por el Registrador de Armero el 17 de julio de 1956, en el cual consta la inscripción de 28 de julio de 1954, de la escritura pública número 2.433 de 21 de mayo anterior, en el Libro 1º, folios 40 a 50 del tom 3º, partida 694, escritura por medio de la cual William M. Vaughan y María Ricaurte de Vaughan celebraron un contrato con la Mesa Verde Petroleum Company, y de la escritura pública número 10 protocolizada como se dijo antes, por la cual Emily Vaughan de Patrón vendió a William M. Vaughan la casa y lote adyacente de la antigua hacienda "El Santuario", registros estos que no aparecen cancelados por ninguno de los medios establecidos en la ley.

c) Certificado del Registrador de Ambalema, en el cual aparece la inscripción de la escritura pública número 5.035 de 9 de diciembre de 1946 de la Notaría Tercera de Bogotá (partición material del globo de terreno "El Santuario" ya relacionada), la número 2.330 de la Notaría Tercera de Bogotá de 16 de julio de 1947 (venta de Alice y Emily Vaughan a William M. Vaughan de los lotes de "Caserío", desmembrados de "El Santuario", junto con la 1|32 parte del subsuelo de dicho predio); de la número 1.139 de 30 de abril de 1948 de la misma Notaría (venta de Alice Vaughan a William Vaughan de un lote de 95 hectáreas perteneciente a El Santuario); la número 4.083 de 18 de agosto de 1944 de la Notaría Cuarta de Bogotá (venta de Roger B. Vaughan a Bonifacio Guerra de la Isla de las Pelotas, que pertenecía a la hacienda El Santuario, con reserva para el vendedor del subsuelo petrolífero); de la número 4.082 de 18 de agosto de 1944 de la Notaría Cuarta de Bogotá (venta de Roger B. Vaughan por sí y en representación de Alice y Emily Vaughan del lote de terreno de la Isla del Consuelo, de la misma hacienda, con reserva del petróleo a favor de los vendedores); de la número 1.476 de 14 de abril de 1943 de la misma Notaría, (venta de Roger B. Vaughan, Wililam y Alice Vaughan a Ana Arboleda de Trujillo Gómez de los lotes de Lomas de Palmichal y Santomás); de la número 1.859 de 14

de mayo de 1943 de la misma Notaría, (venta de los mismos Roger B. y William Vaughan a Bernardo Saldarriaga del lote de Macute); de la escritura de protocolización del acto de partición material del Santuario con Santiago Trujillo Gómez y señora; de la partición y adjudicación de los bienes sucesorales de Belén Alvarez de Vaughan; de la escritura de protocolización del juicio de sucesión de John M. Vaughan; de la escritura número 1.080 de 11 de julio de 1933, de la Notaría Tercera de Bogotá, (venta de William M. Vaughan a Henry Vaughan); de la escritura por la cual se protocolizó la sucesión de Henry C. Vaughan, y de otros instrumentos públicos más que ya se relacionaron anteriormente.

d) Certfiicado expedido el 19 de diciembre de 1938 por el Registrador de Instrumentos Públicos de Ambalema, que recoge tradiciones del dominio de El Santuario, anteriores al año de 1937, y otras más sobre gravámenes hipotecarias relacionados con el mismo predio.

e) Ampliación del certificado anterior.

f) Otro certificado del mismo funcionario sobre constitución de varias obligaciones hipotecarias cargadas sobre porciones del globo de El Santuario, y donde, como en los anteriores, se hace constar que Belén Alvarez de Vaughan y demás herederos de John M. Vaughan son actuales propietaros y poseedores inscritos de la hacienda El Santuario. Este certificado lleva fecha 17 de mayo de 1939.

g) Otro certificado del Registrador de Ambalema, expedido en los mismos términos de los tres certificados anteriores;

h) Ampliación del anterior, el cual incluye la inscripción de las tradiciones que siguieron al sucesorio de John M. Vaughan;

i) Ampliación expedida por el Registrador de Honda, que con base en varias inscripciones, termina con la afirmación de que los señores Ana Arboleda de Trujillo Gómez y Santiago Trujillo Gómez, Alice, William y Emily Ishan Vaughan de Patrón "son en la actualidad los poseedores y propietarios inscritos de los lotes en que se divieron la hacienda (sic) de "EL SANTUARIO"..." Esta ampliación lleva fecha 26 de mayo de 1948.

De acuerdo con los documentos anotados, se establece plenamente que los demandantes William M., Emily y Roger B. Vaughan y María Ricaurte de Vaughan son actualmente propietarios y poseedores inscritos del inmueble denominado "El Santuario" alindado en la demanda, con exclusión de los lotes que dichos demandantes han vendido a diferentes personas y que se determinan en la misma demanda.

Finalmente, en los autos obra el Certificado expedido por el Ministerio de Minas y Petróleos, de acuerdo con el cual la demanda fue presentada en tiempo.

De las pruebas analizadas se desprende necesariamente, que la demanda en referencia debe prosperar.

TITULOS DE LA FINCA "BUENAVISTA DE CAICEDO"

En la demanda del señor Aurelio Mejía R., relativa a este predio, se invocan como títulos de propiedad actual la escritura pública número 2.815 de 21 de noviembre de 1939 de la Notaría Segunda de Bogotá, por la cual Alfredo Afanador Salgar vendió a Aurelio Mejía R. el veinte por ciento del subsuelo petrolífero de la finca "Buenavista de Caicedo"; y la número 2.329 de 6 de noviembre de 1928 de la Notaría Cuarta de Bogotá, por la cual Aurelio Vejarano S. vendió a Aurelio Mejía R. la mitad del expresado predio de "Buenavista de Caicedo"; y, por último, la número 44 de 17 de enero de 1922 de la Notaría de Honda, por la cual la sociedad Mejía y Vesga vendió al mismo señor Mejía R. la otra mitad del referido inmueble.

Estos títulos se encuentran en el cuaderno número 2 del expediente, así:

A folios 11 a 12, la venta de Alfredo Afanador Salgar a Aurelio Mejía del veinte por ciento del subsuelo petrolífero de la finca "Buenavista de Caicedo", que el vendedor adquirió de Rodulfo García; la segunda escritura obra a folios 16 a 18 del mismo cuaderno, y en ella consta que Aurelio Vejarano vendió a Aurelio Mejía R. la mitad proindiviso del predio "Buenavista de Caicedo", que el vendedor hubo por compra a Rodulfo García; y la tercera escritura se encuentra a folios 19 a 21 del mismo cuaderno, y en ella consta que Luis Vesga Tapias, en representación de la sociedad Mejía y Vesga vendió a Aurelio Mejía R. "la mitad proindivisa de la finca rural denominada 'Buenavista de Caicedo', con sus casas de habitación....", indicándose allí los linderos del inmueble, que son los mismos que se reproducen en la demanda del señor Mejía R. La firma vendedora declara haber adquirido ese derecho por compra que hizo a Aurelio Vejarano S., según escritura número 1.700 de la Notaría Cuarta de Bogotá, de 23 de octubre de 1920.

Esta escritura se encuentra a folios 22 a 24 del

cuaderno en cita, que, en copia debidamente registrada, como los anteriores instrumentos, fue acompañada a la demanda. El vendedor Vejarano S. declara allí haber adquirido el derecho enajenado por compra hecha a Rodulfo García, según escritura número 1.672 de 19 de octubre de 1920.

A folios 13 a 15 del cuaderno citado, obra copia registrada de la escritura número 595 de 7 de octubre de 1939, de la Notaría de Neiva, por medio de la cual Rodulfo García O. vendió a Alfredo Afanador Salgar el veinte por ciento del producto del subsuelo petrolífero de la finca "Buenavista de Caicedo", que el vendedor se reservó expresamente en la escritura número 1.672 de 19 de octubre de 1920 de la Notaría Cuarta de Bogotá citada anteriormente.

A folios 25 a 27 se encuentra copia registrada de este último instrumento, en el cual consta la venta hecha por Rodulfo García O. a Aurelio Vejarano de la finca raíz denominada "Buenavista de Caicedo", alindada como se expresa en la demanda de autos, que el vendedor dice haber adquirido por compra a Manuel Antonio Ferreira por escritura pública número 2.038 de 13 de septiembre de 1917 de la Notaría Segunda de Bogotá. Por la cláusula 4ª de este instrumento el vendedor se reserva el veinte por ciento del subsuelo petrolífero del mismo inmueble.

El último instrumento citado aparece a folios 28 a 30 del cuaderno en mención, y allí consta que Manuel A. Ferreira transfirió a título de venta a Rodulfo García O. la finca "Buenavista de Caicedo" con su casa de habitación y demás accesorios", que el vendedor dice haber adquirido por compra hecha a Benito Navarro O. por medio de la escritura número 580 de la Notaría Segunda de Bogotá, fechada el 22 de marzo de 1899, aclarada por la número 683 de 8 de mayo de 1908, en parte, y por remate verificado el 22 de marzo de 1899 ante el Juez Tercero del Circuito de Bogotá, "componiendo estas dos partes proindiviso la totalidad del globo mencionado...." Los linderos que trae este título son iguales a los citados en la demanda que ha dado origen a este juicio.

Por escritura número 630 de 8 de mayo de 1908, de la Notaría Segunda de Bogotá, (folios 31 a 32 del cuaderno número 1) John M. Vaughan por medio de apoderado, y Manuel A. Ferreira convinieron en determinar con toda claridad los linderos de los predios colindantes de "Pajoso", integrante de la hacienda "El Santuario" de propiedad del primero, y "Buenavista de Caicedo" de propiedad de Ferreira.

Mediante escritura pública número 580 citada anteriormente, Benito Navarro O. vendió a Manuel A. Ferreira un derecho de tierra vinculado al predio de "Buenavista de Caicedo", de un valor de $ 3.790.00 sobre un avalúo total de $ 10.000.00, terreno que se alinda en los mismos términos indicados en la demanda de autos. El vendedor declara que dichos derechos los adquirió por adjudicación que se le hizo en la partición de los bienes sucesorales de su esposa Ester Bonilla de Navarro, según escritura de protocolización número 116 de 23 de abril de 1896, de la Notaría de Villeta. (Folios 33 a 35 C. Nº 2).

De acuerdo con copia auténtica debidamente registrada expedida por el Archivero del Departamento de Cundinamarca, (folios 36 vuelto a 38, cuaderno número 2), Samuel A. Ferreira estuvo en diligencia de remate de los bienes pertenecientes a los hijos menores de Benito Navarro, Ester, Luis María Benito, Juan, Evangelista y Evangelina Navarro, practicada por el Juez Tercero del Circuito de Bogotá con fecha 22 de marzo de 1899, la adjudicación de los derechos de propiedad de dichos menores vinculados al predio de "Buenavista de Caicedo". La copia incluye la sentencia aprobatoria del remate.

Por instrumento público número 116 de 23 de abril de 1896, de la Notaría de Villeta, se hizo la protocolización de la causa sucesoral de María Ester Bonilla de Navarro. En la copia de este documento que obra a folios 39 a 45, aparecen las hijuelas de adjudicación hechas al cónyuge supérstite y a sus hijos Evangelina, María Ester, Benito, Luis María y Evangelina Navarro Bonilla, de derechos proindivisos en el predio Buenavista de Caicedo.

A folios 46 y 47 del mismo cuaderno número 2 se encuentra copia registrada de la escritura pública número 71 de 1º de junio de 1887 de la Notaría de Ambalema, por medio de la cual Cenón Serna vendió a Benito Navarro O. el globo de terreno denominado "Buenavista de Caicedo", con la misma alindación que trae la demanda de autos. El vendedor declara que dicho inmueble lo adquirió en pública subasta verificada por el Recaudador de Hacienda de Guayabal el 28 de marzo de 1871; en virtud del pacto de retroventa celebrado con el señor Ignacio de la Torre, consinagado en la escritura pública de 18 de abril de 1869 de la Notaría Primera de Bogotá, marcada con el número 321; y por escritura de transacción de un pleito que se adelantaba en el Juzgado del Circuito de Ambalema sobre reivindicación de las tierras de Buenavista de Caicedo por

el señor Ignacio Calvo, transacción celebrada con el apoderado de éste, y que se elevó a escritura pública el 9 de julio de 1886 de la Notaría de Ambalema. Esta escritura aparece a folios 48 a 51 del mismo cuaderno, marcada con el número 90, y en virtud de la cual el compareciente Serna quedó con el pleno dominio de los terrenos de que se trata. La escritura que recoge el pacto de retroventa expresado obra a folios 52 a 53 del mismo cuaderno, en copia expedida por el Notario 1º de Bogotá, debidamente registrada.

Por escritura número 65 de 1º de mayo de 1876 de la Notaría de Ambalema (fólios 54 a 55 del mismo cuaderno número 2), Cenón Serna vendió a Ignacio de la Torre el predio de "Buenavista de Caicedo" alindado en la misma forma que se expresa en la demanda de autos.

En la escritura pública número 14 de 27 de septiembre de 1871 de la Notaría de Ambalema consta que Teodosio I. Lucena como Recaudador de Hacienda del Estado en Ambalema, ratificó la venta hecha mediante remate verificado el 28 de marzo del mismo año a favor de Cenón Serna, remate celebrado en la ejecución seguida contra Carlos Michelsen como deudor del impuesto directo, de las tierras conocidas con el nombre de Buenavista de Caicedo, cuyos linderos son los mismos que se dan en la súplica principal de la demanda origen de este juicio. Y en la escritura pública número 43 de 1º de abril de 1871 de la Notaría de Ambalema, consta la protocolización de la diligencia de remate a que se acaba de aludir (Folios 56 a 59 y 60 a 61 del cuaderno Nº 2).

En la escritura pública número 198 de 22 de agosto de 1860 de la Notaría de Ambalema, constan las diligencias de remate verificado en el juicio de concurso de acreedores seguido contra Ramón Vargas Calvo en el Juzgado Primero del mismo Circuito. En dicho remate fueron adjudicadas las tierras de Buenavista de Caicedo, materia de dicha diligencia, al señor Carlos Michelsen. (Folios 62 a 64 del mismo cuaderno).

Por medio de la escritura número 10 de 11 de enero de 1856 de la Notaría de Ambalema, se protocolizó la liquidación y partición de los bienes sucesorales de José María Figueroa. Constan allí las hijuelas formadas a los partícipes Diego Uribe (cesionario de los derechos correspondientes a los herederos Lorenza Rico, Marcelino, Inocencio, Mariana, Jerónimo, María Luisa, José María y Mercedes Figueroa), a quienes se adjudicaron derechos vinculados a los bienes muebles e inmuebles del causante (Folios 65 a 69 del cuaderno número 2).

Este título está complementado con el contenido en la escritura sin número de 10 de enero de 1856, de la Notaría de Ambalema, por el cual se hizo protocolización de las diligencias de inventario y avalúo de los bienes sucesorales de José María Figueroa, efectuadas en el año de 1855, en las cuales figura como uno de ellos "un globo de tierra denominado Buenavista de Caicedo, cuyos linderos son los siguientes: por el Oriente, con el río Magdalena, por el occidente con terrenos del señor Ramón Vargas Calvo, por el Norte con tierras del mismo señor y por el sur con el río Magdalena. (Folios 70 a 80).

A folios 81 a 82 del mismo cuaderno número 2, aparece la escritura pública número 45 de la Notaría de Ambalema, fechada el 8 de febrero de 1854, por la cual José María Figueroa vendió a Ramón Vargas Calvo, un lote de terreno, parte del globo de "Buenavista de Caicedo", cuyos linderos allí se insertan.

Por escritura sin número de 18 de octubre de 1843, suscrita ante el Juez Primero Parroquial de Peladeros, Candelario Méndez legalizó la venta que había hecho su madre Bárbara Oñate a José María Figueroa en el año de 1834, de las tierras "llamadas en aquel tiempo 'El Palmar', i en el presente "Buenavista de Caicedo" en la jurisdicción de la parroquia de Guayabal... que fueron habidas por compra a la señora Gregoria Ramírez... cuyos linderos se hallan completamente espresados i terminantes en la diligencia de posesión que se le dio al comprador su finado padre José Anjel Méndez..." (Folios 87 y 88 del cuaderno número 2).

Consta de la escritura sin número de 27 de noviembre de 1843 otorgada ante el Juez Letrado de Hacienda de Honda, que José María Figueroa hipotecó las tierras anteriormente mencionadas para garantizar una fianza a favor de José Trinidad del Río por la cantidad de $ 1.001 pesos (Folios 83 a 88, cuaderno número 2).

Por escritura sin número de 28 de febrero de 1832, otorgada ante el Alcalde Primero Parroquial de Piedras, Gregoria Ramírez por medio de apoderado legalizó a favor de Bárbara Oñate viuda de Josef Ángel Méndez, la venta que había hecho en el año de 1828 a éste de las tierras denominadas El Palmar, que la vendedora Ramírez había adquirido por compra a Vicente Lee de Flórez. (Folios 89 a 91 del cuaderno número 2).

Por escritura sin número de 5 de enero de

1824 otorgada en Honda ante el Escribano Público, Faustino Lee, en representación de su padre Vicente Lee de Flórez y con asentimiento de su hermano Antonio Lee, vendió a Gregoria Ramírez "Las tierras indicadas del potrero del Palmar que fueron de su difunto padre señor Vicente Lee de Flórez... que hubo su difunto padre... por compra qe. hiso dho. Vicente Lee a la señora Juana y Juliana Caballero, y de señora Rosa Guzmán defuntos.... y cuyas tierras del potrero del Palmar, lindan de esta ciudad de Honda pa. arriva por el lado derecho, con tierras de la misma señora Ramírez lindante también pr. dicho lado derecho con el río Lagunilla, donde ba unido con los bledos, pr. el lado de arriva con dhas. tierras, por el izquierdo con la sitada quebrada de Los Bledos, y con tierras de la finada María Ordóñez, y por el de abajo con el río Magdalena..." (Folios 93 y 94, C. Nº 2).

Finalmente obra en autos, a folios 96 y 97 del cuaderno citado, la escritura sin número de fecha 6 de junio de 1792, otorgada en Mariquita, según la cual Francisco Ortiz Caballero constituyó hipoteca de las tierras del Palmar a favor de Vicente Lee de Flórez por la cantidad de doscientos pesos de a ocho reales castellanos.

De los folios 1 a 10 del mismo cuaderno, aparecen los certificados de propiedad y libertad expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ambalema, con fechas 10 de julio de 1939, 29 de mayo de 1940 y 30 de abril de 1948, ampliado el 25 de julio de 1956, de los cuales aparece que el señor Aurelio Mejía R. es propietario y poseedor inscrito del predio denominado "Buenavista de Caicedo", "por no haber sido cancelado el título a su favor por ninguno de los medios que indica el artículo 789 del Código Civil".

"Los certificados en referencia comprenden tradiciones del dominio del referido predio que se remontan hasta el año de 1899, esto es, por un período mayor de 30 años.

Por lo que se ha dejado expuesto en el precedente acápite, se establece claramente que la acción de dominio petrolífero promovida por el señor Aurelio Mejía R. de que se ha tratado, reúne todos los requisitos establecidos sobre el particular por el Código de Petróleos. Obra, además, en los autos, la certificación del Ministerio del ramo de acuerdo con el cual la demanda en referencia fue presentada en tiempo.

CONCLUSION:

En virtud de las consideraciones que se han dejado expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

1º—Declarar, como en efecto declara, que es de propiedad particular de la señora Leonor Ferro de Fahud el petróleo y sus derivados que puedan encontrarse en el subsuelo del predio denominado "SANTAREM", cuya ubicación y linderos se consignan en la petición primera de su demanda, comprendido dentro de los linderos de la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 564 de la sociedad Mesa Verde Petroleum Company;

2º—Declarar, como en efecto declara, que es de propiedad privada de la señora Cecilia Salazar de Mejía el petróleo y sus derivados que puedan hallarse en el subsuelo del predio denominado "EL DORMILON", ubicado y alindado como se expresa en la petición primera principal de su demanda, y comprendido dentro de los límites de la zona territorial alindada en la Propuesta de exploración y explotación de petróleos formulada al Gobierno Nacional por la Sociedad "Mesa Verde Petroleum Company" propuesta distinguida con el número 564.

3º Que asimismo es de propiedad particular del señor Aurelio Mejía R. el petróleo y sus derivados que puedan hallarse en el subsuelo del predio conocido actualmente con el nombre de "BUENAVISTA DE CAICEDO", cuya ubicación y linderos están indicados en la petición primera principal de su demanda, predio que se encuentra igualmente comprendido dentro de la alindación de la Propuesta número 564 de la sociedad "Mesa Verde Petroleum Company" de que se ha hecho referencia.

4º— Que es igualmente de propiedad privada de los señores William Macleod Vaughan, Emily Ishan Vaughan de Patrón, María Ricaurte de Vaughan y Roger B. Vaughan, el petróleo y sus derivados que puedan encontrarse en el subsuelo del predio denominado "EL SANTUARIO", ubicado y alindado de conformidad con la súplica principal de su demanda, predio que está comprendido dentro de los linderos de la propuesta de exploración y explotación de petróleos núme-

ro 564 de la sociedad "Mesa Verde Petroleum Company", con exclusión de los lotes de terreno determinados en los ordinales a), b) c) y d) de la misma súplica, y del sector del mismo predio situado al noroeste, alindado así en el dictamen pericial: "Partiendo de la boca de la quebrada El Astillero en el río Mgdalena, se sigue en línea recta con rumbo verdadero de N 57º 23' W en extensión de 4.750 metros a dar a un punto marcado (1) sobre la cordillera de Chapaima o Río Grande, de aquí siguiendo aproximadamente hacia el N-E hasta encontrar el mojón de la hacienda situado sobre el filo de Chapaima; por este filo que también toma el nombre de cordillera de Las Cruces, en dirección al N-E., hasta la cúspide del cerrito más alto de la Cordillera de Camiseta, denominado Florida; por la cima de la Cordillera de Camiseta en dirección Sureste bajando hasta una cerca de alambre, la que se sigue bajando hasta encontrar una cerca de talanquera; por esta cerca hacia el Sur en extensión de unos 300 metros; y de aquí por una cerca que sigue aproximadamente al S-E hasta dar a la orilla izquierda del río Magdalena frente al puerto de Chaguaní; y de aquí por la orilla del río aguas arriba a dar a la desembocadura de la quebrada El Astillero, punto de partida, "porción de terreno que queda fuera de los linderos de la propuesta número 564 mencionada, y que además pertenece a terceros que, según se afirma en la demanda, no intervinieron en el juicio.

5º—En los términos expresados quedan resueltas las demás peticiones de las demandas materia del presente juicio.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

o o o

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria — Jorge García Merlano, Secretario.

ACLARACION DE SENTENCIA

Corte Suprema de Justica—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

El apoderado de los demandantes señores William Macleod Vaughan, Emily Ishan Vaughan de Patrón y María Ricaurte de Vaughan, solicita en el precedente memorial que se aclare la sentencia proferida por esta Sala con fecha diez y ocho de agosto último que decidió del juicio ordinario promovido por dichos demandantes y por Leonor Ferro de Fahud, Aurelio Mejía y Cecilia Salazar de Mejía, contra la Nación, sobre propiedad privada del petróleo que pueda existir en varios inmuebles comprendidos dentro de la propuesta número 564 de la sociedad "Mesa Verde Petroleum Company", concretando en los siguientes términos las aclaraciones que pide:

"1º)—El encabezamiento del fallo se dice muy exactamente (sic) que el señor WILLIAM M. VAUGHAN obra en el juicio, en su proipo nombre, como apoderado general de la señora EMILY ISHAN VAUGHAN DE PATRON y como albacea y propietario fiduciario, junto con MARIA RICAURTE DE VAUGHAN en los bienes de la señora ALICE VAUGHAN DE HASKETT SMITH. Pero en el punto 4º de la parte resolutiva del fallo se omite expresar que el mencionado señor Vaghan obraba también en su carácter de albacea y propietario fiduciario en los bienes de la señora Alice Vaughan de Haskett Smith, y sería conveniente, para la debida armonía del fallo que en la parte resolutiva se expresara la condición jurídica de los copropietarios en igual forma a como aparece en el encabezamiento de la sentencia.

"2º).—En el punto 4º de la parte resolutiva de la sentencia se declara de propiedad privada de mis mandantes el petróleo y sus derivados que puedan encontrarse en el subsuelo del predio denominado 'El Santuario', ubicado y alindado de conformidad con la súplica principal de la demanda, comprendido dentro de los linderos de la propuesta número 564 de la sociedad "Mesa Verde Petroleum Company", con exclusión de los lotes de terreno determinados en los ordinales a), b), c) y d) de la misma súplica, y del sector del mismo predio situado al noroeste, según los linderos dados en el dictamen pericial y que esa H. Corte transcribe. A continuación de los linderos agrega la sentencia: "....**porción de terreno que queda por fuera de los linderos de la propuesta número 564 mencionada, y que además pertenece a terceros que, según se afirma en la demanda, no intervinieron en el juicio**". (He subrayado).

"La última frase que me he permitido subrayar, es errónea, en cuanto afirma que el mencionado sector pertenece a terceros. En ninguna parte de la demanda, ni del acta de inspección ocular, ni del dictamen pericial se dice tal cosa, ni ello podía afirmarse, ya que aquel sector de "El Santuario" pertenece precisamente a los demandantes, como es fácilmente comprobable".

Se considera:

Las aclaraciones solicitadas son procedentes, porque, en primer lugar, en el punto cuarto de la parte resolutiva del fallo se omitió involuntariamente especificar el carácter con que obran los poderdantes William Macleod Vaughan y María Ricaurte de Vaughan, el primero como copropietario, como apoderado general de la señora Emily Ishan Vaughan de Patrón, y de albacea propietario fiduciario de los bienes sucesorales de la señora Alice Vaughan de Haskett Smith, y la segunda como albacea propietaria fiduciaria con su esposo William M. Vaughan en los bienes que se acaban de expresar, representaciones todas éstas que deben reconocerse en la sentencia a efecto de que ésta sea acorde con la demanda.

En cuanto a la segunda aclaración, también procede, como quiera que de la verificación de los linderos de los lotes a), b), c) y d) que se excluyen de la demanda por pertenecer hoy a terceros, se establece claramente que ninguno de ellos se superpone sobre la porción de terreno de la hacienda del Santuario que de acuerdo con el dictamen pericial queda fuera de la Propuesta número 564 y que por lo mismo no puede ser materia de las declaraciones sobre propiedad del petróleo a que se refiere este juicio, de lo cual resulta que dicho sector no cobijado por el área

de la propuesta se excluye de la declaración mencionada por esta sola razón, y no por la de pertenecer a terceros que no han intervenido en el juicio, como se expresa en el fallo.

Por tanto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, ACLARA su propia sentencia de fecha diez y ocho de agosto pasado, en cuanto hace al punto 4º de la parte resolutiva, el cual queda así:

4º—Que es igualmente de propiedad privada de los señores William Macleod Vaughan, en su doble carácter de condueño y de albeacea propietario fiduciario de los bienes dejados por la señora Alice Vaughan de Haskett Smith; de María Ricaurte de Vaughan en su carácter de albacea propietaria fiduciaria con su esposo Wililam M. Vaughan en los bienes dejados por la señora Alice Vaughan de Haskett Smith; de Emily Ishan Vaughan de Patrón y de Roger B. Vaughan, el petróleo y sus derivados que puedan encontrarse en el subsuelo del predio denominado "EL SANTUARIO", ubicado y alindado de conformidad con la súplica principal de su demanda, predio que está comprendido dentro de los linderos de la propuesta de exploración y explotación de petróleos número 564 de la sociedad "Mesa Verde Petroleum Company", con exclusión de los lotes de terreno determinados en los ordinales a), b), c), y d) de la misma súplica, por pertenecer a terceros, quienes no intervinieron en el juicio. Igualmente se excluye la porción del mismo predio de propiedad de los demandantes, por quedar fuera de la alindación de la Propuesta número 564, porción comprendida dentro de los siguientes linderos determinados en el dictamen pericial: "Partiendo de la boca de la quebrada El Astillero en el río Magdalena, se sigue en línea recta con rumbo verdadero de N. 57º, 23' W en extensión de 4.750 metros a dar a un punto marcado (1) sobre la cordillera de Chapaima, o Río Grade; de aquí siguiendo aproximadamente hacia el N-E hasta encontrar el mojón de la hacienda situado sobre el filo de Chapaima; por este filo que también toma el nombre de cordillera de las Cruces, en dirección al N-E., hasta la cúspide del cerrito más alto de la Cordillera de Camiseta, denominado Florida; por la cima de la Cordillera de Camiseta, en dirección Sureste bajando hasta una cerca de alambre, la que se sigue bajando hasta encontrar una cerca de talanquera; por esta cerca hacia el Sur en extensión de unos 300 metros; y de aquí por una cerca que sigue aproximadamente al S-E. hasta dar a la orilla izquierda del río Magdalena frente al puerto de Chaguaní; y de aquí por la orilla del río aguas arriba a dar a la desembocadura de la quebrada El Astillero, punto de partida".

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra. — Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga.— Jorge Sanabria. — Jorge García M., Secretario.

DE LAS TERCERIAS EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA, CONOCE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE, EN UNICA INSTANCIA, SI SE RELACIONAN CON ACTOS DE GESTION EN QUE SEA PARTE LA NACION, O LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL, SI LOS DEPARTAMENTOS, O LOS JUECES CIVILES DE CIRCUITO, SI LOS MUNICIPIOS O SIEMPRE QUE TALES ACCIONES SE DERIVEN DE SIMPLES ACTOS SURGIDOS O CELEBRADOS ENTRE PARTICULARES

De la sentencia de 26 de julio de 1944 dictada por la Corte Plena, en la cual se declararon exequibles, parcialmente, los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, se desprende que en tratándose de tercerías en juicios por jurisdicción coactiva, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando quien ejercita esa acción es una entidad de derecho público con fundamento en una obligación derivada de un acto de poder de la administración; y corresponde a la justicia ordinaria, cuando el tercerista es una entidad de derecho público con base en una obligación derivada de un acto de gestión, ver. gr., un contrato, o un particular, casos en los cuales "la contención no es puramente administrativa", según expresión del fallo citado.

Mas por esto sólo no puede decirse que la competencia radique exclusivamente en la Sala de Negocios Generales, porque en cuanto se refiere a los actos de gestión de la Administración, su competencia se rige por lo dispuesto en el artículo 40 del Código Judicial como juzgador de única instancia, y el numeral 1º del artículo 37 de la misma obra, en relación con el numeral 2º del artículo 76 ibídem, en segunda instancia.

Pero el presente negocio no está comprendido en ninguno de los casos contemplados en las disposiciones citadas, porque las tercerías tienen origen en operaciones comerciales realizadas entre particulares, y, de otro lado, se han promovido en un negocio en que no están interesadas ni la Nación ni un Departamento. La acción compulsiva la adelanta en este caso el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial.

De tal suerte que, siendo la justicia ordinaria la que debe aprehender el conocimiento de las tercerías de que se trata, para establecer quién es el Juez a quo, deben aplicarse aquellas normas generales de competencia, pues la sentencia de exequibilidad parcial de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, así lo dá a comprender claramente al emplear las palabras "justicia ordinaria", indicando que de las tercerías de que se trata bien puede conocer la Corte, en Sala de Negocios Generales si se relacionan con actos de gestión en que sea parte la Nación, o los Tribunales de Distrito Judicial, si los Departamentos, o los Jueces de Circuito en lo Civil, siempre que tales acciones se deriven de simples obligaciones surgidas entre particulares.

De lo dicho hasta aquí en relación con las tercerías (que de acuerdo con el fallo de exequibilidad parcial de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 tantas veces citado debe conocer la justicia ordinaria por provenir de actos de gestión de la Administración o de obligaciones entre particulares), la competencia se rige especialmente por la naturaleza del asunto así:

a) Si la obligación se originó en un acto de gestión ejercitado por agentes de la Nación, concretamente en un contrato celebrado en representación de ésta, el negocio corresponde al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, en única instancia (Art. 40 del C. de P. C.).

b) Si la obligación nace de un acto de gestión ejercitado en represntación de un Departamento, la competencia corresponde al respectivo Tribunal Superior en Primera instancia y a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en segunda instancia (Num. 2º del artículo 76 y 1º del artículo 37 ibídem).

c) Si la obligación procede de un acto de

gestión ejercitado en nombre de un Municipio, el conocimiento es del respectivo Juez Civil del Circuito, en primera instancia y del respectivo Tribunal, en segunda.

d) Si el tercerista es un particular, el conocimiento del negocio corresponde al respectivo Juez de Circuito en lo Civil según lo establecido en el numeral 4º del artículo 109 del C. J.

Tales son las reglas de jurisdicción y competencia contenidas en el Libro II del Código de Procedimiento Civil a que se refiere la sentencia de 26 de julio de 1944, publicada en el Tomo LVIII, números 2.010 a 2.014 de la GACETA JUDICIAL, páginas 330 y siguientes.

Corte Suprema de Justicia Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga)

El presente negocio ha sido enviado a esta Sala por el Juzgado 30 Municipal de Ejecuciones Fiscales del Distrito Especial de Bogotá a fin de que conozca de las tercerías introducidas por Julio Orozco López y Alfonso Herrera H., para que con el producto de los bienes embargados se les paguen los valores representados en algunos documentos de crédito girados contra la entidad ejecutada.

La providencia que tal cosa dispuso se apoya en los autos de fecha 1º de febrero y 13 de marzo del año en curso proferidas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde se declaró nulo lo actuado por dicha corporación con fundamento en las expresadas tercerías que por ella fueron admitidas.

En efecto, dicho Tribunal sostiene en los referidos autos que el conocimiento de las tercerías en esta clase de juicios no son de su competencia, sino de la justicia ordinaria de acuerdo con la sentencia de 26 de julio de 1944 dictada por la Corte Plena, en la cual se declararon exequibles los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, "salvo en cuanto dichas disposiciones se refieren: 1º—Al incidentes de excepciones cuando el juicio por jurisdicción coactiva, se funda en un acto de gestión de la administración o en un acto entre particulares".

En el primer auto citado el Tribunal Administrativo insinúa, con fundamento en un pasaje de la obra del doctor Carlos H. Pareja sobre el Código Contencioso Administrativo, que la competencia para conocer de tercerías en juicios por jurisdicción coactiva promovidas por particulares radica en la Corte Suprema de Justicia.

Sirve de recaudo ejecutivo en este negocio la liquidación hecha por la Tesorería del Municipio de Bogotá de la cantidad de $ 3.618.00 por concepto del impuesto de industria y comercio a cargo de la Fábrica de Galletas La Victoria de esta ciudad, cuyo reconocimiento lleva fecha de 23 de octubre de 1953.

Dentro de esta ejecución fueron introducidas las tercerías de Julio Orozco López y Alfonso Herrera H., como está dicho, con base en varios créditos a cargo de la Fábrica de Galletas La Victoria que constan en letras de cambio, por diferentes cantidades, endosadas a favor de los terceristas.

En estas circunstancias se pasa a examinar el aspecto esencial de la competencia de esta Sala para conocer del negocio en cuanto concierne a la admisión de las tercerías introducidas en él por los mencionados señores López y Herrera, teniendo en cuenta el fallo sobre exequibilidad de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943.

De dicho fallo se desprende que en tratándose de tercerías en juicios por jurisdicción coactiva, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando quien ejercita esa acción es una entidad de derecho público con fundamento en una obligación derivada de un acto de poder de la administración; y corresponde a la justicia ordinaria, cuando el tercerista es una entidad de derecho público con base en una obligación derivada de un acto de gestión, vr. gr., un contrato, o un particular, casos en los cuales "la contención no es puramente administrativa", según expresión del fallo citado.

Mas por esto sólo no puede decirse que la competencia en estos últimos casos radique exclusivamente en la Sala de Negocios Generales de la Corte, porque en cuanto se refiere a los actos de gestión de la Administración, su competencia se rige por lo dispuesto en el artículo 40 del Código Judicial como juzgador de única instancia, y el numeral 1º del artículo 37 de la misma obra, en relación con el numeral 2º del artículo 76 ibídem, en segunda instancia.

Pero el presente negocio no está comprendido en ninguno de los casos contemplados en las disposiciones citadas, porque las tercerías tienen origen en operaciones comerciales realizadas en-

tre particulares, y, de otro lado, se han promovido en un negocio en que no están interesados ni la Nación ni un Departamento. La acción compulsiva la adelanta en este caso el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial.

De tal suerte que, siendo la justicia ordinaria la que debe aprehender el conocimiento de las tercerías de que se trata, para establecer quién es el Juez **a quo**, deben aplicarse aquellas normas generales de competencia, pues la sentencia de exequibilidad parcial de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, así lo dá a comprender claramente al emplear las palabras "justicia ordinaria", indicando que de las tercerías de que se trata bien puede conocer la Corte, en Sala de Negocios Generales si se relacionan con actos de gestión en que sea parte la Nación, o los Tribunales de Distrito Judicial, si los Departamentos, o los Jueces de Circuito en lo Civil, siempre que tales acciones se deriven de simples obligaciones surgidas entre particulares.

De lo dicho hasta aquí en relación con las tercerías (que de acuerdo con el fallo de exequibilidad parcial de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 tantas veces citado debe conocer la justicia ordinaria por provenir de actos de gestión de la Administración o de obligaciones entre particulares), la competencia se rige especialmente por la naturaleza del asunto, así:

a) Si la obligación se originó en un acto de gestión ejercitado por agentes de la Nación, concretamente en un contrato celebrado en representación de ésta, el negocio corresponde al conocimiento de la Corte Suprema de Justicia, en única instancia (artículo 40 del C. de P. C.).

b) Si la obligación nace de un acto de gestión ejercitado en representación de un Departamento, la competencia corresponde al respectivo Tribunal Superior en primera instancia y a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en segunda instancia (Num. 2º del artículo 76 y 1º del artículo 37 ibídem).

c) Si la obligación procede de un acto de gestión ejercitado en nombre de un Municipio, el conocimiento es del respectivo Juez Civil del Circuito, en primera instancia y del respectivo Tribunal, en segunda.

d) Si el tercerista es un particular, el conocimiento del negocio corresponde al respetcivo Juez de Circuito en lo Civil, según lo establecido en el numeral 4º del artículo 109 del C. J.

Tales son las reglas de jurisdicción y competencia contenidas en el Libro 1º del Código de Procedimiento Civil a que se refiere la sentencia de 26 de julio de 1944, publicada en el Tomo LVII, números 2.010 a 2.014 de la GACETA JUDICIAL, páginas 330 y siguientes.

De lo dicho se concluye, y así lo resuelve la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que no es ella competente para conocer de este negoico y se ordena, en consecuencia, devolverlo al remitente.

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

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga.—Jorge Sanabria.—Jorge García Merlano, Secretario.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA ACCION DE DOMINIO PRIVADO DEL SUBSUELO PETROLIFERO

No sobra recordar que los elementos constitutivos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero, son, de acuerdo, con lo establecido en el Código de la materia, los que en seguida se enumeran:

1º—Título emanado del Estado, o certificación expedida por funcionario competente que de fé de su existencia;

2º—Título de propiedad actual del demandante, acompañado del certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre vigencia de su inscripción, y en el que consten tradiciones del dominio que cubran el período propio de la prescripción extraordinaria;

3º—Identificación del terreno materia de la litis; y

4º—Demostración de que el área de la propuesta se superpone sobre el inmueble reclamado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

Por medio de apoderado legalmente constituído, la sociedad "Inversiones Montes Limitada", domiciliada en Barranquilla, constituída por escritura pública número 73 de 12 de enero de 1944 de la Notaría Tercera de dicha ciudad, presentó demanda ordinaria contra la Nación ante esta Sala, para que con citación y audiencia del señor Procurador de la Nación Delegado en lo Civil, se declare:

"Que es de propiedad privada y perteneciente a la sociedad 'Inversiones Montes Limitada', de Barranquilla, el subsuelo petrolífero de la 'Isla del Toro', ubicada en el río Magdalena, en jurisdicción del Municipio de Salamina, Departamento del Magdalena, por haber salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873".

Como hechos que sustentan la anterior súplica se enuncian en el libelo los que en seguida se sintetizan:

1º — Que el Gobierno Nacional (Ministerio de Minas y Petróleos) admitió, por Resolución número 930 de 31 de octubre de 1953, la propuesta formulada por el doctor Francisco Parodi en representación de la International Petroleum (Colombia) Limited'. para explorar y explotar petróleos sobre un globo de terreno de 13.485 hectáreas con 6.247 metros cuadrados de extensión, ubicado en jurisdicción de los Municipios de Sabanalarga, y Candelaria, Departamento del Atlántico, propuesta que fue registrada con el número 653 y cuyo extracto aparece publicado en el Diario Oficial número 28.381 de 28 de Dcbre. de 1953.

2º— Que dentro de los límites del territorio materia de la antedicha propuesta queda comprendida la Isla del Toro ya referida, inmueble que salió legalmente del patrimonio del Estado antes del 28 de octubre de 1873.

3º—Que dicho predio fue adjudicado por el Gobierno Español (época de la Colonia) en el año de 1763, según diligencias realizadas en dicho año, bajo el nombre de isla 'Camajorudo', a la señora María de las Nieves de la Hoz. Que la propiedad privada así obtenida pasó de dicha señora, sucesivamente, a Manuel Victoria de la Hoz, luégo a Juan de Francisco Martín, etc. hasta llegar a poder de la sociedad demandante.

4º—Que todos los sucesores de doña María de las Nieves de la Hoz en la propiedad de la Isla de Toro, ejercitaron actos posesorios ininterrumpidos y de explotación económica sobre el inmueble mencionado.

5º—Que la sociedad demandante no hizo oposición administrativa a la referida propuesta, por lo cual ha acudido a la vía ordinaria dentro del término señalado en el inciso 3º del artículo 24 del Decreto 1.056 de 1953.

En derecho se acoge el actor a las disposiciones de las Leyes 37 de 1931, 160 de 1936, del Decreto 1.056 citado anteriormente, de la Constitución Nacional de 1886 y demás leyes promulgadas dentro de la éra republicana del país.

El libelo vino acompañado de varios documentos y títulos que en el lugar correspondiente de este fallo se examinarán.

La demanda fue admitida por auto de 2 de abril

de 1956, y surtido el traslado de rigor al representante legal de la Nación demandada, fue evacuado en el sentido de oponerse a las declaraciones de ella y manifestando, en cuanto a los hechos, que se atiene a la eficacia y conducencia de los documentos que fueron aducidos y a las demás pruebas que fuesen aportadas al proceso.

Están cumplidas las ritualidades del juicio, y como en él no se observa causal de nulidad, se procede a dictar el correspondiente fallo con apoyo en las siguientes consideraciones:

Es pertinente recordar aquí que los elementos constitutivos de la acción de dominio del subsuelo petrolífero, son, de acuerdo con lo establecido en el Código de la materia, los que en seguida se enumeran:

1º—Título emanado del Estado, o certificación expedida por funcionario competente que de fé de su existencia;

2º—Título de propiedad actual del demandante, acompañado del certificado del respectivo Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre vigencia de su inscripción, y en el que consten tradiciones del dominio que cubran el período propio de la prescripción extraordinaria;

3º—Identificación del terreno materia de la litis; y

4º—Demostración de que el área de la propuesta se superpone sobre el inmueble reclamado.

Con arreglo a estos requisitos esenciales, se procede a examinar las diferentes piezas probatorias traídas al expediente en las oportunidades que para estos casos señala la ley procedimental.

TITULO EMANADO DEL ESTADO

En la demanda, como se vio anteriormente, se invoca como título emanado del Estado, la adjudicación que se dice fue hecha por las autoridades de la Colonia Española en el año de 1763 a la señora María de las Nieves de la Hoz.

Como documento contentivo de las diligencias en virtud de las cuales se afirma que se realizó la adjudicación en referencia, se trajo con el libelo de demanda, en 8 fojas útiles (folios 4 a 12 del cuaderno número 1), una copia expedida por el Jefe del Archivo Histórico Nacional, tomada de "los documentos originales que se encuentran a los folios números 370 a 386 del Tomo XII de ""TIERRAS DE BOLIVAR" de la cual aparece lo siguiente:

a) Eusebio Alvarez Méndez, obrando como procurador de la señora doña María de las Nieves de la Hoz, "vecina de Tierradentro", solicitó se le hiciese merced a su representada, de un islote "que ha formado dicho río" (Magdalena), en las cercanías del paraje llamado "Camajorudo e isla de Quirós", "y que es realengo, y a su Majestad perteneciente, del cual tiene necesidad dicha mi parte para pastos de sus ganados". Advierte el peticionario que "como esto sea perteneciente al Juez de Tierras de la provincia de Santa Marta, no habiéndolo en ella, para tratar de su composición o venta, se ve por ello precisada dicha mi parte a ocurrir a vuestra Excelencia, como Juez Superior en quien residen los reales poderes y facultades para que se sirva vuestra Excelencia, como en su nombre, rendidamente lo suplico, librar su superior despacho, cometido a la persona que sea de su superior agrado, para que mida, deslinde, avalúe, y por el término del derecho pregone el terreno del referido islote, y admitiendo las posturas, remita las diligencias, citados los postores para su remate y demás efectos que hubiere lugar..."

El Virrey Fray Pedro Messía de la Zerda, en proveído fechado en Cartagena el 12 de abril de 1763, aceptó la solicitud y dispuso librar despacho al alcalde pedáneo de Barranquilla, el que fue copiado a continuación, con inserción de la precedente solicitud, con orden de que, cumplidas las diligencias de mensura, avalúo y pregones, "las remitirá a este superior gobierno, con citación de los postores, con toda brevedad".

El alcalde pedáneo comisionado profirió el 16 de abril del citado año el correspondiente auto de "obedecimiento", y, en consecuencia, dispuso "se pase, por mí a la medida de la islita, en dicho superior despacho contenida".

Nombrado y posesionado como agrimensor el señor Antonio Galindo, hechas las citaciones y demás preparativos para la diligencia de mensura, se dio comienzo a ésta en el mismo mes de abri de 1763, habiéndose tomado sobre el terreno las medidas a cabuya de 100 varas castellanas. Localizada la isla con rumbos y distancias que en la respectiva acta se consignan, el agrimensor señor Galindo rindió su informe, concluyendo que el área del predio resultó ser de 380, 508 varas, "que compone tres fanegas, dos almudes y un treinta y cuatro avos de otro, como encontrará el que curioso quisiere registrarlo".

Verificado lo anterior, procedió el comisionado a designar avaluador, nombramiento que hizo en el mismo que había desempeñado el cargo de agrimensor, señor Galindo, quien estimó que la isla valía la suma de "siete pesos".

Con esta base se adelantaron las diligencias

del remate por el alcalde comisionado, quien dispuso llevar a efecto los 30 pregones reglamentarios, que se iniciaron el 22 de abril de 1763 y concluyeron el 1º de junio siguiente.

Por auto de esta fecha se ordenó por el comisionado, "mediante estar concluídos los treinta pregones dispuesto por derecho, que en el superior despacho de mi comisión se mandaron dar a la isla contenida en estas diligencias", remitir lo actuado" "a el Excelentísimo señor Virrey de este Reino, como por su Excelencia se preceptúa, citando a el postor para que ocurra...." Hecha esta citación al apoderado de la señora María de las Nievas de la Hoz, los autos fueron enviados a Santa Fé, con nota remisoria que lleva la misma fecha de 1º de junio de 1763.

Recibidas las diligencias, se dispuso en auto fechado en Santa Fé el 1º de agosto de dicho año, agregarlas a la solicitud a que correspondían y dar traslado "a las partes interesadas".

La actuación contenida en la copia expedida por el Archivo Nacional concluye con esta constancia que se copia textualmente:

"Yo Tomás Garzón Melgarejo, escribano receptor de la Real Audiencia, certifico y doy fé en la manera que puedo y debo, cómo no hallándose en esta capital doña María de las Nieves Hoz, he solicitado entre los procuradores de el número, si alguno tiene poder de la referida, y se me ha respondido por dichos procuradores no tenerlo; y para que conste de diligencia, pongo la presente, en Santafé, a tres de marzo de mil setecientos y sesenta (sic)—TOMAS GARZON MELGAREJO.—(Rúbrica)".

En este juicio no se encuentra ningún otro documento en que conste la diligencia de remate mediante la cual se hubiese hecho la adjudicación a doña María de las Nieves de la Hoz de la isla de "Camajorudo" de acuerdo con la postura que había formulado, corolario de la actuación transcrita. En otros términos, a los autos no se ha traído la copia o trasunto de la diligencia de remate que debía ser conclusión necesaria de las diligencias practicadas con base en el "superior despacho" de que se ha tomado nota. Tampoco aparece en este proceso certificación u otro documento análogo, expedido por funcionario competente, que de fé de que se realizó el remate, y de la adjudicación que en él se hubiera hecho a la mencionada señora de la Hoz.

Pero el señor apoderado de la sociedad actora sostiene que a través de las transferencias de la propiedad de la Isla de Toro, nombre que posteriormente recibió la misma isla de "Camajorudo", especialmente de la contenida en la escritura pública que recoge la venta hecha por Manuel Victoria de la Hoz, hijo de doña María de las Nieves, a favor de Juan Francisco Martín, venta sucedida en el año de 1830, se establece un claro indicio de que el remate aludido sí se llevó a cabo a favor de dicha señora. Sobre el particular se expresa así el señor apoderado:

"No obstante, parece que, por circunstancias que no se conocen exactamente, porque el expediente que existe en el Archivo Nacional (y del cual se acompañó una copia que forma los folios 4 a 12 del cuaderno número 1) está notoriamente incompleto, la señora de la Hoz logró conseguir que la Isla se le diera en forma de merced por el mismo señor Virrey.

"Tres indicios fuertes concurren para sostener este aserto: 1) El procurador que demandó la mensura y avalúo no aparece actuando en el curso de las diligencias encomendadas al alcalde pedáneo del sitio de Barranquilla y, como es obvio, no se le encontró en Santa Fé cuando el escribano trató de notificar un auto de 1º de agosto de 1764, firmado por un señor Espejo; 2º) El mismo expediente está encabezado con una leyenda, de la época, que dice: 'Doña María de las Nieves Hoz vecina de Tierradentro sobre **merced** de una isla de tierra en el Río de la Magdalena'; 3º) El 29 de abril de 1830, el señor Manuel Victoria de la Hoz, hijo de la señora María de las Nieves de la Hoz, vende dicha isla en Cartagena y afirma: 'Esta isla fue de mi madre legítima María de las Nieves de la Hoz por **merced** que le hizo el Virrey Gobernador y Capitán General del Reino de Granada y Provincia de Tierra Firme y Presidente de la Audiencia Cancillería Real del Reino, en 1763, don Pedro Messía de la Zerda, com consta de su Real Provisión'.

"Todo esto explica el aparente abandono de las dilgencias de una pretendida compraventa y fortalece, repito, la tesis de que la señora de la Hoz fue agraciada con la merced de la Isla, por el propio señor de la Zerda, quien era Virrey en 1763, como se dijo en el documento público de 1830, que se acaba de citar, cuya lectura deja la firme sensación de haberse copiado entonces (todo lo referente a la merced) de la misma 'Provisión' a que el vendedor alude, pues los títulos, cargos y preeminencias del señor Messía de la Zerda coinciden con los que él ostentaba en los documentos emanados de su despacho".

Las transcripciones hechas por el señor apoderado son exactas. Efectivamente, en el instrumento público visible a folios 13 a 14 del cua-

derno número 1, que contiene la venta hecha por Manuel Victoria de la Hoz a favor de Juan de Francisco Martín de "una isla que se nombra 'Camaharudo' en el río grande la Magdalena, fronteras a las tierras de 'Camaharudo' en tierra firme qe. se conocen por Cascajal i a la dicha Isla tiene más o menos cincuenta, i ocho fanegadas treinta i cuatro almudes entre más i menos pr. las agregaciones fomentadas pr. las corrientes a la dicha Isla qe. se conoce también por. el nombre 'Toro'.....", se dice como expresado por el vendedor que el derecho de propiedad transferido lo hubo porque "Esta isla fue de mi madre legítima Ma. de las Nieves de la Hoz pr. merced qe. le hizo el Virrey Gobernador i Capitán Jeneral del Reino de Granada i Provincia de tierra firme i Presidente en la Audiencia, Chancillería Real del Reino en mil setecientos setenta i tres años, don Pedro Messía de la Zerda, como consta de su real provisión, i pasado luego a mi hermano el Presbítero Mario Sebastián de la Hoz, de quien la tengo desde mil ochocientos veintiséis qe. falleció....."

No se expresa en este instrumento que los títulos de propiedad mencionados por el vendedor señor Manuel Victoria de la Hoz, como era costumbre en la época, hubiesen sido entregados al comprador, ni que hubiesen sido exhibidos al escribano público de Cartagena ante quien se corrió dicha compraventa el 29 de abril de 1830. De lo cual se infiere forzosamente que la afirmación de que los terrenos objeto de la venta habían sido mercendiados por el Virrey Pedro Messía de la Zerda en 1763 a María de las Nieves de la Hoz, no constituye prueba eficaz de la existencia de ese título, como quiera que tal declaración no proviene de funcionario público competente, sino de la propia parte interesada.

Entre las probanzas aducidas por la parte actora para establecer el hecho de que la Isla de Toro se mantuvo y se ha mantenido como de propiedad particular hasta la época presente, figuran las diligencias de remate de dicho predio y otros más, adelantados en el año de 1857 por Manuel Camillieri contra los herederos de Juan de Francisco Martín en el Juzgado del Circuito de Cartagena (folios 15 a 43 del cuaderno número 1), donde dicho funcionario, al referirse a las islas de Toro y Bohórquez, sujetas a la traba ejecutiva, declara que éstas 'son realengas". Efectivamente, en la propia diligencia de remate se expresa lo siguiente:

"En la ciudad de Cartagena a catorce de agosto de mil ochocientos cincuenta y siete se constituyó el señor Juez Suplente del Circuito, asociado del infrascrito secretario en la puerta de la casa municipal a efecto de celebrar el remate señalado para el día de hoy. Al publicarse la postura hecha por los señores Vicente, Nicolás i Juan José Llinás, el primero que estaba presente manifestó que la modificaba en estos términos: Ofrezco por las Islas del Toro i de Bohórquez la mitad de sus avalúos que son seiscientos pesos; por las veinticinco caballerías de tierras compuestas de Cañagustal, Almadillo i Caño del Rosario', ofrezco mil setecientos cuarenta i siete pesos veinte centavos....— Admitida i publicada esta postura, se repitió diferentes veces.....— Juzgado del Circuito.—Despacho de lo Civil.—Cartagena, noviembre seis de mil ochocientos cincuenta i siete.— Recibido con el espediente que se acompaña; i habiéndose declarado por el auto superior que antecede fecha veinte de octubre próximo pasado sin lugar el recurso de hecho que se introdujo por el defensor de oficio contra la providencia de este Juzgado de cinco de agosto último; se aprueba cuanto ha lugar en derecho el remate celebrado en catorce del mismo mes de las veinticinco caballerías de tierras nombradas 'Cañagustal', 'Almadillo' i 'Caño del Rosario' por la cantidad de un mil setecientos cuarenta i siete pesos veinte centavos, a reconocer de dicha suma el capital con que se hallan gravados i dar el excedente de contado; i de las Islas del Toro i de Bohórquez, **que son realengas**, por la cantidad de seiscientos pesos, también de contado, a favor del señor José Vicente Llinás...." (Subrayó la Sala).

Si bien es verdad que esta declaración no se hizo para definir judicialmente la situación jurídica sobre propiedad privada de las islas de Toro y de Bohórquez, es, a juicio de la Sala, de mucha importancia para esclarecer la cuestión central que aquí se dilucida, es a saber, si realmente la isla del Toro materia de la presente controversia, salió legalmente del patrimonio del Estado antes de la vigencia del Código Fiscal de 1873, en virtud de un título emanado del mismo Estado, concretamente, por medio del remate o merced que invoca el demandante. Porque contra esa declaración del Juez que conoció de las diligencias de remate de que se trata, no se hizo objeción alguna en aquella oportunidad, como se comprueba de la lectura atenta que ha hecho la Sala de todo el documento citado, protocolizado por medio de la escritura número 509 de 4 de diciembre de 1890, de la Notaría Primera de Barranquilla, otorgada por uno de los interesados en el referido remate,

el señor Nicolás Llinás. Lo cual quiere decir que esa apreciación del Juez que conoció del juicio ejecutivo premencionado atrás, se hizo con conocimiento de causa, esto es, con base en documentos que se allegaron a la acción entonces promovida.

Esta observación, como es obvio, destruye por completo la afirmación unilateral del tradente señor Manuel Victoria de la Hoz, acerca de que la Isla de Toro había sido concedida en merced a su madre doña María de las Nieves de la Hoz en 1763. No debe perderse de vista la circunstancia de que el juicio ejecutivo de 1857 se siguió contra los causahabientes directos de quien intervino como comprador en la escritura de venta de 1830, en la cual el señor Manuel Victoria de la Hoz, vendedor, hizo la afirmación sobre la existencia de la merced de tierras tantas veces citada.

De lo que se ha expuesto hasta aquí se concluye inequívocamente que el actor no ha probado, ni con el propio título, ni con atestación o certificación de funcionario público competente que de fé de su existencia, que las tierras de la Isla de Toro salieron legalmente del patrimonio nacional mediante merced, remate o composición concedidos por el Estado con anterioridad a 1873.

JUSTA PRESCRIPCION

De la petición única del libelo transcrita al principio, se deduce claramente que ella entraña implícitamente, y en forma subsidiaria, la de propiedad particular del subsuelo petrolífero con fundamento en el título de la justa prescripción, adquirido por los sucesores de doña María de las Nieves de la Hoz en la propiedad de la Isla del Toro, mediante actos de posesión material ininterrumpidos y desde remota época, y de explotación o beneficio económico del terreno.

Procede, por tanto, verificar un examen detenido de los títulos y documentos que tanto en la demanda como en el alegato de conclusión se aducen como elementos demostrativos de esa posesión inmemorial con explotación económica del fundo denominado "Isla de Toro".

En primer término se encuentra la escritura por medio de la cual Manuel Victoria de la Hoz transfirió a Juan de Francisco Martín la propiedad del inmueble mencionado, instrumento que ya se citó anteriormente. No se menciona en esta pieza probatoria ningún hecho demostrativo de explotación económica, puesto que la venta se reduce exclusivamente al terreno, con su correspondiente alindamiento.

En la escritura número 509 de la Notaría Primera de Barranquilla, de 4 de diciembre de 1890, por la cual se hizo protocolización del remate a favor de José Vicente Llinás, de la sentencia aprobatoria y de la diligencia de posesión de las tierras rematadas, todo lo cual tuvo lugar en el año de 1857, se menciona que sobre todos los inmuebles en referencia, o sea los de Cañagustal, Almadillo y Caño del Rosario, y las Islas del Toro y de Bohórquez, se había constituído un censo a favor de Presbítero Julián José Pertuz.

A folios 31 a 32 del cuaderno número 2, figura una copia expedida por el Notario Primero del Circuito de Cartagena que trata de las diligencias adelantadas en el año de 1866 en orden a levantar una información sobre existencia de Capellanías y de Bienes Desamortizados en la ciudad de Cartagena. En cumplimiento de la orden impartida por la Agencia Principal de Bienes Desamortizados del Estado, se hizo comparecer ante el Juez del Distrito de Santo Tomás comisionado al efecto, al señor Miguel José de la Hoz, quien declaró sobre el particular ignorar si en la fecha de su testimonio existían vigentes gravámenes de tal naturaleza a favor de alguno o algunos de los miembros de la familia de la Hoz. Declara que en tiempos pretéritos existió una capellanía, cuyo capital se perdió, a favor del Presbítero Mario Sebastián de la Hoz, a cuyo fallecimiento el patronato pasó al Presbítero Gualberto de la Hoz, que estuvo disfrutando la renta hasta el año de 1835 en que también falleció. A este último patrono sucedió como tál el Presbítero José de la Hoz pero éste no pudo gozarla efectivamente, pues no se encontró el título de las capellanías "ni siquiera una relación de las fincas en que estaba ubicadas; que fallecido el Presbítero José de la Hoz, el declarante adelantó algunas diligencias para obtener el reconocimiento de las capellanías, sin lograr que se le expidiera el correspondiente título", y por esto, se repite —concluye el deponente— que absolutamente no tiene conocimiento de la existencia de esos Capitales, ni en este lugar, aunqe. existe la Familia de la Hoz, ninguno de sus miembros tienen la menor noticia ni conocimiento del paradero, i existencia de las Capellanías que se solicitan esclarecer, (comido) por su parte creé que la mayor parte de esos Capitales han sido totalmente perdidos".

A folios 48 a 49 del cuaderno número 2, se encuentra copia auténtica y registrada de la escritura pública número 16 de la Notaría del Cir-

cuito de Sabanalarga, otorgada el 30 de septiembre de 1866, por medio de la cual José Vicente Llinás vendió a Nicolás Llinás "la mitad de cada una de las islas conocidas con los nombres de 'Bohórquez' i 'Del Toro' estando situadas la primera en la jurisdiccin del Distrito de Candelaria i la segunda frente al de Salamina", "con todas sus entradas, salidas, usos i costumbres, regalías i servidumbres...."

Por escritura número 9 de 14 de junio de 1866 otorgada ante el Notario Público de la Provincia de Sanabalarga, se hizo constar la cancelación "de un censo que reconocía el señor José Vicente Llinás a favor del ramo de desamortización de bienes, en veinticinco caballerías de tierra nominadas Cañaguatal, Almadillo i Caño del Rosario, a favor del Presbítero Julián José Pertuz". Este censo, según reza el título, tenía un capital de $ 1.627.20 al rédito del cinco por ciento anual. El señor Llinás consignó el valor de tal obligación a favor del Tesoro Nacional, por lo cual el Agente Principal de Bienes Desamortizados hizo constar la cancelación de la escritura por medio de la cual se constituyó la referida obligación.

Queda, pues, con este documento, claramente establecido que el gravamén a que se hizo alusión en el remate de 1857 a favor de José Vicente Llinás, no pesaba sobre las islas de Bohórquez y del Toro, sino sobre los restantes bienes raíces sujeto a la traba ejecutiva.

Al folio 30 del cuaderno número 2, se encuentra una copia expedida por el Notario Primero del Circuito de Cartagena, debidamente registrada, del documento fechado en la misma ciudad el 16 de marzo de 1833, por medio del cual se hizo constar el contrato de arrendamiento celebrado entre Juan Francisco Martín como arrendador, y Juan José Palacios como arrendatario, "de las tierras libres qe. posee..... en la jurisdicción de Sabanalarga nombradas Cañaguatal, Barro Frit (comido) y Crifalque, Cenengue, y una Ysla en el Magdalena denominada Bohórquez con sus playas anessas, incluso la Ysla del Toro y sus playas; cuyo arrendamiento se ha estipulado a trescientos pesos mensuales, que deberán pagarse indispensablemente a fin de cada año de los que dare el arriendo, qe. espiró (sic) a correr desde el día primº. de Enero de mil ochocientos treinta y dos....Y estan (borrado) sente en este acto el referido Sr. José Palacios impuesto de su tenor dijo: Que recibe en arrendamiento las espresadas tierras en los términos individualizados, obligándose a satisfacer al fin de cada año de lo qe. subsiste los trescientos pesos del arriendo al propietario o a quien lejitimamente lo represente en moneda usual y corriente, sin demora ni contradicción alguna...."

Hasta aquí los documentos pertinentes aducidos al juicio.

No encuentra la Sala del estudio anterior la demostración suficientemente eficaz de la posesión material con explotación económica de la Isla de Toro, que se requiere para la declaración de propiedad privada del subsuelo con base en el derecho de la justa prescripción.

Ya se ha visto que el censo que pesaba sobre las tierras que remató el señor José Vicente Llinás en el año de 1857, no incluía la Isla de Toro; y que respecto de las capellanías que se fundaron sobre los bienes de la familia de la Hoz, no se puede establecer concretamente si los capitales que pudieron ser reconocidos con ese carácter, comprendieron aquel mismo terreno.

Lo único que existe sobre el hecho de la posesión y explotación económica, es el contrato de arrendamiento a que se refiere el contrato de arrendamiento últimamente citado, pero ese contrato constituye una prueba aislada y fragmentaria sobre el particular, pues ni se conoce su duración, ni en él se especifica la destinación que por dicho pacto se daba a las tierras arrendadas.

El señor apoderado de la actora en su alegato de conclusión concede una marcada importancia al contenido de dicho documento, estimando que el precio de trescientos pesos mensuales que como cánon de dicho contrato allí se estipula, dá por sí solo suficente luz sobre la intensidad de la explotación que por aquel entonces tenía la isla de Toro, perdiendo de vista desde luego que el contrato no sólo se refería a dicho inmueble sino a otras fincas que, como la de Cañaguatal, tenían una mayor cabida.

Ninguno de los documentos analizados dá la menor noticia de la clase de explotación económica que pudo ejercerse sobre la isla de Toro. Y en cuanto se refiere al acto ritual efectuado para dar posesión a José Vicente Llinás como adjudicatario en el remate de 1857, tampoco puede deducirse de ella conclusión alguna favorable al pretendido título de la justa prescripción, porque esa diligencia tiene un significado simplemente simbólico.

En su alegato de conclusión dice el señor apoderado:

"Y más adelante se puede leer el acta de la dligencia de posesión de dicha Isla, como consecuencia de ese remate, la cual se verificó, por comisionado, el día 12 de diciembre de ese mismo

año de 1857. Es curiosa la anotación que allí se pone de que el señor José Vicente Llinás al tomar posesión de su propiedad, 'arrancó yerbas y cortó árboles', dato éste que viene a confirmar lo que ya se ponía en conocimiento del señor Virrey en 1763: que la Isla estaba sembrada de pastos y, en general, cultivada, útil para los menesteres ganaderos a que la han dedicado todos sus dueños, incluyendo los señores Llinás (quienes tuvieron allí un hato famoso en todos los contornos) y luégo los señores Llinás Rodríguez, el señor Blas Movilla, don Julio Montes y por último la actual propietaria, Sociedad de Inversiones Montes Limitada, como lo constató el personal que realizó la inspección ocular y lo certifican los señores peritos..."

En la solicitud de doña María de las Nieves de la Hoz, como se vio al estudiar el respectivo documento no se habla de que la isla esté cultivada de pastos; allí lo que se dice es que la solicitante tiene necesidad de ella "para pastos de sus ganados", de lo cual se puede entender también que el propósito de la peticionaria era cultivarla para el predicho fin, pero no aparece de los documentos que la hubiera cultivado ni que la tuviera poblada de ganados.

En los documentos en que figura el señor José Vicente Llinás como propietario de la isla de Toro, ni en los referentes a sus inmediatos sucesores se expresa nada que diga relación con su "famoso" hato.

En el dictamen pericial y en la diligencia de inspección ocular de este juicio quedó expresa constancia, en verdad, de la intensiva expotación económica que en la época presente existe en la isla con ganadería. Los señores peritos afirman que "Esta isla está bajo intensa explotación económica. Está totalmente cultivada con pastos artificiales y diversos frutos (sic). Cuenta con varios corrales para ordeño y varias casas de habitación.—La ocupan ganados vacunos finos, de gran rendimiento. — La vegetación expontánea (sic) la constituyen principalmente, árboles de campano para el sombrío del ganado, que por su extraordinario tamaño denotan ser centenarios".

Pero estas comprobaciones de actualidad, nada demuestran sobre la posesión inmemorial con explotación económica, necesarias para generar el título de la justa prescripción que ha de referirse, como es natural, a tiempos remotos, anteriores a 1873. La explotación actual es un elemento complementario que reforzaría el aprovechamiento económico de mayor antigüedad si éste existiera.

Necesaria conclusión de lo que se ha dicho en torno a lo alegado como fundamento del título de la justa prescripción, es que ese fenómeno jurídico tampoco aparece acreditado en los autos.

Por tanto, si no se ha traído al juicio el título emanado del Estado con anterioridad a 1873, ni documento alguno que haga plena fé de su existencia; y si tampoco se han acreditado los actos de posesión inmemorial con explotación económica del suelo capaces de generar el título jurídico de la justa prescripción, la demanda de autos no puede prosperar por carencia del primer elemento constitutivo de la acción sobre dominio del subsuelo petrolífero.

Tal es, además, la conclusión a que llegó el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su concepto de fondo, cuando dice:

"Por todos los motivos que me he permitido exponer en este alegato a los Honorables Magistrados, es que hago la afirmación de que en este proceso no se logró demostrar que el bien objeto del juicio hubiera salido del poder de la Nación con anterioridad al 28 de octubre de 1873, ni mediante título originario, o emanado del Estado, ni por justa prescripción. En consecuencia, no se logró acreditar tan fundamental extremo de la acción, para que la pretensión estampada en la demanda sufriera despacho favorable".

Lo dicho hasta aquí exime a la Sala de estudiar los demás elementos constitutivos de la acción ejercitada.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones formuladas en la demanda de la sociedad "Inversiones Montes Limitada" origen de este juicio, y en consecuencia, se ABSUELVE a la Nación de todos los cargos que en dicho libelo se le han formulado.

No hay lugar a costas.

Cópiese publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra. — Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga.—Jorge Sanabria. —

Jorge García M., Secretario.

I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

La morosidad, la falta de probidad, de estimación y buen concepto de un funcionario, no habiendo éste desempeñado el cargo para el que se le nombró, son hechos que no dan lugar a pedir la nulidad del nombramiento de aquél. — Se resuelve que no hay lugar a pronunciamiento de fondo, por sustracción de materia, y se dispone que se archive el expediente relativo a la demanda de nulidad del nombramiento del doctor Antonio Moreno Mosquera, para el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, hecho por el Consejo de Estado el 18 de julio de 1950, por el período de dos años a partir del 1º de septiembre del mismo año. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 3

Se declara inexequible el artículo 12 del Decreto Extraordinario 0204 de 1957 y, por sustracción de materia, no ha lugar a hacer declaración alguna sobre los artículos 2º a 10º inclusive del Decreto Extraordinario 616 de 1954.—Así lo resuelve la Corte, en sentencia de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 5

Sanciones disciplinarias.—Sustracción de materia por haber cesado en el ejercicio de sus cargos los funcionarios acusados.—Por sustracción de materia, no ha lugar a pronunciar decisión alguna en las diligencias adelantadas contra los Magistrados del Tribunal del Trabajo del Atlántico, doctores Alvaro García Solano y Juan Luis Mendoza y contra el Conjuez doctor Eduardo Llinás. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 7

Si en el país surgieren graves perturbaciones que afecten la paz pública, justificable es entonces el estado de sitio y la adopción por el Gobierno de medidas legislativas extraordinarias propias para contener o conjurar la perturbación, y los Decretos que así expida, de orden político, económico o social, deberán tener siempre un nexo causal entre las leyes que se suspenden y la urgente necesidad de que tal suspensión obedezca al fin exclusivo del restablecimiento del orden público, pues si no lo tuvieren, extralimitaría el Gobierno las facultades que el artículo 121 le confiere y abusaría en forma ostensible del Poder.—Noción de orden público. — Se declara inexequible el inciso primero del artículo 13 del Decreto Legislativo número 124 de 1954.—Así lo resuelve la Corte, en sentencia de Sala Plena. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria... 8

Para aplicar la sanción que prevé el artículo 35 del Decreto 750 de 1940, consistente en la destitución del cargo, se requiere, como es obvio, que en el momento de proferirse el fallo el funcionario acusado tenga tal calidad y se encuentre en ejercicio de la misma.—Se declara que, por sustracción de materia, no ha lugar a pronunciar decisión alguna en la queja presentada contra el doctor Luis Fonseca Rojas. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 12

Se ratifica la doctrina sentada por la Corte en el sentido de que son inexequibles los Decretos expedidos con fundamento en el artículo 121 de la Constitución, cuando la materia sobre que versan no tiene relación con el orden público.—Se declaran inexequibles todos los artículos del Decreto número 0700 de 5 de marzo de 1954, "por el cual se organiza la Jurisdicción Aduanera y se dictan otras disposiciones", con excepción de algunos artículos del mismo, respecto de los cuales hay sustracción de materia por haber sido sustituídos y derogados por los Decretos Extraordinarios números 73 y 188 de

1958.—Así lo resuelve la Corte en sentencia de Sala Plena.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 13

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 15

SALA DUAL

Calumnia e injuria.—Requisitos para que este último delito se configure.—Se confirma el fallo proferido por la Sala Unitaria del Tribunal Superior de Medellín, en la querella adelantada contra Jesús María Burgos C., por calumnia e injuria.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 16

SALA DE CASACION CIVIL

Para demostrar la existencia del vicio oculto, al comprador le basta acreditar, como dicen los doctrinantes, que debido al vicio la cosa no servía para su uso natural o sólo servía imperfectamente, de manera de presumirse que si el comprador hubiese conocido el vicio no habría efectuado la compra o la habría hecho por un precio inferior al que dio. Si el vendedor de una especie revela al tiempo de efectuarse el negocio los vicios que lo afectan, no hay lugar a la acción redhibitoria.—Extremos que debe probar el actor una vez promovida esta acción.—Los certificados originarios de una Dirección Municipal de Higiene, tienen el carácter de documentos auténticos.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, en el ordinario sobre rescisión de unos contratos de venta de pescado, adelantado por Alcides Perdomo Lasso contra Juan C. Lugo y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 18

Acción de filiación natural.—Formas que puede asumir el reconocimiento de la paternidad natural.—Diferencia existente entre el artículo 2º y el numeral 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936.—Relaciones sexuales estables. — Posesión notoria del estado de hijos naturales. — Inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes.—Ausencia de legítimo contradictor.—Petición de herencia. No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución, adelantado por Ernestina Acosta como madre natural de sus menores hijos Ruth y Héctor Acosta contra la sucesión de Pedro Pablo Rengifo y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila.. 23

Errores in iudicando e in procedendo. — Los Tribunales tienen competencia para infirmar un auto de improbación de un trabajo de partición mediante sentencia sin usurpar jurisdicción.—Causal sexta.—La causal primera de casación no es viable cuando se trata de meras reglas de procedimiento particional. — Deberes de los partidores al rehacer sus trabajos de partición.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio divisorio adelantado por Lilia Aljure Reyes y otros contra Ernestina Cadena y otras.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 28

Técnica del recurso de casación.—Para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, pero esa circunstancia no quiere decir que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación, porque se trata de dos acciones diferentes.—Requisitos para que surja a cargo de una persona la obligación de prestar alimentos.—Medios nuevos. — Se reafirma la doctrina sostenida en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa por falta de pago del precio, adelantado por Benjamín Correa Vélez y otra contra Argemira Correa Vélez "y para la sucesión de María Jesús Vélez v. de Correa". Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila 35

Filiación natural y petición de herencia. — Errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas.—El estado civil de las personas no puede probarse por medio de

Págs.

confesión.—La prueba, ya sea de las relaciones sexuales, ya de la posesión notoria, es prueba libre.—En esta clase de acciones los documentos que emanan de los demandados y los testimonios de los mismos, tienen un valor muy especial para establecer los hechos constitutivos del estado de hijo natural.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Baranquilla, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Ernesto Salzedo Ribaldo y otro contra Antonio Salzedo Cotes y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 40

Se aclara el fallo precedente.—La Corte aclara el fallo proferido por el Tribunal Superior de Barranquilla, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia adelantado por Ernesto Salzedo Ribaldo y otro contra Antonio Salzedo Cotes y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea. 48

Confesión inequívoca de paternidad y relaciones sexuales estables y notorias. — Pruebas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia ,adelantado por Rosalba Martínez García contra la sucesión de Rogerio Martínez. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 49

La venta de derechos y acciones en una sucesión no tiene la eficacia suficiente para transmitir al comprador los bienes identificados como cuerpo cierto que se determinen en escritura de venta. — Criterio sobre acumulación de acciones.—Reforma de testamento, petición de herencia y reivindicación.—Límite de la soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas. — Presunción de buena fe.—La mala fe debe aparecer siempre de manifiesto en hechos contrarios a la rectitud y honestidad debida a quien tal concepto se achaca.—La prueba pericial no obliga sino mediante la avaluación jurídica del Juez, que es a quien corresponde en definitiva, determinar el valor probatorio del peritazgo.—Si en la demanda se pidió la liquidación en abstracto de los frutos, el fallador no puede condenar al demandado en concreto.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre reforma de testamento, petición de herencia y restitución, adelantado por Clemencia Castrillón de Mejía contra Tulia Maya v. de Castrillón.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 56

Manera de acreditar la calidad de heredero testamentario. — Las pruebas aportadas al debate aprovechan a todas las partes. — Prueba de la posesión del estado de hijo natural.—Requisitos de la confesión inequívoca de paternidad.—La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bucaramanga, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Alicia Neira Silva contra la sucesión de Moisés Silva Gómez. Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 65

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Valencia Zea, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 79

La intervención del Ministerio Público en los juicios de filiación natural no es forzosa.—Nulidad por falta de citación de su Agente. Quién puede promover esta acción.—La regla del artículo 697 del C. J. no tiene aplicación en la apreciación de la prueba testimonial aportada para demostrar la posesión notoria del estado de hijo natural. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Eduardo A. Escudero en su propio nombre y como Curador de la menor Teresa Escudero (hija de Rosa Adelia Escudero, fallecida), contra Rubén Emilio Hidrón y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez.... 82

Registro de sentencias.—Alcance de esta formalidad.—Acción de nulidad de un contrato de compraventa. — Efectos de la sentencia en relación con terceros.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre restitución adelantado por Jesús Antonio López y otros contra Vicente Correal y otros. — Magistra-

Págs.

do Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 88

Reconsideración del valor de unos honorarios de abogado. — Honorario fijo y honorario abierto. — No debe confundirse este último con el de cuota litis.—La determinación de los honorarios de los abogados cuando ellos no fueron previamente estipulados, se fijan por el procedimiento del artículo 2054 del C. C.—No existe ninguna costumbre o uso para fijar el valor de servicios inmateriales. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre pago de honorarios profesionales (reconsideración), adelantado por Miguel Angel González contra la sociedad "Urbanizaciones Sardi Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea 97

El error de hecho como causal de casacion.— La declaración jurada de una persona sobre los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural, consignada en posiciones, no pierde por ello la calidad de testimonio y a más de ser admisible, tiene doble carácter en materia probatoria: el de confesión si contesta afirmativamente sobre hechos personales del absolvente, y el de testimonio cuando esa contestación afirmativa alude a hechos que él no ha ejecutado sino otro, pero de los cuales tiene conocimiento.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Marino Torres contra Cecilia Durán v. de Sanclemente y otras.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 101

Acción de pago de una suma de dinero proveniente de utilidades en interés social.—Pago de deudas hereditarias. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el ordinario sobre pago de una suma de dinero proveniente de utilidades en interés social, adelantado por Hermann Spann contra Rosa Elena v. de Navarro y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 106

Cuando el recurso es doble y la Corte encuentra fundado uno de los cargos formulados, no es necesario estudiar los demás cargos ni la otra demanda.—Se resuelve un memorial suscrito por el apoderado de algunos recurrentes, en el ordinario de Hermann Spann contra Rosa Elena v. de Navarro y otros, sobre pago de una suma de dinero proveniente de utilidades en interés social, referente al fallo de casación pronunciado en el mismo. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 109

Técnica de la demanda de casación.—La acción de petición de herencia y la de reivindicación, responden en nuestro régimen civil a distintos conceptos jurídicos y se hallan gobernadas por normas diferentes. — Términos y condiciones prescritas para modificar el planteamiento inicial de un debate.—Antes de abordar el estudio de las pretensiones propuestas por los litigantes, el fallador debe examinar como primer aspecto, el referente a la personería de las partes.—Facultades que confiere al comprador la adquisición de derechos en una sucesión. En el ordinario reivindicatorio adelantado por Joaquín Navia Belalcázar, en nombre de la sucesión ilíquida de Máximo Collazos, contra Alfonso Garcés Valencia, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 110

Oposición a la adjudicación de un baldío. — El dictar fallo de segunda instancia sin haberse decidido el incidente sobre objeciones a la cuantía de la demanda, no constituye violación de la ley, ni motivo de nulidad alegable por las causales 1ª o 6ª de casación.—Se ordena devolver al Tribunal Superior de Pasto, el ordinario sobre oposición a la adjudicación de un lote de terreno, adelantado por Tomás Rosero contra Zoila Villota de Arango, para que por medio de peritos se estime la cuantía del juicio, y con base en dicha estimación resuelva sobre concesión o negación del recurso de casación interpuesto.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 115

Cuando existe reclamo sobre la cuantía del juicio sujeto a esta condición, no procede el recurso de casación mientras no se haya

Págs.

establecido dicha cuantía.—Así lo resuelve la Corte, respecto de la providencia pronunciada el 25 de junio de 1958, en el ordinario sobre oposición a la adjudicación de un lote de terreno, adelantado por Tomás Rosero contra Zoila Villota de Arango. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 118

El endoso para el cobro de una letra implica el otorgamiento de un contrato de mandato. El mandato judicial no constituye al abogado en criado, ni al mandante en amo.—Responsabilidad extracontractual del mandante por daños causados a terceros por el mandatario en la ejecución del encargo. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario, sobre pago de perjuicios, ocasionados por el denuncio, embargo y secuestro de una camioneta, adelantado por Aniceto Ramírez contra Tomás Bastidas.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango 119

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Valencia Zea, en el fallo proferido por la Corte el 19 de septiembre de 1958, dentro del ordinario sobre pago de perjuicios ocasionados por el denuncio, embargo y secuestro de una camioneta, adelantado por Aniceto Ramírez contra Tomás Bastidas 123

Posesión notoria del estado civil.—Su prueba. En la estimación de ésta el Juez ha de seguir un criterio muy estricto.—Para que la Corte como Tribunal de Casación pueda variar la apreciación de las pruebas que hizo el juzgador de instancia, porque hubo en ello error de hecho, se requiere que ese error sea manifiesto. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Alfonso Gómez Orejuela contra la sucesión de Jaime Gómez. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 129

Competencia de la justicia ordinaria para decidir controversias sobre derechos en aguas de uso público.—La propiedad de las aguas de uso público no es reivindicable por los particulares, pero el derecho a su uso y aprovechamiento puede reclamarse por la vía ordinaria. — Derecho de riberanía.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre mejor derecho al uso y goce de aguas, adelantado por Julia Restrepo Bernal y otros contra Lucila Cuartas de Cuartas. — Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 134

Facultad de aclarar las sentencias.—Su límite y objeto.—No se accede a aclarar el fallo anterior.—Así lo resuelve la Corte, respecto de la sentencia proferida en el ordinario sobre mejor derecho al uso y goce de aguas, adelantado por Julia Restrepo Bernal y otros contra Lucila Cuartas de Cuartas. — Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 145

Finalidad jurídica y económica del deslinde y amojonamiento.—En estas acciones no se discute el dominio, ni siquiera la posesión, precisamente porque el proceso exige que se surta entre los dueños de las tierras limítrofes.—La fuerza vinculatoria de la sentencia entre las partes y quienes ocupen su lugar jurídico tiene el sello inmodificable de la cosa juzgada material. — El desconocimiento de la raya divisoria por vía de hechos posesorios cumplidos con invasión de lo ajeno confiere al lesionado pleno derecho para reivindicar, a fin de que se restablezca y respete el límite puesto por la justicia a los colindantes.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Mariano Alvarez contra Luis Felipe López Arroyave.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 147

Resolución de un contrato de renta vitalicia. Error de hecho y de derecho.—Cuándo ocurre el primero.—Invocar un error de derecho con base en el artículo 1759 del C. C., es un contrasentido.—No puede decirse que un contrato de arrendamiento celebrado por el que se pretende poseedor no se pueda tener como un acto de posesión.—El término resiliación no es sinónimo de rescisión.—Significado de éstos. — En el cargo de violación directa de la ley sustantiva, en cualquiera de los tres supuestos en que ella puede ocurrir, a la Corte solamente le compete con-

Págs.

siderar una cuestión puramente legal, pues los hechos se tienen como los halló demostrados el Tribunal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre resolución de un contrato de renta vitalicia, adelantado por José González contra María Pulido de Pulido.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada. 152

SALA DE CASACION PENAL

En los juicios ejecutivos entre particulares no puede hacerse parte a nombre de la Nación el Síndico de Sucesiones.—No comete abuso de autoridad el Juez que, en tales juicios, rechaza la intervención del Síndico.—Se confirma la cesación del procedimiento adelantado contra el doctor Antistenes López (Juez Civil del Circuito de Pasto), por cuanto los hechos que se le imputaron no son constitutivos de delito.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez... 167

La Corte, en casación, no puede agravar una condena cuando no hay otros recurrentes que los procesados.—No se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra los soldados Angel de Dios Arbeláez Cañas y Guillermo Hernández Muñoz, por el delito de homicidio—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 169

La amnistía no tiene en cuenta razones de justicia sino de conveniencia general. — La crueldad en los delitos que se cometen con intervención de varias personas (delito colectivo).—Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior Militar, por medio de la cual otorgó amnistía por los delitos de rebelión, asociación para delinquir, homicidio, etc., y decretó la cesación del procedimiento en favor de los procesados Ramón Emilio Arias y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 171

En materia penal, los dictámenes periciales no son por sí solos plena prueba y deben ser apreciados por el Juez en armonía con lo dispuesto en el artículo 723 del C. J.—Lo relativo a la competencia de los peritos, su imparcialidad y los demás atributos que juegan papel en la crítica de su dictamen, puede y debe discutirse en las oportunidades que la misma ley señala.—El legislador no pretendió consagrar un trato de excepción para quienes incurren en estafas, en ejercicio del comercio.—Diferencias entre el delito de estafa y el ilícito incriminado en el artículo 283 del C. P.—Dentro de la causal primera sólo cabe la alegación de cuestiones de puro derecho; si éstas se rozan con cuestiones de hecho o probatorias, debe invocarse también la causal segunda y alegarse al respecto.—En el proceso adelantado contra Efraín Londoño Mejía y otro, por el delito de estafa, no se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 174

Recusación por vencimiento de términos legales. — Interpretación del Decreto 3346 de 1950.—Se declara no probada la causal de recusación invocada contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá Dr. Gustavo Orjuela Hidalgo y, en consecuencia, ordena que siga conociendo del proceso contra Lorenzo González, acusado de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 181

No se declara desierto el recurso de casación interpuesto en la época en que, de acuerdo con la legislación especial sobre justicia penal militar, no se requería la formalidad de la demanda.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra Pastusán Mora, por los delitos de robo y abandono del puesto.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 183

El procedimiento disciplinario establecido en el Decreto 3665 de 1950, no permite ordenar pruebas, sino únicamente en el caso y para los efectos del artículo 7º ibidem.—La jerarquía de los Tribunales en relación con los Jueces, no es absoluta y está limitada por el sistema de competencias propio del Estado de Derecho.—La sola demora de un funcionario público en el despacho de los negocios de que conoce, no implica delito, pues bien puede ser fruto de una simple ne-

Págs.

gligencia culposa o efecto del recargo excesivo de negocios o labores; pero es delictiva su conducta cuando tal demora es intencional o dolosa.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Conrado Giraldo Palacio, por los cargos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como Magistrado del Tribunal Superior de Medellín; y por los trámites ordinarios correspondientes, se le llama a juicio para que responda por los delitos de abuso de autoridad, a que se refieren las conclusiones de la parte motiva. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 184

La Corte deniega la reposición interpuesta contra la providencia anterior.—Así lo resuelve la Corte, respecto de la providencia dictada el 28 de julio de 1958, por medio de la cual se llama a juicio al doctor Conrado Giraldo Palacio (Magistrado del Tribunal Superior de Medellín), por los delitos de abuso de autoridad. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 197

Competencia de la Corte para conocer de la casación en materia castrense—Status transitorio por el cambio de legislación: restricciones a que queda sujeto el fallador del recurso interpuesto después de la vigencia del Decreto 0250 de 1948; y amplitud en el estudio y decisión del problema cuando se interpuso el recurso antes de tal vigencia.

El auto de proceder o su equivalente en procesos en marcha bajo el Decreto 2900 de 1953, no podía omitirse sin acarrear la nulidad constitucional. — Garantía pro-reo.— Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar en el proceso adelantado contra Alfredo Velosa, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 201

Amnistía e indulto. — Delitos atroces.—Para calificarlos así se requiere primordialmente que la actividad delictuosa, signo evidente de peligrosidad social, revele, además, por los motivos determinantes, las modalidades de la ejecución, etc., "una extrema insensibilidad moral".—La atrocidad de los delitos no está sujeta a reglas invariables.—Se niega el indulto de la pena que se le impuso a Humberto Higuita, como responsable de homicidio. — Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 205

La riña provocada por el occiso no significa necesariamente que hubiera sido imprevista para el homicida. — Riña no provocada por el responsable y riña imprevista para éste, no son conceptos equivalentes. — No debe confundirse la situación de quien aceptó la riña con la de quien fue sorprendido por ella.—La aclaración del jurado —en riña no provocada— es incompleta y carece de valor jurídico. — Condiciones para que sea aceptable la modalidad contemplada en el artículo 384 del C. Penal—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Luis Pintor Castro por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 209

Cuando hay desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, la causal procedente es la 3ª y no la 1ª, causal esta última, que apenas cabe, en lo regular, como subsidiaria. — Si se estima trunco el veredicto del jurado, lo oportuno no es invocar la causal 1ª sino la 4ª para que se declare la consiguiente nulidad del juicio por violación de sus formas propias, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja, en el proceso adelantado contra Angel Gómez Duque por el delito de homicidio calificado de asesinato.—Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 213

Colisión de competencias.—Cuando el delito o delitos por el que han sido procesadas varias personas, como autores, cómplices o partícipes, se cometió o se cometieron "en lugares distintos", el funcionario competente para conocer del proceso, es el señalado en el artículo 57 del C. de P. P.—Se dirime la colisión de competencias suscitada en el proceso que, por fuga de presos, se adelanta en el Juzgado Penal del Circuito de Cartago contra Alberto Echeverri Giraldo y otro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía J. 216

En todos los casos en que se sobresea definitivamente a favor de un abogado, por fal-

Págs.

tas cometidas en el ejercicio de su profesión, o se dicte sentencia absolutoria, el juzgador debe pasar copia de lo pertinente a los Jueces Penales, para que se investigue el posible delito de calumnia en que pudieron incurrir el autor o autores de la denuncia. Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en la queja formulada contra el Dr. Néstor Castro, por faltas contra la ética profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 218

SALA DE CASACION LABORAL

Técnica de la casación en materia laboral.—Violación directa e infracción indirecta de la ley. — No se casa la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Didimo Arango Mejía contra la Compañía "Interamericana S. A."—Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 220

Antes de determinar la incapacidad definitiva por enfermedad no profesional, es necesario suministrar al trabajador la asistencia necesaria por incapacidad temporal.—Dictámenes de la Oficina de Medicina del Trabajo.—Tuberculosis. — No se casa el fallo proferido por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario laboral adelantado por Pedro Felipe Pabuencia contra la Empresa "Cervecería Nueva de Cúcuta, S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Roberto de Zubiría C. 225

La cláusula de reserva es una manera pero no justa causa de terminación del contrato. Aplicación simultánea de los artículos 48 y 65 del C. S. del T.—La sanción por mora en el pago de prestaciones sociales es graduable según la buena o mala fe patronal.—La irregularidad de la consignación no destruye la buena fe patronal.—Las ofertas hechas durante la conciliación no constituyen confesión.—Características del salario. — Sistemas para liquidación de prima y cesantía. El derecho a percibir cesantía por el tiempo servido que exceda de veinte años no puede predicarse de la jubilación restringida del artículo 267 del C. S. del T.—Efecto general inmediato de la nueva ley laboral.—Demanda por una suma de dinero o "la que resulte probada".—Oportunidad para pedir que no sea oída la parte que debe costas.—Casación por contener la sentencia apreciaciones por vía de doctrina.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Francisco Gaviria R. contra la sociedad denominada "Naviera Colombiana, S. A." — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 234

Conciliación. — Los Alcaldes no pueden ser conciliadores. — Apreciación del dictamen pericial con que se demuestra el monto del salario pagado en especie. — Disposiciones legales que han regulado la sustitución patronal.—Alegación de la excepción de prescripción.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Montería, en el ordinario laboral adelantado por Ignacia Isabel Ruiz Contreras vda. de Cardozo y otros contra Milad Barguil. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 271

Solidaridad entre el contratista independiente, el intermediario y el beneficiario respecto del pago de prestaciones sociales y de indemnización por mora. — Caso en que no pueden distinguirse estas modalidades del patrono.—Apreciación del testimonio suministrado por empleado del demandado.—Alcance de la facultad para fallar EXTRA o ULTRA PETITA.—Técnica de casación.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Unitario Seccional del Trabajo de Cúcuta, en el ordinario laboral adelantado por Moisés Jiménez Bonilla contra la Colombian Petroleum Company. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 283

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Competencia de la Corte para conocer de controversias provenientes de contratos de concesión celebrados para la explotación de bosques nacionales. — Categorías en que se clasifican los actos jurídicos por razón de su contenido.—Naturaleza jurídica del contrato de concesión y sus alcances. — Tanto

Págs.

la doctrina como la jurisprudencia, han considerado la concesión de un servicio público como una convención con el doble carácter de convención-contrato y de convención-ley. Se declara no probada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción, propuesta en el ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas, adelantado por "Industrias del Mangle, S. A." contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 297

La concesión es un acto administrativo mediante el cual una entidad de derecho público confiere facultad a terceros para que exploten u organicen y exploten por su cuenta y bajo su responsabilidad, ciñéndose a las condiciones que determinen las leyes, Decretos o Reglamentos Estatales, bienes que hacen parte del dominio público o servicios de utilidad general, acto que puede ser unilateral o bilateral según que se produzca por la sola voluntad del otorgante o por contrato, pero que en todo caso es complejo y tiene el carácter de reglamentario. Recurso de súplica.—Se revoca el auto inmediatamente anterior y en su lugar se declara probada la excepción de declinatoria de jurisdicción.—Así lo resuelve la Sala en el ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas, adelantado por "Industrais del Mangle, S. A." contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola R. 304

Indemnización de perjuicios por la ruptura súbita e ilegal de un contrato administrativo sobre construcción de una obra pública.—Condenación en abstracto. — **Antes de que la Administración decrete la caducidad de un contrato, debe darse al contratista la oportunidad para que rectifique, subsane la falta o faltas de que se le acusa o formule su defensa.**—Se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria relativa a indemnización de perjuicios por la ruptura de un contrato administrativo sobre construcción de una obra pública, adelantado por Ezequiel Sánchez contra la Nación.— Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra 308

Las acciones negatorias de servidumbre también pueden ventilarse por la vía especial. Razones en apoyo de esta doctrina.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio especial de servidumbre adelantado por Alejandrino García García contra el Departamento de Antioquia. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 322

Acción de pertenencia de unos yacimientos petrolíferos. — **Título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873. Determinación del inmueble objeto de la declaración de dominio.** — **Explotación económica del fundo.—Modo como se lograba el requisito de la composición de un título expedido irregularmente con antelación a la Real Cédula de El Pardo el 1º de noviembre de 1591.**—En los ordinarios acumulados sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantados por Aurelio Mejía R. y otros contra la Nación, se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 329

Aclaración de sentencia. — Se aclara la sentencia proferida en el juicio ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero, adelantado por Aurelio Mejía R. y otros contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga 370

De las tercerías en juicios por jurisdicción coactiva, conoce la Sala de Negocios Generales de la Corte, en única instancia, si se relacionan con actos de gestión en que sea parte la Nación, o los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, si los Departamentos, o los Jueces Civiles de Circuito, si los Municipios o siempre que tales acciones se deriven de simples actos surgidos o celebrados entre particulares.—Se concluye que no es competente la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, para conocer de las tercerías introducidas por Julio Orozco López y Alfonso Herrera H., en el ejecutivo por jurisdicción coactiva adelantado, ante el Juzgado 30 Municipal de Ejecuciones Fiscales del Distrito Especial de Bogotá, por este Distrito contra la Fábrica de Galletas La Victoria.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 372

Elementos constitutivos de la acción de dominio privado del subsuelo petrolífero.—En el ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero adelantado por la sociedad "Inversiones Montes Limitada", domiciliada en Barranquilla, contra la Nación, se deniegan las peticiones formuladas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga. 375

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, renglones 4º y 5º, página 13, dice "INEXIQUIBLES", en vez de INEXEQUIBLES.

Título, renglón 5º, página 97, dice "ARTICULO 205 DEL C. C.", en vez de ARTICULO *2054* DEL C. C.

En la sentencia de casación, visible a páginas 175 y ss., se omitió, involuntariamente, el nombre del Magistrado Ponente que lo es el doctor LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ.

Título, renglón 1º, página 205, dice "DELITOS ATRROCES", en vez de DELITOS ATROCES.

Título, renglones 4º y 5º, página 205, dice "UNA EXTREMADA INSENSIBILIDAD MORAL", en vez de UNA EXTREMA INSENSIBILIDAD MORAL.

Título, renglón 3º, página 283, dice "INDEMNIZACIZON", en vez de INDEMNIZACION.

Título, renglón 4º, página 283, dice "TESTIMONO", en vez de TESTIMONIO.

Página 374, renglón 25, dice "negoico" en vez de **negocio**.



ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

—

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR ALBERTO MALO BAÑOS

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIX-BOGOTA, COLOMBIA. OCTUBRE-NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1958 Nos. 2203-2204-2205

S A L A P L E N A

HOMENAJE A LA MEMORIA DEL DOCTOR EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES (NOVIEMBRE 19 DE 1958)

DISCURSO PRONUNCIADO POR EL DOCTOR JAIME RODRIGUEZ FONNEGRA AL HACER DONACION A LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DEL RETRATO AL OLEO DEL DOCTOR EDUARDO RODRIGUEZ PIÑERES, CUYA COLOCACION EN SITIO DE HONOR DE LA SALA PLENA FUE ORDENADA POR LA LEY 5ª DE 1958

Honrando y exaltando la memoria del doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, y ofreciéndola al ejemplo y a la veneración de sus conciudadanos, el Congreso Nacional, mediante la Ley 5ª del presente año de la nueva restauración republicana, tiene ordenado que en los recintos de la Corte Suprema de Justicia y de la Academia Colombiana de la Historia se coloquen y mantengan, en sitios de honor, sendos retratos al óleo de este noble devoto del Derecho y sacerdote del orden y la ley, cuya benevolencia no se alteraba sino en presencia de alguna injusticia y que, nacido en hogar donde todavía se hablaba de las cruentas luchas de la Indepndencia y donde se le enseñaba que de los primeros actos de los héroes emancipadores fue la fundación de la Corte de Justicia para que sucediera a la Real Audiencia y formado por héroes civiles y maestros epónimos, estuvo atento a las vicisitudes de Colombia, según bellísima expresión de Juan Lozano, "desde el primer despertar de la adolescencia hasta el último estertor de la agonía"; mas, conmovidos por la honra y el agradecimiento, mis hermanos y yo, por ajustarnos a lo que él habría hecho, hemos querido regalar el retrato que en este acto solemne entregamos para atender a la voluntad legislativa de que sea conservado y expuesto en la Sala de las deliberaciones de la corporación augusta a que toca guardar la integridad de la Carta por mandato de ella; mandato que enhorabuena concibieron el doctor Nicolás Esguerra y aquel su colaborador en el proyecto de reforma constitucional que el primero presentó en el año de 1909 y que fue la base de las reformas que en el subsiguiente se llevaron a cabo.

(Dirigiéndose al retrato). Quedas en tu casa. En ella interviniste esporádicamente como Conjuez desde que, deponiéndose los odios heredados, y olvidándose fusilamientos, destierros y confinamientos, se hizo la Unión Republicana que nos dio cerca de cuarenta años de paz. En ella peleaste en ocasiones memorables, como aquella de

salvar el voto al declararse exequible la imprecisa ley de autorizaciones con que se estableció la vigilancia del cambio y del comercio exterior por funcionarios subalternos del Gobierno; cuyo mantenimiento fue trayendo en el decurso de los años la corrupción de la gente y ocasionó también, recortada la libertad económica, la destrucción de toda libertad política. En ella entraste en momento que yo consideraba engañoso, que reputaste oportuno y en que tal vez habría sido mejor seguir mi consejo atrevido y peligroso de exigir, para despeñar la Magistratura, el inmediato restablecimiento de la república, en manifiesto perentorio. De ella te retiraste dando campanada sonora tan pronto como, anunciándose que el estado de sitio sería permanente, apareció a la vista de los colombianos que no había leyes que defender y, sobre todo ,que eran falaces las promesas que desde hacía año y medio venían haciéndoseles de que la vida republicana sería reinstaurada prontamente. Y a ella regresas ahora en acto laudatorio de tus virtudes.

Permanece pues ahí sonriente y sereno, en la envidiable compañía de tu amigo y correligionario el humanista profundo y jurisconsulto insigne que fue Luis Eduardo Villegas; alternando con el primer Presidente del Congreso de Cúcuta y allí proponente de la moción acogida unánimemente y modificada luégo de que se aboliera la esclavitud reconociéndose la libertad a los hijos de las siervas; recordando a los Magistrados futuros que el primero acabó su vida en este puesto de avanzada, como tú lo habrías hecho, por servir con asiduidad a la justicia; y haciéndoles presente que al recapacitar José Félix de Restrepo sobre algún fallo suyo, reconoció que se había equivocado, y sacrificó sus bienes para reparar el daño.

RESPUESTA DEL DOCTOR ROBERTO GOENAGA, PRESIDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, PARA AGRADECER EL OBSEQUIO DEL RETRATO AL OLEO DEL DOCTOR EDUARDO RODRIGUE PIÑERES

Con emoción, en la que se confunden el júbilo que produce rendir este justo homenaje y la renovada pesadumbre que motiva el desaparecimiento de la persona a quien se le tributa, recibo de vosotros, nobles descendientes de Eduardo Rodríguez Piñeres, el óleo de su figura veneranda, ordenado por el Congreso de Colombia para engalanar este Templo de la Justicia del que él fuera Sumo Sacerdote.

Si no me engaño, algo le debemos todos los concurrentes a este acto al profesor, al amigo, al compañero, al patriota que, con pulso firme y mente clara, sostuvo en alto sus ideas, fruto jugoso de su saber inagotable y de su hombría de bien, que vertió con generosidad desde su límpido hogar hasta el último confín de la Patria.

Al admirar la magnífica obra que hoy decora esta Sala, me lo imagino presidiendo la Plena con la mirada penetrante, fluyente su verbo como agua de cristalino manantial y con voz tan aguda como su inteligencia. Si por caso despertare, no se sentiría extraño en compañía de Don José Félix de Restrepo, el educador de Caldas y libertador de esclavos, en cuyo ejemplo se inspiraba, y de Luis Eduardo Villegas, su amadísimo amigo y colega, de Juan Evangelista Trujillo y Rito Antonio Martínez, juristas de renombre. Ni mucho menos se sorprendería al reconocer el Crucifijo sacro, el mismo que como buen cristiano contemplaba con recogimiento al iniciarse las sesiones.

Hacer la semblanza de la multíplice personalidad del doctor Rodríguez Piñeres no es fácil tarea. Por esta razón cedo a la pluma clásica del ex-Presidente Eduardo Santos lo que yo no podría expresar con tánta donosura. El ilustre estadista incrustó la siguiente enjoyada página, casi desconocida, en la exposición de motivos de lo que hoy es la Ley 5ª de 1958, en cumplimiento de la cual nos encontramos reunidos:

"El proyecto de ley 'por la cual se honra la memoria de un gran ciudadano', se explica y justifica claramente en sus mismos considerandos. Fue el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres uno de los más eminentes colombianos de los últimos tiempos, y nadie en el país ignora los servicios de todo orden que a lo largo de su meritoria existencia prestó a la República con ejemplar patriotismo y entereza de carácter.

Ya el doctor Carlos E. Restrepo dijo de Rodríguez Piñeres, que cuando escribió aquel famoso libro suyo intitulado 'Por el reinado del Derecho', había puesto inconcientemente a esa obra el nombre que podía dársele a la razón de ser de su brillante trayectoria. Porque esa fue la máxima expresión de su existencia: el diario culto a la juridicidad, a la enseñanza, a la divulgación de nuestra historia y a la altiva defensa de los sagrados preceptos de la justicia. Y para cumplirlo, en su triple calidad de jurista, historiador y celoso adalid de las ideas más nobles y respetables, tuvo constantemente presente la sentencia de Marco Aurelio: 'Que todas tus palabras tengan el acento heróico de la verdad'.

Nació el doctor Eduardo Rodríguez Piñeres en la ciudad del Socorro el 24 de enero de 1869, del matrimonio del médico y pedagogo doctor Daniel Rodríguez y de doña Vicenta Gutiérrez de Piñeres. Fueron sus abuelos paternos don José Antonio Rodríguez, bogotano, y doña Ana Pinzón, de ascendencia santandereana. Los maternos, el poeta don Germán Gutiérrez de Piñeres y doña Dolores Calvo Mendívil. Fue su padrino de bautismo, su tío el prócer de Ayacucho, General Vicente Gutiérrez de Piñeres, y en su representación actuó quien pocos años después iría a honrar el Solio de los Primeros Mandatarios de Colombia, el General y doctor Eustorgio Salgar, grande amigo de su padre, y a la sazón Presidente del Estado Soberano de Santander. Heredero de una noble estirpe que dio a la República con los Piñeres, los Calvos, los Narváez y los Ortegas, los Borreros y los Castillos y Rada, una pléyade de próceres, mártires, estadistas, literatos y juristas, fue en toda ocasión digno representativo y continuador de esa tradición, que él mantuvo enhiesta ya como ejemplar jefe de hogar, ora como

amigo y miembro de familia nobilísimo, siempre leal a un elevado concepto del decoro y de la probidad, constantemente ceñido a los preceptos de la más rancia cultura social, superando cada día sus conocimientos, sirviendo a la colectividad, dando acrecentado ejemplo de laboriosidad, y ante todo, demostrándolo con hechos, que la mejor virtud del hombre es y será el erguido carácter.

Discípulo de don Santiago Pérez, cuya memoria exaltó en brillantes páginas y también estudiante en los Colegios de San Bartolomé, bajo la rectoría del doctor Antonio Vargas Vega, y del Rosario, al cuidado del doctor Carlos Martínez Silva, a quienes también consagró emocionado homenaje, pasó luégo a la Universidad Nacional donde optó al grado de doctor en Derecho y Ciencias Políticas el 19 de noviembre de 1891, a la edad de veintidós años. En 1941, como distinción especial a sus méritos, y con ocasión de cumplir cincuenta años de ininterrumpido ejercicio profesional, el Gobierno de la República le otorgó la Cruz de Boyacá, y la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional le confirió título de doctor Honoris Causa. Comenzó su carrera de abogado al lado de los eminentes jurisconsultos doctores José Ignacio Escobar y Eladio C. Gutiérrez, luégo fue socio del ilustre repúblico doctor Nicolás Esguerra, y hace apenas dos meses, a los sesenta y siete años de graduado, continuaba laborando en su bufete con la misma asiduidad del primer día, cuando le sorprendió la muerte. Sin un voluntario día de descanso, sin una falla, siempre atento a la defensa de su cliente, haciendo cátedra de honestidad y rectitud, constituye el único caso en Colombia de un profesional que haya oficiado con tánta pulcritud y en tan largo tiempo en ese verdadero altar de la diosa Temis.

De su curriculum vitae anotamos lo siguiente: Delegado de Colombia al Segundo Congreso Científico Panamericano (por concurso, 1915). Miembro de la Corte Permanente de La Haya, desde 1921 hasta 1934. Miembro de la Comisión encargada de organizar los negocios públicos con que la capital de la República celebró el centenario de la proclamación de la independencia absoluta de la Madre Patria. Miembro de la Comisión Investigadora de los asuntos de Panamá (1909). Abogado Consultor del Ministerio de Obras Públicas, 1909. Abogado Auxiliar de los Ministerios del Despacho Ejecutivo, 1911 a 1913. Miembro del Comité Republicano Central 1921. Concejal de Bogotá, 1915 a 1917. Integrante del Comité-Jurídique de l'Aviation y, como tal, Delegado al Congreso reunido en Madrid (España), en 1928. Jurisconsulto de la Comisión de Límites con el Ecuador y Presidente del grupo colombiano en el acto final de estas labores, (1917), Miembro de la Comisión Revisora del Código Judicial (1931). Delegado por la República de Colombia, a la IX Conferencia Internacional Americana reunida en Bogotá, con carácter de Ministro Plenipotenciario (1948). Individuo de número de las Academias de Historia y Jurisprudencia de Colombia y Correspondiente de la española y venezolana.

La labor de publicista del doctor Rodríguez Piñeres está comprendida en veinticuatro volúmenes consagrados a estudios de Derecho, Geografía e Historia. Fue además notable periodista y autor de los proyectos de Código Fiscal (Ley 110 de 1912), de lo Contencioso Administrativo (Ley 130 de 1913), y Código Político y Municipal (Ley 4ª de 1913), que con ligeras modificaciones fueron adoptados por el Congreso. Es por consiguiente a él a quien debe la República estos cuerpos legales. Además escribió el doctor Rodríguez Piñeres numeross artículos, discursos y conferencias, de denso contenido filosófico, jurídico e histórico, que corren publicados en diferentes periódicos y revistas nacionales y del extranjero.

Si como jurista fue eminente y también profesor sabio y ejemplar de varias generaciones, ponente en admirables sentencias, abogado que dignificó la profesión; como norma de su espíritu deshechó siempre las soluciones de la fuerza, los conflictos bélicos, la opresión para resolver los problemas que se suscitan entre los hombres.

Dada la altúra moral a que llegó el doctor Rodríguez Piñeres, el ejemplo que legó a los colombianos y la orientación que dio a todos ellos, acorde con nuestras tradiciones institucionales y culturales, es de suma justicia que el Congreso de la República rinda homenaje a su memoria y la presente a la veneración de sus compatriotas.

Eduardo Santos, Jorge Gartner, Carlos Lleras Restrepo, Germán Zea, Hernán Salamanca, Jorge Lamus Girón, Augusto Espinosa Valderrama, Virgilio Barco, Jorge Uribe Márquez, Antonio Kuri, Edgardo Manotas Wilches".

En nombre de la entidad que presido agradezco a la respetable familia del gran repúblico la in-

olvidable deferencia de que la hace objeto, al apresurarse a obsequiarle la perdurable imagen que ensalsamos, antes de que se extinga la interinidad en que ha vivido. Yo interpreto esos sentimientos como un testimonio de que esta Corporación es semejante a aquella, igualmente pasajera, de la que fue conspicuo Presidente el doctor Rodríguez Piñeres: la una luchó tenazmente por la restauración de nuestras instituciones democráticas y ésta, que será siempre considerada por orden y calidad como la Primera Corte de la Segunda República, es la Suprema Corte de las instituciones restauradas, como el la definiera.

Hay épocas de la Historia en que las cosas fugaces dejan huella indeleble.

Por una feliz coincidencia, hoy hace sesenta y siete años, Don Eduardo Rodríguez Piñeres optaba al título de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas.

LA CORTE DECLARA QUE NO ES EL CASO DE IMPONER SANCIONES DISCIPLINARIAS A LOS MAGISTRADOS DE UN TRIBUNAL SUPERIOR

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

El señor Luis Francisco Tapias Rueda, Juez Municipal de Curití, fue sancionado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con pena disciplinaria consistente en suspensión por treinta días en el cargo mencionado, con base en acusación por demoras en dictar la resolución sobre excarcelación solicitada por el apoderado de Antono María Roa Gualdrón, detenido en la cárcel del mencionado Municipio.

Conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal (artículo 396), el Juez dispone de cuarenta y ocho horas solamente para resolver las solicitudes de excarcelación presentadas por los sindicados contra quienes se ha dictado auto de detención y se encuentran realmente detenidos, que es precisamente lo que ocurre en el asunto del señor Roa Gualdrón.

Este término debe empezar a correr, como es obvio, desde el momento en que el Personero Municipal, en este caso representante del Ministerio Público dio concepto, lo que ocurrió el 2 de junio del año en curso y la providencia sobre excarcelación lleva fecha once de los mismos, lo que acusa evidente demora.

El Tribunal para aplicar la sanción indicada procedió por queja del detenido, queja que fue tramitada en debida forma.

El señor Juez elevó queja, a su vez, contra el Tribunal por este proceder alegando que la demora sólo alcanzó a día y medio, lo que no justifica, en su concepto, sanción tan grave como la aplicada, siendo así que hay otras penas menores o menos gravosas como la de multa que habría sido inequitativa".

Corrido el traslado, el Tribunal envió una documentación completa sobre el asunto, de la cual resulta que las cuentas que hace el señor Tapias Rueda no son exactas y que en realidad no hay lugar a contar días sino horas; y, en un razonado alegato de descargos manifiesta que no solamente procedió con justicia sino con lenidad frente a la gravedad del cargo y a la circunstancia de que el señor Juez de Curití poco asistía al Despacho pues permanecía en la ciudad de San Gil, la mayor parte del tiempo.

SE CONSIDERA:

Está plenamente demostrado que el señor Juez de Curití incurrió en demora calificada para resolver la solicitud de excarcelación del sindicado Antonio María Roa Gualdrón, demora que ascendió a varios días.

La libertad es bien inapreciable que no puede quedar sometida a la arbitrariedad ni a la indolencia de los funcionarios: y, por consiguiente, el no despacho de los términos, grave en sí para todas las actuaciones judiciales, aumenta considerablemente cuando se trata de la libertad de las personas.

Por otra parte, no puede alegarse ninguna circunstancia exculpatoria, porque Curití no es un Municipio densamente poblado y en donde el exceso de negocios inhiba al funcionario de mantenerse dentro de los términos legales; o al menos excuse la falta a este deber.

La fijación de la pena queda al arbitrio del Juez dentro de la tarifa establecida por el Decreto, tomando en consideración la gravedad de la falta y omisión o la irregularidad y pertinencia de ella; y, dadas las circunstancias anotadas, cualquier demora para definir la situación de un encarcelado que reclama su libertad, puede calificarse de grave.

En atención a las consideraciones anteriores la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena

RESUELVE:

No es el caso de aplicar sanción disciplinaria a

los señores Magistrados del Tribunal del Distrito Judicial de San Gil por haber impuesto pena de suspensión del cargo de Juez Municipal de Curití, al señor Luis Francisco Tapias Rueda, por el término de treinta (30) días, lo que hizo mediante Resolución de 18 de julio de 1958.

Publíquese, cópiese, notifíquese, comuníquese al Departamento de Vigilancia Judicial dentro del término y para los efectos señalados en el artículo 8º del Decreto 3.665 de 12 de diciembre de 1950 y archívese.

Roberto Goenaga.—Luis Alberto Bravo.— Alfredo Cock Arango.— Roberto De Zubiría.—Ricardo Jordán Jiménez.—Héctor Martínez Guerra. Simón Montero Torres.— Julio Pardo Dávila.— Arturo C. Posada.—Jorge Vélez García.—Antonio Vicente Arenas.— Gabriel Carreño Mallarino. — Samuel De Sola Roncallo.—Ignacio Escallón.—José Hernández Arbeláez.-Luis Eduardo Mejía J.-Pedro Pacheco Osorio.—Luis Fernando Paredes. — Jorge Sanabria.—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SE DENIEGA LA CONFIRMACION DEL NOMBRAMIENTO DE UN MAGISTRADO DE TRIBUNAL SUPERIOR Y SE ORDENAN UNAS INVESTIGACIONES

HH. Magistrados:

Cumplo con el grato deber de informaros sobre la documentación presentada por el doctor Gaspar Murillo Coutin con miras a que se le confirme el nombramiento para Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó que le hizo la Corte.

Según afirma la Secretaría, al interesado le fue comunicada su designación el 21 de junio del año en curso, y sólo el 20 de septiembre último presentó los primeros documentos para que le fuera confirmada, sin antes haber manifestado si la aceptaba o no, no obstante que desde el 23 de julio venía desempeñando el cargo con carácter interino, en virtud de haber sido nombrado por la Gobernación del Chocó. Como entre ellos no aparecía la partida de bautismo del solicitante, el 26 del mismo septiembre introdujo un certificado sobre la inexistencia de ésta y otro sobre la no inscripción de su nacimiento en la Notaría de Quibdó, y el 1º del presente mes unas declaraciones sobre su identidad, lugar y fecha de su nacimiento, etc.

En vista de que el peticionario tampoco acompañó su título ni su matrícula de abogado, sino una simple certificación del Secretario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Libre en el cual se hace constar "que Gaspar Murillo Coutín obtuvo el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, en el año de 1953, según Acta número 442 del mismo año", y los testimonios de los doctores Guillermo López Guerra, Enrique Arrázola Arrázola y Miguel de la Ossa Vergara, quienes aseguran que aquél ha ejercido la abogacía por más de cinco años, se solicitó a dicha Universidad y al Tribunal Superior de Bogotá el envío de sendas copias de la supradicha acta de grado y del acuerdo mediante el cual fue recibido como abogado el referido doctor Murillo Coutin.

De tales copias se desprende con entera claridad que éste se graduó el día 4 de diciembre de 1953 y fue admitido como abogado el 4 de febrero de 1954, por lo cual no parece posible que hubiera ejercido la indicada profesión durante cinco años, como lo garantizan los declarantes con cuyos dichos ha tratado de sorprenderse la buena fé de la Corte.

De lo expuesto se concluye que el peticionario no ha acreditado en el término legal su idoneidad para ser Magistrado de Tribunal Superior, por lo cual me permito proponeros:

1º—Niégase la confirmación del nombramiento recaído en el doctor Gaspar Murillo Coutin para Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judical de Quibdó, y señálase la próxima reunión de la Sala Plena para proveer dicho cargo.

2º—Envíese copia de lo pertinente al Juez de la competencia, para que se sirva investigar los posibles delitos de falso testimonio en que hubieran podido incurrir los deponentes últimamente citados.

3º—Remítase copia de lo conducente al Tribunal Superior de Bogotá, para que se sirva averiguar si es el caso de aplicar al doctor Gaspar Murillo Coutín lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley 21 de 1931.

Insértese en la GACETA JUDICIAL, y comuníquese al Gobernador del Chocó.

Bogotá, octubre 29 de 1958.

Con toda atención,

Pedro Pacheco Osorio.—Jorge Soto Soto, Secretario

SANCIONES DISCIPLINARIAS A TRES MAGISTRADOS DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena.—Bogotá, D. E., octubre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Procedente de Barranquilla, y fechada el día 20 de junio de 1958, llegó a la Corte Suprema de Justicia una comunicación suscrita por el señor Aldo Monty's, en la cual éste formula queja contra los Magistrados del Tribunal Superior de esa ciudad doctores Enrique Roa Calderón, Gabriel Francisco Porras, Félix Suárez Barrios y Luis Fernando Vives Román, en los términos y según el texto que literalmente a continuación se transcribe:

"Barranquilla, junio 20 de 1958.—Señores MAGISTRADOS DE LA H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.—Bogotá.— Distinguidos señores: —Soy ciudadano alemán, vecino de esta ciudad de Barranquilla, y propietario del BAR MONTY'S, calle 37, número 40-10, de esta ciudad.—Antier mi establecimiento fue visitado por el Magistrado del Tribunal Superior doctor Enrique Roa Calderón, persona indeseable para mi establecimiento, porque en varias ocasiones nos ha pagado con cheque chimbo, alguno de los cuales conservamos todavía con mucha pena para la justicia de Colombia.—Roa Calderón se embriaga con frecuencia en nuestro establecimiento, y forma escándalos que ha presenciado el público entero, y me amenaza a cada momento con hacerme votar del país cuando le niego licores que pide en nuestro establecimiento. El inboca su categoría de Magistrado y yo lo respeto conmo los respeto a ustedes, pero la juzticia se está perjudicando muy duro con esta clase de elementos, que son demás corrompidos.—Todo el mundo dice que la Corte de Juzticia sabe que Roa y doctor Porras tienen mercado de esta ciudad lleno de cheque chimbo, pero no pone remedio este mal. Yo quiero saber también la verdad, si Corte Juzticia va a multar estos bagamundos o no los multa, porque yo no quiero voberme criminal matando un sacerdote falso de la juzticia. Porque entonces si hay juzticia contra mí. y me ponen preso.—Aquí en nuestro establecimiento todo el mundo dice que Tribunal de juzticia superior tiene muy malos elementos como Roa, Porras, el Dr. Suarez Barrios, Dr. Vives, a quien lo llaman Morfeo. Que Dr. Vives no faya nunca un negocio y pasa siempre borracho como Doctores Porras y Roa.—Yo como extranjero no tengo que ver con la juzticia del País, pero quiero saber también si la Corte de Justicia me apoya a mí, o apoya al Dr. Roa. — Otro compañero del Dr. Roa es el Dr. Mario Noriega, quien acompaño al Dr. Roa a tomarse la última botella de wisky, pero él no es Magistrado y por eso yo no digo nada a ustedes.—Yo estoy dispuesto a decirle esto en su propia cara delante de ustedes al Dr. Roa.—Perdonan por todo esto, a sus órdenes, (fdo.) Aldo Monty's."

La queja anterior fue puesta en conocimiento de los acusados, y éstos procedieron a formular sus descargos dentro del término establecido por el artículo 4º del Decreto Legislativo número 3.665 de 1950, así:

a) El doctor Gabriel Francisco Porras niega las imputaciones que a él conciernen, "contenidas en el escrito del señor Monty's", y agrega: "Para respaldar este rechazo, acompaño original la declaración rendida ante el Juzgado Cuarto Civil de este Circuito por el propietario del bar Monty's, de esta ciudad, el verdadero señor ALDO MONTLE, ciudadano norteamericano, no alemán, identificado ante el señor Juez con Cédula de Extranjería número 1.136, y quien, en dicha declaración, desmiente lo que se le hizo decir falsamente por el autor anónimo del memorial de quejas del que tuvo a bien darme traslado esa alta Corporación".

El señor Montle hace en su testimonio las aserciones de que el doctor Porras nunca le ha solicitado crédito a aquél en su establecimiento, ni ha contraído deuda alguna para con el declarante; que no tiene en su poder ningún cheque girado por el doctor Porras que no haya sido pagado, pues nunca le ha girado cheques; que el doctor Porras jamás se ha embriagado ni formado escándalo en el "Bar Monty's", establecimiento al cual ha ido muy pocas veces dicho señor, por lo cual —dice el declarante— lo conoce muy poco. Y al

terminar su declaración, sin que ello sea objeto de pregunta, manifiesta textualmente: "**Y declaro, que no he enviado ningún memorial a la Honorable Corte Suprema de Justicia contra él ni contra ninguna otra persona o magistrado**". (Subraya la Sala).

b) El doctor Enrique A. Roa Calderón hace algunos reparos de carácter formal a la queja en que se le acusa, y seguidamente expresa: "Niego integralmente y de manera radical el fundamento de cada uno de los grotescos vocablos empleados contra mí y contra mis compañeros de magistratura y no acompaño respaldo documental alguno porque lo que se me ha notificado para hacer descargos tiene todas las características de un burdo anónimo y pertenece al profesionalismo de la maledicencia quen en todas partes pretende opacar el digno fuero de los administradores de justicia. Por si fuere necesario, me remito a la declaración juramentada hecha ante el Juez Cuarto del Circuito Civil de esta ciudad y ante (sic) la manifestación hecha ante el propio H. Sr. Fiscal, por el ciudadano extranjero con cuyo nombre se hizo autenticar la acusación, según la cual el señor Aldo Monty jura no haber dirigido ningún mensaje a la H. Corte Suprema de Justicia ni haber hecho cargos nunca a magistrado alguno".

c) El doctor Félix Suárez Barrios hace su descargo de manera semejante al anterior, remitiéndose a la declaración del señor Montle.

d) El doctor Luis Fernando Vives Román rechaza los cargos y, concretamente, para acreditar la honestidad de su conducta social y desvirtuar la acusación de morosidad en el desempeño de la magistratura, agrega los testimonios rendidos ante los Juzgados Segundo y Cuarto Civil del Circuito de Barranquilla, por los doctores Santiago Zúñiga B., Pedro A. Otero D'Costa, Julio Salgado Vásquez, Polearco Rodríguez Arrieta, Alfredo Gómez Martínez, Carlos H. Escudero y Ramón Gómez González, cuyos dichos coinciden en cuanto a la honorabilidad personal y la eficacia como funcionario del doctor Vives; así mismo aporta copias, debidamente autenticadas, de dos visitas practicadas por funcionarios del Ministerio de Justicia al Tribunal Superior de Barranquilla en febrero de 1955 y julio de 1958, cuyas conclusiones son así: respecto de la primera visita, se dice que es "bastante apreciable el trabajo realizado por los señores Magistrados de esta Sala" (se refiere a la Civil), y en cuanto a la segunda se afirma que existen algunos negocios retardados debido al constante cambio que ha existido en los Magistrados de dicha Sala. El visitador recomienda su rápido despacho.

Dada inocultable gravedad de las acusaciones formuladas, y, además, las frecuentes quejas presentadas verbalmente a distintos miembros de la Corte Suprema de Justicia respecto de los mismos señores Magistrados a que se refiere el bochornoso escrito de denuncia presumiblemente atribuíble a Aldo Monty's o Montle, y siendo coincidentes muchas de aquéllas con el contenido de dicho libelo, la Sala Plena de esta Corporación resolvió por unanimidad dictar el auto para mejor proveer fechado el 2 de los corrientes y que aparece a folios 44 y 45 de este expediente, en su cuaderno principal. Con dicho auto, y agotando las vías de la averiguación directa, realizada por una Comisión especial de su propio seno, quiso la Corte Suprema de Justicia que de una vez por todas se hiciera luz sobre extremo tan delicado, bien para que los implicados vindicaran su dignidad de juzgadores socialmente irreprochables en el feliz evento de ser consejas infundadas y temerarias las acusaciones que se les hacían, bien para imponer las sanciones disciplinarias y aún promover la acción u acciones penales correspondientes a aquél o aquéllos magitrados que resultaren indignos de su alta investidura. La Comisión especial de averiguación sobre las imputaciones aseveradas fue constituída por los Magistrados Jorge Vélez García, ponente y miembro de la Sala Laboral, José Hernández Arbeláez, Vicepresidente de la Corporación y miembro de la Sala Civil, Pedro Pacheco Osorio de la Sala Penal y Héctor Martínez Guerra de la Sala de Negocios Generales. El último, por razones personales, hubo de excusarse oportunamente de participar en tal cometido, y los tres primeros, lamentablemente privados de las valiosas luces y de la ilustrada experiencia del señor Magistrado Martínez Guerra, viajaron a la ciudad de Barranquilla el día 10 de los corrientes. En dicha ciudad la Comisión contó desde un primer momento con la colaboración rápida, eficaz e invaluable de la administración seccional, cuya cabeza el señor Gobernador y sus inmediatos colaboradores pusieron a disposición de los comisionados todos los elementos indispensables para el cumplimiento exahustivo de su ponderosa misión.

La averiguación procedió así:

Citado al despacho de la Comisión especial el señor Aldo Monty's o Montle, bajo la gravedad del juramento afirmó que su apellido era realmente Montle, y, en declaración que obra de los folios 48 a 51 del cuaderno principal, desconoció

como suya la firma con que aparece suscrito el libelo acusatorio; en cambio dijo ser su propia signatura y haberla puesto de su puño y letra la que obra a los folios 14 y 44 ibídem ,y manifestó que hacía aproximadamenate dos o tres meses que el Magistrado Enrique Roa Calderón no iba a su establecimiento. Preguntado acerca de la causa de esta ausencia, el declarante la atribuyó a un disgusto motivado por una cuenta, de aproximadamente $ 75.00, que el mencionado doctor Roa y otros amigos de éste no quisieron o no tuvieron con qué pagar, pero que finalmente hubieron de carcelársela el mismo día. Interrogado en punto a si el mismo doctor Roa Calderón le hubiese alguna vez pagado al deponente con cheques sin fondos, el señor Montle contestó textualmente: "Pagar no; pero hace como unos seis años más o menos, me dio un cheque para que se lo cambiara, por valor de treinta y cinco pesos, y no lo pude hacer efectivo porque no tenía fondos. Este cheque fue girado por el doctor Roa Calderón, y duré como tres años presentándole a él mismo el cheque para que lo recogiera, y como no lo recogió, lo boté. Esa es la única vez que él me ha girado un cheque sin fondos". Así mismo aseveró que, con posterioridad al disgusto sobre el pago de la cuenta, una vez el doctor Roa se presentó a su establecimiento y pidió una cerveza, pero la mesera, de nombre Esperanza Mantilla, no se la quiso servir, "porque yo le he dado órdenes de que no le sirva a gente escandalosa o que no paga", agregó el declarante. Así mismo manifestó, respondiendo a otra pregunta, que no sabía si el doctor Roa se hubiera disgustado por la negativa de la mesera a atenderlo, al par que explicó cómo el prementado doctor Roa nunca formó escándalos, pues que ni siquiera con motivo de la cuenta discutida hubo hecho alguno que pudiera calificarse de tal, porque todo se redujo a una discusión en voz alta. La última parte de la declaración de Montle no presenta materia de interés en lo que concierne a los magistrados Gabriel Francisco Porras, Luis Fernando Vives y Félix Suárez Barrios.

Acto seguido la Comisión se trasladó al establecimiento del Bar Monty's, situado en la calle 37 número 40-10 de la ciudad de Barranquilla, y en asocio de los testigos actuarios doctores Rafael Angel Donado y Alfredo Llinás Osío, nombrados antes de la diligencia y posesionados dentro de ésta, procedió a efectuar una inspección ocular sobre los vales, cheques y otros documentos de deber girados o suscritos por clientes de dicho Bar, a cargo de aquéllos y a favor de éste. Realizada la revisión de la totalidad de dichos documentos, no se encontró ninguno suscrito por los implicados en la investigación administrativa. (Folio 52). El doctor Enrique Roa Calderón viene desempeñando la magistratura desde el 31 de enero de 1957; el doctor Gabriel Francisco Porras desde el 9 de abril de 1954; el doctor Luis Fernando Vives desde el 10 de mayo de 1954, y el doctor Félix Suárez Barrios fue nombrado Magistrado el 13 de noviembre de 1956 (Folios 99 a 105).

La Comisión desde un primer momento había procedido a enviar oficios a los Bancos de Barranquilla (casas principales y sucursales), mediante los cuales se inquirió a la totalidad de los establecimientos bancarios de dicha ciudad acerca de si los doctores Enrique Roa Calderón y Gabriel Francisco Porras tenían o habían tenido cuenta corriente, y, en caso afirmativo, si la habían manejado o no en forma correcta. Finalmente, si habían sido presentados para el pago cheques girados por dichas personas, que no hubieran podido cancelarse por falta de provisión de fondos, y de ser así, cuántas veces había ocurrido tal hecho.

El resultado de la anterior consulta fue así:

1—Los Bancos Comercial Antioqueño, Comercial Antioqueño Sucursal San Roque, de Colombia Sucursal Paseo Bastidas, Popular, The Firts National City Bank of New York, Banco Hipotecario Popular, Francés e Italiano y Caja de Crédito Agrario, respondieron negativamente las preguntas anteriores;

2—A folio 60 obra la respuesta del Banco Cafetero, en la cual consta que el doctor Gabriel Francisco Porras mantiene una cuenta abierta desde el 21 de marzo de 1957, la que acusa trece (13) devoluciones por fondos insuficientes;

3—A folios 63 aparece la nota del Banco de Bogotá, Sucursal de Barranquilla, en que se informa que el doctor Gabriel Francisco Porras "sí tuvo cuenta corriente en este Banco, la cual fue cancelada, a petición de dicho doctor, en 19 de junio de este año", y añade: "Según los comprobantes que reposan en poder del Banco, fueron rechazados por insuficiencia de fondos 42 cheques girados por el doctor Gabriel Francisco Porras, en fechas diferentes".

4—Al folio 61 el Banco del Comercio, Sucursal de Barranquilla, responde que "'el doctor Enrique Roa Calderón inició una cuenta corriente en esta sucursal el 25 de marzo de 1957 y fue cancelada por mal manejo en enero 18|58. Al doctor Roa Calderón se le devolvieron 17 cheques

por fondos insuficientes, en las siguientes fechas:

Julio de 1957—4 cheques por valor..	$ 1.800.00
Agosto de 1957—3 id.	1.200.00
Enero de 1958—5 id.	2.750.00
Julio de 1958—1 id.	100.00
Septiembre 1958—4 id.	1.750.00"

5—En el folio 83 se ve la respuesta del Banco de Colombia, en la cual se expresa que al doctor Enrique Roa Calderón "le fue cancelada la cuenta corriente por la Gerencia por mal manejo el 18-7-52, por cheques devueltos por fondos insuficientes:

Cheque	Valor	Fv.	Dev.
20B2-6051 .. . .$	50.00	El portador	15-6-52
21B2-6051	50.00	"	15-6-52
03B2-6491	50.00	"	12-7-52"

La Comisión, en desarrollo del punto 5º del auto para mejor proveer que dispuso la recepción de declaraciones juradas a todas aquellas personas que pudieran informar sobre la conducta de los funcionarios acusados, previa evacuación de las correspondientes órdenes de comparendo, procedió a recibir las de los señores Marco T. Calderón y Belén Lafaurie. El primero dio cuenta en su testimonio de que el doctor Gabriel Francisco Porras débía a una hermana suya la cantidad de $ 800.00 que aquél le había solicitado en préstamo "en cierta ocasión", para cuya solución o pago el doctor Porras había girado un cheque y una letra de cambio por igual cantidad, esta última como caución del crédito; en vista de que la hermana del declarante —dijo éste— no había logrado el pago de dicha obligación en el plazo convenido, se había apersonado del cobro con resultados negativos, pues el deudor siempre le ponía nuevos plazos, alegando razones de imposibilidad económica. Aclaró que había obtenido un abono hace como cuatro o cinco meses y "de ahí para acá he logrado que me abone cuatrocientos pesos en varias partidas". Manifestó no haber intentado acción judicial contra el doctor Porras, porque —según sus palabras— "me parece que en el fondo es una gran persona agobiada por los múltiples problemas económicos que tiene, y porque soy un hombre humano y comprensivo". (Folio 74).

La señora Belén Lafaurie, lotera de profesión, de 77 años y viuda dos veces, declara (Folios 55, 56 y 57) cómo el doctor Enrique Roa Calderón le adeuda medio billete de la lotería de Bolívar, que aquél le encargó y la declarante le consiguió, comprometiendo su propio crédito con otra expendedora de lotería, por la suma de $ 110.00. Destaca la testigo de manera patética la inútil reiteración del cobro, y presenta un documento que, al mes de la transacción, logró que la suscribiera el deudor como título del crédito. Tal documento, en condiciones de avanzado deterioro, cuya fotoscopia fue ordenada por la Comisión y puede verse a folio 76, presenta una estampilla de timbre nacional de veinte centavos anulada por la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico y reza de la siguiente manera: "$ 110.00. Debo a la señora Belén María Lafaurie por concepto de crédito de lotería (sigue palabra ilegible) la suma de ciento diez pesos moneda corriente. Barranquilla, noviembre 23|53 — Eque A. Roa".

La Comisión de esta Sala, con el ánimo de agotar la investigación, y en presencia de los precedentes gravísimos datos, ofició a los 9 Juzgados Civiles Municipales y a los cuatro Juzgados del Circuito de Barranquilla, en el sentido de que informaran acerca de los juicios que, ora se hubieran causado mediante la presentación de la respectiva demanda ejecutiva con o sin medidas preventivas, ora por la simple promoción de éstas, contra los cuatro magistrados implicados en la investigación doctores Enrique Roa Calderón, Gabriel Francisco Porras, Luis Fernando Vives Román y Félix Suárez Barrios.

Los resultados obtenidos fueron:

Los Juzgados segundo y séptimo civiles municipales de Barranquilla y los Juzgados primero, segundo y cuarto del Circuito respondieron negativamente. (La respuesta del Juez segundo civil municipal tiene todas las visas de ser una inexactitud, como luégo se verá).

Aparecen acciones diversas contra las prenombradas personas, en ejercicio actual de la magistratura, en los Juzgados 1º, 3º, 4º, 5o., 6o. 8o. y 9o. civiles municipales, y en el Juzgado Tercero Civil del Circuito. Los asuntos contra los cuatro Magistrados referidos, son:

a) En el **Juzgado Primero Civil Municipal:** Juicio Ejecutivo con medidas preventivas del señor Alberto de la Espriella contra el doctor Enrique Roa Calderón, por $ 1.748.00, promovido el 22 de marzo de 1957. Antes de que entrara a conocer de este asunto el Juez Primero, se habían declarado impedidos (por "amistad íntima", causal 14 del artículo 435 del Código Judicial) los Jueces Octavo y Noveno. Al oficio sobre embargo y secuestro preventivos de la cuota del sueldo del

demandado, la Administración de Hacienda del Atlántico responde en nota del 7 de abril del corriente año: "Me permito informarle que no podemos dar cumplimiento al embargo citado, por encontrarse cumpliendo un juicio de alimento notificado por el Juzgado Civil de Menores de Bogotá, mediante Oficio número 0196 de febrero 10 de 1958".

Ejecutivo del doctor Carlos García Solano contra el doctor Enrique Roa Calderón por $ 1.500.00, promovido el 8 de octubre de 1957. Conoce de él este Juzgado por impedimento declarado por el Juez 9º por "amistad íntima". Se libró mandamiento de pago el 9 de abril de 1958. No aparece que haya sido intimado.

Juicio de lanzamiento del Banco Central Hipotecario contra el doctor Gabriel Francisco Porras y otros promovido el 16 de septiembre de 1958. Aviso de notificación expedido y fijado el 24 de septiembre del presente año. (Cuaderno Nº 2).

b) En el **Juzgado Tercero Civil Municipal:** Ejecutivo con medidas preventivas de Miguel M. Meza contra el doctor Gabriel Francisco Porras y el doctor Luis Fernando Vives por $ 1.060.00, promovido el 28 de mayo de 1958. Después de una cadena de impedimentos por 'amistad íntima" de los Jueces 8º, 9º, 1º y 2o. entra a conocer del negocio el señor Juez Tercero, quien en el auto de ejemplar probidad con que asume el conocimiento del asunto califica este "increíble peregrinaje" de algo que se asemeja a "denegación de justicia". (Aparece aquí la inexactitud flagrante en que incurrió el Juez Segundo cuando afirma, a folio 69 que "en este Juzgado no han cursado ni cursan juicios" contra los implicados, evadiendo responder si se habían causado estos juicios mediante medidas preventivas como se le había preguntado). (Cuaderno número 3).

Ejecutivo con medidas preventivas del señor Juan Gallo contra el doctor Enrique Roa Calderón por $ 750.00 promovido el 28 de octubre de 1957. Mandamiento de pago dictado el 19 de noviembre de 1957, aún sin intimar. (Cuaderno número 4).

Juicio de lanzamiento del señor Alberto de la Espriella contra el doctor Enrique Roa Calderón y otros, iniciado el 5 de junio de 1956. Después de múltiples incidentes y habiendo sido frustráneos los actos de lanzamiento intentados por varias inspecciones de Policía de Barranquilla, el doctor Enrique Roa Calderón desocupa el inmueble el 21 de julio de 1957, la víspera misma del último intento de lanzamiento físico ordenado por la Inspección Quinta Civil de Policía de Barranquilla. (Cuaderno Nº 5).

Posiciones que, a solicitud del señor Juan Gallo, debe absolver el doctor Enrique Roa Calderón, cuyo pliego fue presentado el 4 de junio de 1957. La última actuación es el siguiente informe del Escribiente citador: "Señor Secretario: Informo a usted que las veces que he ido a notificar al doctor Enrique Roa Calderón a su oficina situada en el edificio "Jaar" se me ha informado de que (sic) él no se encuentra en ella, por esta razón no he podido dar cumplimiento a la notificación. Barranquilla, julio 11 de 1957. El Escribiente Citador (Fdo.) Heriberto Cárdenas V.". (Cuaderno número 6).

c) En el **Juzgado Cuarto Civil Municipal:** Ejecutivo de J. Glottmann de Barranquilla contra el doctor Enrique Roa Calderón y otro por valor de $ 160.00 (cuatro letras de cambio de $ 40.00 cada una, giradas el 12 de noviembre de 1951), iniciado el 3 de septiembre de 1953. El mandamiento de pago fue librado el 14 de septiembre de 1953. Hasta el presente ha sido imposible su intimación. (Cuaderno Nº 7).

d) En el **Juzgado Quinto Civil Municipal:** Juicio de lanzamiento del Banco Central Hipotecario contra el doctor Gabriel Francisco Porras y otros, instaurado el 25 de septiembre de 1956. Concluído por desistimiento el 9 de octubre de 1956. (Cuaderno Nº 8).

Ejecutivo de Alberto de la Espriella contra el doctor Gabriel Francisco Porras por $ 594.00, instaurado el 16 de agosto de 1957. Concluído por desistimiento el 31 de julio de 1958.

e) **En el Juzgado Sexto Civil Municipal:** Juicio ejecutivo con medidas preventivas instaurado por "Autocyma" contra el doctor Félix Suárez Barrios y otro, por la suma de $ 1.680.00. Se embargó la quinta parte del sueldo del doctor Suárez Barrios como Fiscal del Juzgado Primero Superior de Barranquilla. Terminó por desistimiento el 23 de agosto de 1956.

Ejecutivo con medidas preventivas promovido por Francisco de P. Castell, contra el doctor Gabriel Francisco Porras por $ 490.00 "con base en dos instrumentos negociables de $ 100.00 y $ 390.00 de los llamados cheques, contra el Banco de Bogotá de esta ciudad". La demanda se presentó el 11 de marzo de 1958. Se le embargó la quinta parte de su sueldo de magistrado. Terminó por desistimiento el 12 de marzo del año en curso.

Ejecutivo de J. Glottmann S. A. contra el doctor Enrique Roa Calderón y otro por la suma de $ 480.00 (15 letras de cambio por valor de $ 32.00

cada una giradas el 15 de enero de 1952). La demanda fue instaurada el 3 de septiembre de 1953. No ha sido intimado el mandamiento de pago.

Ejecutivo con medidas preventivas del señor Manuel A. Díaz Ch. contra el doctor Enrique Roa Calderón por la suma de $ 208.00 (ocho letras de cambio por $ 26.00 cada una). Fue presentado memorial de desistimiento el 10 de septiembre de 1957.

Ejecutivo con medidas preventivas instaurado por el doctor Adalberto del Castillo y Amador por la cantidad de $ 300.00 (letra de cambio). La demanda fue presentada el 12 de junio de 1957. Se embargó la quinta parte del sueldo del doctor Roa como Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla; el 28 de febrero de 1958 se presentó memorial de desistimiento por pago.

Dos informes contradictorios rendidos por el Juez Octavo Civil Municipal de Barranquilla en cuanto a los datos solicitados motivaron que la Comisión especial practicara, en dicho Juzgado, una diligencia de inspección ocular, y procediera a someter a dicho funcionario al interrogatorio que aparece de folios 91 a 94 del cuaderno principal. Inicialmente el Juez mencionado había informado, como aparece a folio 70 ibídem, que en su despacho cursaba una demanda ejecutiva, con acción preventiva, contra el doctor Félix Suárez Barrios y otro, instaurada por los señores Luis Eduardo y Rafael Ribaldo Caballero, "la cual se halla representada en una factura de venta a crédito pagadera a la vista". Posteriormente, como aparece a folio 85, el mismo Juez informa que aclara su oficio anterior en los siguientes términos: "En este Despacho no cursa ni ha cursado ningún juicio contra los doctores Félix Suárez Barrios etc. (.....). Equivocadamente se dió respuesta afirmativa en relación con el doctor Félix Suárez Barrios por un error en la interpretación de la referida nota o circular". La Comisión tuvo oportunidad de verificar, en el propio Juzgado Octavo, la existencia de dicho negocio, y en el curso de la diligencia, el Juez exhibió un memorial de desistimiento, sin nota de presentación personal, fechado el 14 de los corrientes. En el expediente se pudo verificar que el Juez se había declarado impedido por la consabida causal de "amistad íntima", impedimento que fue allanado por la parte actora. Explicó su segunda nota aduciendo malentendimiento del oficio de la Comisión y argumentando que no podía aseverar la existencia de "juicio ejecutivo", cuando sólo existían medidas preventivas. Arguyó que según el artículo 981 sólo hay juicio ejecutivo desde el momento en que se notifica el mandamiento de pago, pero no antes. Dijo no haber entendido la expresión que se "causen o se hayan causado", según el texto del oficio de la Comisión— con cuya deliberada amplitud ésta última quiso comprender la simple demanda ejecutiva como elemento causal del juicio especial de la misma naturaleza.

En dicho **Juzgado Octavo Civil Municipal** se halló que la acción ejecutiva contra el doctor Félix Suárez Barrios y otro por una factura de drogas de fecha septiembre 28 de 1957 "a la vista", fue instaurada el 28 de agosto de 1958, y —en lo que respecta al doctor Barrios— se desiste en la forma sorpresiva en que antes se indicó. (Cuaderno Nº 9).

f) En el **Juzgado Noveno Civil Municipal:** Actualmente cursa una demanda ejecutiva instaurada por el doctor Adalberto del Castillo contra el doctor Enrique Roa Calderón. Estado del asunto: se ha librado mandamiento de pago.

g) El **Juzgado Tercero Civil del Circuito** manifestó textualmente: "Me permito informar que en el Libro Radicador iniciado el 27 de octubre de 1953, página 223 se encuentra sentado un juicio ejecutivo, distinguido con el número 2082, instaurado por Ariza y Correa Limitada, contra el doctor Gabriel Francisco Porras, el día 12 de abril de 1956. Tiene la siguiente leyenda: Desistido".

En el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, la Comisión verificó los datos del proceso que por el presunto delito de estafa se adelantó contra el señor doctor Félix Suárez Barrios. El caso se originó así: los detenidos Cristian Aguilar, Alfredo Díaz Hernández y Francisco Rodríguez Mendoza "solicitaron los servicios del abogado Félix Suárez Barrios, habiendo arreglado la defensa por quinientos pesos ($ 500.00) moneda corriente, provenientes de la venta de una balsa de madera que habían efectuado por la cantidad de mil cien pesos ($ 1.100.00). Agregaron los informantes que el doctor Suárez Barrios se les brindó para cobrar el saldo pendiente o sea el de seiscientos diez pesos ($ 610.00); de esta cantidad el doctor Suárez les entregó sólo doscientos pesos ($ 200.00), sin saber los interesados el paradero de los cuatrocientos diez pesos restantes". En el auto cabeza de proceso dictado el 4 de marzo de 1954 por el Juez del conocimiento, que lo fue el Quinto Penal Municipal, se decretaron una serie de pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos. Igualmente obra un escrito, firmado por Cristian Aguilar y Fran-

cisco Rodríguez, cuyo texto reza que "por medio del presente queda el doctor Félix Suárez Barrios debidamente autorizado recibir (sic) y disponer del dinero que resulte de la venta de las veintiséis vigas vendidas al Aserradero Moderno, a buena cuenta de suma mayor, por concepto de sus honorarios profesionales, prestados al suscrito en materia penal". Con la sola indagatoria y sin haberse practicado ninguna otra prueba, el personero delegado en lo penal —a la solicitud de concepto del Juez de conocimiento sobre la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— responde el 14 de julio de 1956 que "como han transcurrido más de dos años sin que existan elementos de juicio suficientes para determinar la responsabilidad del sindicado, es evidente que se trata de una actuación inútil por carecer de la virtualidad de que tratan los artículos 293 y siguientes del Código de Procedimiento Penal. Por tanto conceptúo que así debe declararse y ordenar que cese el procedimiento". El Juez Quinto Penal Municipal decreta la cesación de todo procedimiento en auto de fecha 30 de noviembre de 1956. Consultada esta providencia con el Superior, correspondióle absolverla al señor Juez Segundo Penal del Circuito de Barranquilla, el cual en providencia fechada el 8 de octubre de 1958 "Confirma la sentencia consultada ,aclarando que el delito imputado al doctor Félix Suárez Barrios no lo ha cometido". La notificación al Personero del anterior proveído carece de la firma del secretario del Juzgado.

La Sala no cree pertinente analizar las declaraciones del señor Tirso Patiño Santodomingo (Folio 75), ni de la señora Francisca Steckerl de Loewy (Folios 87 a 90), por referirse a controversias sub-judice reveladoras de intensas contenciones judiciales aún no decididas, en las cuales los actores han calificado de infidentes a varios magistrados, materia sobre la cual —según la segunda— ha conocido la Procuraduría General de la Nación. En cuanto a la morosidad que los testigos le achacan al desarrollo de tales asuntos, cabe advertir que la pugnacidad de los litigantes en puntos sobre manera difíciles parece "prima faciae" una de las principales causas del retardo. Tampoco cree necesario la evacuación del punto 4º del auto para mejor proveer por lo cual, antes de resolver, considera :

La anterior relación de hechos es por sí sola sobremanera elocuente en punto a ameritar las más drásticas sanciones disciplinarias para varios de los implicados. Cabe sin embargo destacar con pena, las circunstancias que rodean la conducta de personas que por la noble jerarquía de su oficio fueron llamadas a ocupar uno de los más altos sitios de la justicia y del derecho, y que, no obstante su posición destacada, han realizado actos que desdicen notablemente de su categoría de juzgadores. Debe considerarse cuál será la suerte del ciudadano común que intenta hacer valer sus derechos en estrados municipales donde se ha pretendido engañar y burlar —como ocurrió— concretamente en dos Juzgados de Barranquilla— a los más altos Magistrados de la República; cuál será el resultado de un debate en el cual la balanza de la justicia se halla descompensada desde el comienzo, por una cadena de impedimentos mañosos por presunta "amistad íntima", y, en fin, cuál será la suerte del Juez probo que se atreve a romper esa cadena y toma sobre sí el honroso gravamen de administrar justicia.

Por todo lo cual, y con base en lo dispuesto por el Decreto número 3.665 de 1950, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena,

RESUELVE:

1º Destitúyese a los doctores Enrique Roa Calderón y Gabriel Francisco Porras, de su cargo de Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla.

2º Suspéndese al doctor Félix Suárez Barrios, de su cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Barranquilla, por el término de treinta (30) días.

3º. De las imputaciones de morosidad formuladas al señor Magistrado doctor Luis Fernando Vives, remítase copia al Ministerio de Justicia para lo de su cargo. Envíese copia de esta Providencia al mismo Ministerio.

4º. Dése cuenta de lo resuelto en los numerales 1º y 2º al señor Gobernador del Departamento del Atlántico, para que provea interinamente dichos cargos, mientras la Corte lo hace en propiedad.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la GACETA JUDICIAL.

Roberto Goenaga.— Luis Alberto Bravo.— Alfredo Cock Arango. — Roberto De Zubiría C.— José Hernández Arbeláez.—Héctor Martínez Guerra.—Simón Montero Torres.—Luis Fernando Paredes A.—Arturo C. Posada.—Arturo Valencia Zea.—Antonio Vicente Arenas.— Gabriel Carreño Mallarino.— Samuel De Sola Roncallo.— Ignacio Escallón.—Ricardo Jordán Jiménez.—Luis Eduardo Mejía.—Pedro Pacheco Osorio.—Julio Pardo Dávila.—Jorge Sanabria.—Jorge Vélez García.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SANCIONES DISCIPLINARIAS. — CONTRA LA DECISION DEL SUPERIOR, ES IMPROCEDENTE INTERPONER RECURSO DE REPOSICION PORQUE LA LEY NO ESTABLECE OTRO DISTINTO DEL DE QUEJA. — EL PROCEDIMIENTO ES SUSCEPTIBLE DE ANULACION EN LA EVENTUALIDAD DE QUE LAS ACTUACIONES PREVIAS A LA EXPEDICION DEL ACTO DISCIPLINARIO, ADOLEZCAN DE ILEGALIDAD O, CON MAYOR RAZON AUN, DE INCONSTITUCIONALIDAD MANIFIESTA COMO LO SERIA LA INAUDIENCIA EN JUICIO DE LOS SANCIONADOS. LA CORTE MANTIENE LA RESOLUCION ANTERIOR

Como según el artículo 12 del Decreto 3.665 de 1950, "contra las decisiones del superior no habrá otro recurso que el de queja", los funcionarios sancionados con penas disciplinarias no podrán interponer recurso de reposición pues la ley no lo establece. Y no estableciéndolo, resultaría contrario a derecho que el funcionario se arrogara facultades que no le otorga la ley, como ocurriría en el evento de que, sin existir recurso, aquél —para concederlo— procediera a crearlo. Es sabido que la competencia del funcionario público está determinada exclusivamente por fuente legal positiva y atribución expresa; sólo puede hacer, por tanto, lo que la ley le autoriza u ordena que haga y, en consecuencia, a la ley deben estar estrictamente ceñidos todos sus actos.

No existe duda, empero, de que es procedente el estudio y revisión aún oficiosos de los procedimientos, en la jurisdicción antes de proveimiento de fondo y en la administración siempre. Tratándose de un acto administrativo de carácter disciplinario, asimilable a los que produce la administración por la vía gubernativa, su procedimiento es susceptible de anulación en la eventualidad de que —como se ha dicho— las actuaciones previas a su expedición adolezcan de ilegalidad o, con mayor razón aún, de inconstitucionalidad manifiesta como lo sería la alegada inaudiencia en juicio de los sancionados. La facultad de revisar los procedimientos simplemente administrativos por razón de inconstitucionalidad debe afirmarse que existe siempre, puesto que el Estado de derecho equivale por excelencia a la sumisión de todos los los funcionarios a las normas jurídicas que regulan su actuación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Los doctores Enrique Roa Calderón, Gabriel Francisco Porras y Félix Suárez Barrios, los dos primeros destituídos y el último suspendido por 30 días de sus cargos de Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, han interpuesto recurso de reposición par aante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia contra la providencia de 24 de octubre de 1958 que les impuso tales sanciones. Sustentan el recurso alegando que fue pretermitido el artículo 5º del Decreto 3.665 de 1950, que dispone "hacer conocer por escrito del inferior los actos u omisiones que se le atribuyan como causales de sanción disciplinaria, así como las pruebas correspondientes cuando ellas existieren", y aduciendo como fundamento del recurso que, con base en el anterior defecto procedimental, el proceso por el cual se les sancionó se halla viciado de nulidad constitucional por cuanto fueron condenados sin haber sido oídos, con violación flagrante del artículo 26 de la Carta.

Para resolver se considera:

I.—IMPROCEDENCIA DEL RECURSO Y ESTUDIO DE LA NULIDAD

Como se ha visto, los sancionados con las penas disciplinarias atrás referidas han interpuesto el recurso de reposición para ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia. Esta Corporación advierte, en primer término, que el único recurso establecido en estos casos por el Decreto 3.665 de 1950 es el de queja, como se desprende del mandato contenido en el artículo 12 de dicho Decreto, cuyo texto reza así:

"Artículo 12.—Contra las decisiones del superior no habrá otro recurso que el de queja".

Cabe por tanto analizar si le es dable a la Sala Plena de la Corte entrar a resolver acerca de la reposición presentada y sustentada por los funcionarios sancionados. A este respecto es pertinente considerar que no establece la ley dicho recurso para el caso en cuestión; y no estableciéndolo, resultaría contrario a derecho que el funcionario se arrogara facultades que no le otorga la ley, como ocurriría en el evento de que, sin existir recurso, aquél —para concederlo— procediera a crearlo. Es sabido que la competencia del funcionario público está determinada exclusivamente por fuente legal positiva y atribución expresa; sólo puede hacer, por tanto, lo que la ley le autoriza u ordena que haga y, en consecuencia, a la ley deben estar estrictamente ceñidos todos sus actos.

No existe duda, empero, de que es procedente el estudio y revisión aún oficiosos de los procedimientos, en la jurisdicción antes de proveimiento de fondo y en la administración siempre. Tratándose de un acto administrativo de carácter disciplinario, asimilable, a los que produce la administración por la vía gubernativa, su procedimiento es susceptible de anulación en la eventualidad de que —como se ha dicho— las actuaciones previas a su expedición adolezcan de ilegalidad o, con mayor razón aún, de inconstitucionalidad manifiesta como lo sería la alegada inaudiencia en juicio de los sancionados. La facultad de revisar los procedimientos simplemente administrativos por razón de inconstitucionalidad debe afirmarse que existe siempre, puesto que el Estado de derecho equivale por excelencia a la sumisión de todos los funcionarios a las normas jurídicas que regulan su actuación.

Entra la Sala a estudiar la presunta nulidad que se alega.

II.—LA AUDIENCIA DE LOS IMPLICADOS EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

La reconsideración impetrada a esta Sala afianza su motivación en la falta de audiencia a los implicados dentro del p r o c e s o administrativo disciplinario, cuyas resultas fueron las sanciones preindicadas. Pretenden los recurrentes que fueron sancionados sin haber sido oídos ni vencidos en juicio, lo cual entraña una grave pretermisión que alcanza a violar el artículo 26 de la Carta, y que, por transgredir dicho texto, —afirman— el proceso se halla viciado de nulidad constitucional. Así mismo aducen que se produjeron fallas en el estricto ámbito de los procedimientos consagrados por el Decreto 3.665 de 1950, irregularidades procesales que igualmente vinculan al mismo motivo de "inaudita parte".

El examen del expediente muestra de manera incuestionable que carece de todo asidero esa aseveración. Aún más: que tanto el Magistrado sustanciador de este caso, como la Comisión especial y la Sala Plena extremaron su celo en examinarlo y dilucidarlo ponderadamente, y que tales examen y dilucidación se cumplieron dentro de las más severas pautas de la ley aplicable, tanto desde el punto de vista sustantivo como desde el punto de vista ritual y de procedimento.

Elevado a la Corte Suprema de Justicia un tan dudoso como grave escrito de acusación contra cuatro Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla —en que se imputaba a tres de ellos una conducta social reprobable y al cuarto morosidad en sus funciones de juzgador—, ante la manifiesta deficiencia formal del supradicho libelo acusatorio, que inclusive carecía de presentación personal ante autoridad competente y cuyo autor aparecía por tanto inidentificado, esta Corporación procedió **de oficio** a hacer la investigación correspondiente, bien con el objeto de vindicar el buen nombre de cuatro altos funcionarios de la jurisdicción temerariamente acusados, con la consiguiente promoción del proceso penal contra el acusador temerario, bien con el propósito de sancionar disciplinariamente a dichos funcionarios en el desgraciado evento de que la materia de la acusacóin fuere cierta. El procedimiento oficioso, debido a la ya anotada deficiencia del escrito de acusación, tuvo como fundamento jurídico lo que preceptúa para estos casos el artículo 4º del Decreto 3.665 de 1950, en lo que aquí concierne:

"Artículo 4º.—El superior a quien corresponda aplicar las sanciones de este decreto **procederá de oficio,** etc.". (Subraya la Sala).

Por auto fechado el 14 de julio de 1958, que puede verse a folio 8 del expediente, dentro de los dos días hábiles siguientes a la entrada del asunto al despacho, el Magistrado sustanciador ordenó hacer conocer por escrito a los acusados —por comisión conferida al señor Fiscal del Tribunal Superior de Barranquilla— los actos y omisiones que se les atribuían y de los cuales la Corte tenía conocimiento. Si, como efectivamente ocurrió, en dicho auto se reprodujo íntegramente el texto de la acusación, no entendió hacerlo el sus-

tanciador en cuanto tal documento significara prueba, ni siquiera principio de prueba por escrito, —ya que habían sido detenidamente anotadas sus deficiencias formales—, sino para dar un exacto traslado a los acusados de aquellos hechos de que la Corte tenía conocimiento, y por lo tanto procurarles una más adecuada posibilidad de defensa. Dicha actuación era propia de un proceso de esta índole, promovido ora "ex-oficio", ora por "queja legalmente formulada", de acuerdo con el artículo 5º ibídem que regula el único sistema de "audita parte", o de que los inferiores acusados sean oídos en el proceso administrativo disciplinario a que se refiere el Decreto tantas veces citado, y que dice así:

"Artículo 5º.— El superior, dentro de los dos días siguientes a la fecha en que reciba la queja legalmente formulada o en que tenga conocimiento de hechos de los enumerados en el artículo 2º, hará conocer por escrito al inferior los actos u omisiones que se le atribuyan como causales de sanción disciplinaria, así como las pruebas correspondientes cuando ellas existieren.

"Dentro de los diez (10) días siguientes, más el término de la distancia, el inferior contestará haciendo sus descargos y acompañando las pruebas en que los fudamente. El silencio se tendrá como confesión de los hechos imputados".

A folio 42 del expediente aparece el oficio de 21 de agosto del año en curso, enviado por el señor Fiscal y remisoiro de los descargos y pruebas de los doctores Enrique Roa Calderón, Gabriel Francisco Porras, Félix Suárez Barrios y Luis Fernando Vives. Tales documentos, que aparecen de los folios 12 a 41 del expediente, son demostrativos de que **sí fueron oídos en juicio,** de acuerdo con el sistema de audiencia que en esta clase de procesos establece la ley que pertenece a las formas plenas del mismo (artículo 5º, ya transcrito). Es por tanto inválida la aserción de inaudiencia en juicio, por lo cual no se configura la nulidad que se predica del proceso.

III.—RESULTADO DE LA INVESTIGACION

Ordenado auto para mejor proveimiento por la Sala —también con base legal, o sea de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7º ibídem— la comisión de su seno que amplió la investigación no halló ni comprobó otros cargos distintos a aquéllos de los cuales ya la Corte y los inculpados tenían conocimiento, a saber: giro de cheques sin provisión de fondos y mora habitual e injustificada en el pago de las deudas que se imputaba a los doctores Enrique Roa Calderón y Gabriel Francisco Porras, y el de hechos que por su naturaleza la Sala Plena consideró que eran incompatibles con la dignidad de la función de administrar justicia que se le enrostraron y probaron al doctor Félix Suárez Barrios.

La Corte considera que debe detenerse en el caso de éste último: Alega el doctor Suárez Barrios que la imputación que se le formuló de ser "mala persona", hecha por el autor del anónimo con fundamento en simples rumores, y como si esto fuera poco, en rumores originados en un bar de dudosa reputación, tenía como consecuencia encarecer y dificultar notablemente la defensa, por la impresión y vaguedad del cargo, sí que también la de restarle credibilidad a éste por el bajo lugar de su origen. Tales observaciones fueron motivo de cavilación de la Sala. Pero ocurre que —oído el implicado— la comisión especial halló datos probatorios que, sopesados con el ánimo más desprevenido, eran causales de una sanción, aunque no tan rigurosa como la impuesta a los dos anteriores.

No intentó la Sala tocar lo que ya era cosa juzgada en el proceso por presunción de estafa que contra el doctor Suárez Barrios se adelantó en el Juzgado Quinto Penal Municipal de Barranquilla, cuyo resultado fue la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Ni tampoco tuvo en cuenta el juicio ejecutivo ya fenecido que contra él cursara, antes de llegar a la Magistratura, en el Juzgado Sexto Civil Municipal, cuando desempeñaba el cargo de Fiscal del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad. Lo que la Sala estimó como hecho de evidente gravedad, incompatible con la dignidad de un Magistrado, fue que éste comprometiera su responsabilidad en una compraventa de reducido valor, por concepto de drogas, contra factura pagadera a la vista, y que después de casi un año de mora y de insistentes cobros inútiles, el acreedor se viera precisado a recurrir a la vía ejecutiva para obtener dicho pago. La gravedad de este hecho fue tácitamente reconocida por el propio inculpado, quien se precipitó a satisfacer parcialmente la obligación cuando la investigación se adelantaba, y en el momento mismo en que —por una sospechosa contradicción del Juez del conocimiento los comisionados realizaban en ese Juzgado una diligencia.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, no encuentra configurada nulidad legal o constitucional en el proceso referido, y mantiene las sanciones disciplinarias impuestas por Resolución de 24 de octubre de 1958.

Cúmplase.

Roberto Goenaga.—Luis Alberto Bravo.—Alfredo Cook Arango.—Roberto De Zubiría C.— José Hernández Arbeláez.—Héctor Martínez Guerra.—Simón Montero Torres.—Luis Fernando Paredes A.—Arturo C. Posada. — Arturo Valencia Zea. — Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Samuel De Sola Roncallo.— Ignacio Escallón. —Ricardo Jordán Jiménez. — Luis Eduardo Mejía.—Pedro Pacheco Osorio.—Julio Pardo Dávila.—Jorge Sanabria.—Jorge Vélez García.—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL LEGISLADOR NO PUEDE, SO PRETEXTO DE ORDEN PUBLICO O DE GUERRA EXTERIOR, CONFISCAR LA PROPIEDAD PRIVADA DE LOS CIUDADANOS EXTRANJEROS

1.—El artículo 11 de la Carta (5º del A. L. número 1 de 1936) dispone que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos; pero que la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Obsérvese, ante todo, que las limitaciones legales previstas por el constituyente se refieren, en forma inequívoca, al EJERCICIO de determinados derechos, y no al título o señorío de los mismos.

En este orden de ideas, sin quebrantar la armonía que debe existir siempre entre la ley positiva y la moral cristiana, los bienes y propiedades de los extranjeros pueden ser sometidos, por razones de orden público, a restricciones tales que lleguen a impedir, transitoriamente, a los propietarios y titulares la administración de sus patrimonios, es decir, el EJERCICIO de sus derechos. La propiedad particular no puede ejercerse sino usándola para sí el dueño, o extrayéndole alguna otra utilidad legítima.

Puede, pues, el legislador, por los motivos de que trata el artículo 11, privar al propietario extranjero, durante un tiempo, de tal administración; pero no le es dado privarlo del dominio que la Constitución le garantiza, sino en los casos y con las formalidades que ella misma prevé. El patrimonio particular del extranjero puede ser embargado o bloqueado por razones de alta conveniencia nacional o internacional mientras dure la emergencia; pero de ninguna manera puede ser objeto de confiscación si se atiende a las tradiciones y a las normas del derecho público de Colombia.

El alcance del artículo 11 de la Carta no se presta a dudas ni está en pugna con los demás preceptos de la misma.

2.—La tesis de que en virtud del artículo 11 de la Carta, "el Título III de la Carta Fundamental en cuanto a los derechos allí consagrados puede llegar a ser inaplicable a los extranjeros", es a todas luces inadmisible. Ni la letra ni el espíritu del artículo 11 de la Superley, se prestan para atribuírle alcance y eficacia distintos a los del principio americano de la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros, que impide privar a éstos de la propiedad de sus bienes invocando un erróneo concepto de orden público y las conveniencias nacionales.

El concepto "indemnización" o "reparación" presupone necesariamente el de "responsabilidad". Es esta una proposición que por evidente en sí misma, hay que aceptarla en todas sus consecuencias. Cuando falta la responsabilidad, la indemnización carece de base jurídica.

3.—"Los particulares —según el artículo 20 de la Constitución— no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes".

La expresión "particulares" incluye, desde luego, tanto a los nacionales como a los extranjeros.

Estos últimos responden por actos SUYOS que de algún modo hieran la Carta Fundamental o las leyes.

Así las cosas, se pregunta: ¿Están acaso obligados los extranjeros residentes en Colombia a responder civil, comercial o penalmente por actos que no fueron suyos sino de los gobiernos totalitarios?

Atendiendo a la Ley de Leyes y a las instituciones de Colombia, hay que contestar a esta pregunta en forma negativa.

4. — Unicamente los bienes que hubiera podido poseer en propiedad el Reich Alemán, dentro de las fronteras colombianas, podrían haber quedado sujetos a las resultas de un juicio de indemnización o reparación por los daños consecuentes a la segunda guerra universal. Mas los bienes de personas particulares, naturales o jurídicas, no constituyeron jamás esa especie de garantía tácita para darle eficacia a una responsabilidad inexistente.

5. — No es admisible acoger, por vía de doctrina, la tesis de la responsabilidad de los particulares por las guerras que surgen entre los gobiernos de las naciones, pues semejante responsabilidad, lejos de fundarse en las leyes positivas y naturales, las contradice y desvirtúa abiertamente.

Aún en los sistemas democráticos y representativos, la multitud que elige no responde con sus patrimonios de los abusos e injusticias de cualquier orden que puedan cometer, en el desempeño de la autoridad, los elegidos.

A la generalidad de los Estados ibero-americanos sólo les fue posible prestar una especie de respaldo moral a la causa de las Naciones Unidas en la última guerra, como lo hizo Colombia mediante declaración de beligerancia con Alemania. La defensa de esa causa y la del hemisferio contra los gobiernos del Eje, por suponerse de necesidad y de justicia, no podía jurídicamente invocarse para cohonestar la violación radical del derecho de propiedad de alemanes, japoneses o italianos. Cobrar a los pueblos lo que hicieron sus gobiernos es actitud contraria a los más elementales principios de justicia.

6.—Hacia el final de la última guerra universal se expidió la Ley 39 de 1945 para liquidar el régimen de administración fiduciaria. ¿Y cómo ordenó liquidarlo? De modo sui generis: **dando lugar a que se desconocieran o se menoscabasen los títulos de propiedad que debían ser respetados por mandato del constituyente.**

El señor Procurador recuerda que en la Conferencia de Cancilleres reunida en Río de Janeiro se recomendaron medidas precautelativas para seguridad del hemisferio occidental, y, entre ellas, el establecimiento del control y la administración fiduciaria. Con todo, el mismo señor Procurador, en rasgo de probidad intelectual que honra su memoria, no pudo menos de adicionar su comentario a la reunión de Cancilleres, diciendo: "La única salvedad fue la de que esto debía hacerse de acuerdo con la propia legislación de cada Estado".

Los principios en que se ha inspirado siempre la de Colombia garantizan la propiedad privada de todos sus habitantes, sin discriminaciones de nacionalidades ni de razas.

7.—Sin que sea éste el momento de precisar el alcance que pueda tener este fallo, sobre inexequibilidad de algunas disposiciones de la Ley 39 de 1945, respecto de situaciones definidas durante la vigencia de esta norma, bien por su aplicación o por arreglos directos entre el Gobierno y los interesados, considera la Corte necesario restaurar el imperio de la Constitución, que es la más auténtica e importante entre las conveniencias nacionales, y dejar testimonio escrito de que el criterio de los jueces colombianos es enfáticamente adverso a cualquier acto que lesione legítimos derechos de los particulares, sean nacionales o extranjeros, y aunque se realice con la más sana inspiración patriótica, pues los intereses comunes jamás podrán defenderse sobre las ruinas del orden jurídico y moral.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

El señor Luis Alberto Uribe T., cedulado bajo el número 2.698.278 en esta ciudad, ejerciendo, en escrito de 7 de marzo de 1946, la acción popular de que trata el artículo 214 de la Carta Fundamental, acusó de inconstitucionales ante esta Corporación los artículos 1º, 2º, 3º, 5o. y 6o. de la Ley 39 de 1945, y 1º, 4º, 7º, 8º y 9º del Decreto 216 de 1946, reglamentario de aquélla.

La demanda cumple los requisitos de la Ley 96 de 1936.

Las normas que el demandante señala como infringidas por los preceptos acusados, son las de los artículos 11, 16, 26, 28, 30, 33, 34, 17, 55 y 78 (ord. 6º) de la Constitución.

El 24 de junio de 1946 el antiguo Procurador General de la Nación, en extenso alegato, impugnó la demanda y pidió a la Corte que la declarase infundada.

Los actos acusados.

Ley 39 de 1945, artículo 1º.—"Sin perjuicio de la reclamación a que haya lugar ante el Estado Alemán, o ante los gobiernos, personas o entidades que lo representen o sustituyan, las indemnizaciones o reparaciones por razón de los gastos que la situación de guerra provocada por el Reich Alemán impuso al Tesoro Público de la Nación,

o por los daños causados por Alemania o por sus súbditos a las propiedades de Colombia o de los ciudadanos colombianos o a las personas de éstos, se harán efectivas en primer término, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1º del Decreto 2622 de 1943 y 7º del Decreto 1.723 de 1944, y en la forma como se establece en esta Ley, sobre los siguientes bienes:

"a) Los que se encuentran en administración fiduciaria por haber pertenecido al Reich Alemán o a bancos, compañías, sindicatos o consorcios de importación, domiciliados en Alemania, controlados, dirigidos o intervenidos por el Reich Alemán;

"b) Los dineros pertenecientes a personas naturales o jurídicas de nacionalidad alemana, domiciliadas en Alemania, procedentes de cuentas corrientes, depósitos o acreencias cobradas por los bancos comerciales, el Banco de la República o el Fondo de Estabilización, y en administración fiduciaria de esta última entidad, de conformidad con las disposiciones que reglamentan la materia;

"c) Los demás bienes colocados en administración fiduciaria, pertenecientes a personas naturales o jurídicas de nacionalidad alemana, residentes en territorio alemán;

"d) Los bienes pertenecientes a personas naturales o jurídicas de cualquier nacionalidad, colocados en administración fiduciaria por sus vinculaciones con intereses alemanes;

"e) Los bienes colocados en administración fiduciaria, pertenecientes a personas naturales o jurídicas de nacionalidad alemana, residentes en Colombia o en país distinto de Alemania en el momento de ser sancionada esta ley, y en general los no comprendidos en los ordinales anteriores;

"f) Los bienes colocados en administración fiduciaria, de conformidad con los artículos 1º y 2º del Decreto 1.668, de 25 de agosto de 1943.

"Artículo 2º.—Las personas naturales o jurídicas, dueñas de los bienes enumerados en el artículo anterior, concurrirán al pago de las indemnizaciones y reparaciones a que él se refiere en la siguiente proposición:

"1ª. Las propietarias de los bienes comprendidos en el ordinal a), con el ciento por ciento (100 por 100) del valor de dichos bienes;

"2ª. Las de los bienes comprendidos en el ordinal b), con el ciento por ciento (100 por 100) de su valor; pero aquellas personas naturales que residan en Alemania cuyos padres, hijos o cónyuge residan en Colombia, con el cincuenta por ciento (50 por 100) de su valor;

"3ª. Las de los bienes comprendidos en el ordinal c), con el ciento por ciento (100 por 100) de su valor; pero aquellas personas naturales que residan en Alemania, cuyos padres, hijos o cónyuges residan en Colombia, con el cincuenta por ciento (50 %) de su valor;

"4ª Las de los bienes comprendidos en el ordinal d), con el ciento por ciento (100 %) de su valor;

"5ª. Las de los bienes comprendidos en el ordinal e), con los siguientes porcentajes;

"Los capitales hasta de $ 5.000, sin ningún gravamen.

Los capitales de $ 5.001 hasta $ 15.000, con el 5%.

Los capitales de $ 15.001 hasta $ 30.000 con el 10%.

Los capitales de $ 30.001 hasta $ 50.000, con el 15%.

Los capitales de $ 50.001 hasta $ 80.000, con el 20%.

Los capitales de $ 80.001 hasta $ 100.00, con el 30%.

Los capitales de $ 100.001 hasta $ 150.000, con el 35%.

Los capitales de $ 150.001 hasta $ 200.000, con el 40%.

Los capitales de $ 200.001 en adelante, con el 50%.

"6ª. Las de los bienes comprendidos en el ordinal f), con el treinta por ciento (30%) de su valor.

"Artículo 3º.—Para la efectividad de los pagos a que se refiere el artículo 2º, autorízase al Fondo de Estabilización a fin de que haga a la Nación el pago de los porcentajes establecidos en dicho artículo

"El Fondo de Estabilización consignará el dinero efectivo, para este fin en la Tesorería General de la República a la orden del Gobierno Nacional; y si existieren bienes de otra clase, los realizará con arreglo a lo dispuesto en los Decretos sobre control y administración de los bienes de extranjeros, y consignará su producto en la forma indicada, a la orden del Gobierno.

"Es entendido que la consignación de que habla el inciso anterior, se limitará a la suma indispensable para cubrir la totalidad de la cuota respectiva.

"Parágrafo. Los fondos que fueron consignados en la Tesorería General de la República conforme a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1.723 de 1944, se imputarán por el Fondo de Estabilización proporcionalmente a las cuentas respectivas de los bienes comprendidos en el ordinal a) del artículo 1º de esta ley; el saldo que

reste una vez hecha esta imputación se consignará, asimismo, en la Tesorería General de la República, en la forma establecida en este artículo.

"Artículo 5º—Pagadas las cuotas a que se refieren los artículos anteriores, los sobrantes serán entregados únicamente a sus propietarios, directamente, o a sus mandatarios, una vez llenados todos los requisitos que el Gobierno señale al respecto en el Decreto reglamentario de esta ley.

"Artículo 6º.—La liquidación de las cuotas establecidas en esta ley, se hará de acuerdo con las normas siguientes: el precio de las acciones, bonos o cédulas inscritas en la Bolsa, se determinará por su última cotización en la Bolsa de Bogotá; el dinero efectivo se pagará por su valor; y el precio de los demás bienes muebles y de los inmuebles se fijará en la forma prescrita en el Decreto 2.652 de 1943".

No se transcriben, pues no serán objeto de estudio, los artículos acusados del Decreto 216 de 1946, porque conforme al texto claro del artículo 41 del A. L. número 1 de 1945 (216 de la actual codificación) corresponde al Consejo de Estado y no a la Corte conocer de las demandas sobre su inconstitucionalidad.

El dictamen de la Procuraduría.

Su parecer adverso a las peticiones de la demanda, lo funda en varios motivos. El primero de ellos es el de que la Corte, en sentencia de 10 de diciembre de 1945, resolvió que no había lugar "a decidir sobre la acusación" propuesta contra el inciso 2º del Decreto-Ley 1.413 de 1942, "por no haberse acusado los Decretos-Leyes 59 y 147 de 1942". (G. J. Tomo LIX, diciembre de 1945, números 2.025, 2026 y 2.027, página 641).

La norma acusada en aquel tiempo por el señor Raúl Arias, figura transcrita en la referida sentencia y dice así:

"No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, continuarán sujetos al régimen de control y administración fiduciaria de que tratan los Decretos 59 y 147 de 1942, los siguientes bienes, derechos y valores:

"....2º—Los bienes y derechos de sociedades y las acciones en las mismas, cuando una proporción importante de estas últimas pertenezca a nacionales de Estados miembros del Pacto Tripartito".

Lo que por entonces se discutió en la Corte fue el antagonismo o la congruencia que con la Constitución pudiera tener el hecho de **prolongar** el régimen de administración fiduciaria de determinados bienes de compañías extranjeras. El preinserto numeral 2º del artículo 2º del Decreto 1.413 de 1942 no estableció aquel régimen de control que ya estaba en vigor, se limitó simplemente a **prolongar** su vigencia, sin introducir reforma alguna sustancial ni accidental.

Tuvo, pues, razón la Corte en abstenerse en 1945 de resolver sobre la mera prolongación de un régimen que en su estructura misma no había sido acusado de infringir la ley fundamental.

El artículo 11 de la Carta.

Para resolver el presente asunto, la Corporación procede con la amplitud de examen que le permite el artículo 2º de la Ley 96 de 1936.

El artículo 11 de la Carta (5º del A. L. número 1 de 1936) dispone que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos; pero que la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Obsérvese, ante todo, que las limitaciones legales previstas por el constituyente se refieren, en forma inequívoca, al EJERCICIO de determinados derechos, y no al título o señorío de los mismos.

En este orden de ideas, sin quebrantar la armonía que debe existir siempre entre la ley positiva y la moral cristiana, los bienes y propiedades de los extranjeros pueden ser sometidos, por razones de orden público, a restricciones tales que lleguen a impedir, transitoriamente, a los propietarios y titulares la administración de sus patrimonios, es decir, el EJERCICIO de sus derechos. La propiedad particular no puede ejercerse sino usándola para sí el dueño, o extrayéndole alguna otra utilidad legítima.

Puede, pues, el legislador, por los motivos de que trata el artículo 11, privar al propietario extranjero, durante un tiempo, de tal administración; pero no le es dado privarlo del dominio que la Constitución le garantiza, sino en los casos y con las formalidades que ella misma prevé. El patrimonio particular del extranjero puede ser embargado o bloqueado por razones de alta conveniencia nacional o internacional mientras dure la emergencia; pero de ninguna manera puede ser objeto de confiscación si se atiende a las tradiciones y a las normas del derecho público de Colombia.

El alcance del artículo 11 de la Carta no se presta a dudas ni está en pugna con los demás preceptos de la misma.

La opinión del señor Procurador (folios 32) es la de que en virtud del supradicho artículo 11, "el Título III de la Carta Fundamental en cuanto a los derechos alí consagrados, puede llegar a ser inaplicable a los extranjeros".

Esta tesis es a todas luces inadmisible. Ni la letra ni el espíritu del artículo 11 de la Superley se prestan para atribuírle alcance y eficacia distintos a los del principio americano de la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros, que impide privar a éstos de la propiedad de sus bienes invocando un erróneo concepto de orden público y las conveniencias nacionales.

Por este aspecto tiene razón el demandante cuando dice que los actos acusados son incompatibles con la prohibición de confiscar (artículo 34 de la Carta) y con las garantías establecidas en los artículos 11, 16, 17 y 30 del propio estatuto.

La Ley 39 de 1945.

Aunque su preámbulo no está acusado, conviene leerlo atentamente, porque allí aparece, exacto e inequívoco, el verdadero alcance de las normas sub-judice: "Ley 39 de 1945. (Diciembre 14). Por la cual se provee al pago de las indemnizaciones y reparaciones por causa de la guerra con Alemania y se dictan varias disposiciones relacionadas con bienes de ciudadanos de ese país".

El concepto "indemnización" o "reparación" presupone necesariamente el de "responsabilidad". Es esta una proposición que, por evidente en sí misma, hay que aceptarla en todas sus consecuencias. Cuando falta la responsabilidad, la indemnización carece de base jurídica.

El demandante no citó como infringido por la expresada Ley 39, el Art. 20 de la Constitución; pero la Corte no sólo puede sino que debe examinarlo en relación con el problema que ahora se ventila (artículo 2º, Ley 96 de 1936)

"Los particulares —según dicho artículo 20— no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes".

La expresión "particulares" incluye, desde luego, tanto a los nacionales como a los extranjeros.

Estos últimos responden por actos SUYOS que de algún modo hieran la Carta Fundamental o las leyes.

Así las cosas, se pregunta: ¿Están acaso obligados los extranjeros residentes en Colombia a responder civil, comercial o penalmente por actos que no fueron suyos sino de los gobiernos totalitarios?.

Atendiendo a la Ley de leyes y a las instituciones de Colomiba, hay que contestar a esta pregunta en forma negativa.

Responsabilidad de los particulares.

Unicamente los bienes que hubiera podido poseer en propiedad el Reich Alemán, dentro de las fronteras colombianas, podrían haber quedado sujetos a las resultas de un juicio de indemnización o reparación por los daños consecuentes a la segunda guerra universal. Mas los bienes de personas particulares, naturales o jurídicas, no constituyeron jamás esa especie de garantía tácita para darle eficacia a una responsabilidad inexistente.

No es admisible acoger, por vía de doctrina, la tesis de la responsabilidad de los particulares por las guerras que surgen entre los gobiernos de las naciones, pues semejante responsabilidad, lejos de fundarse en las leyes positivas y naturales, las contradice y desvirtúa abiertamente.

Aún en los sistemas democráticos y representativos, la multitud que elige no responde con sus patrimonios de los abusos e injusticias de cualquier orden que puedan cometer, en el desempeño de la autoridad, los elegidos.

A la generalidad de los Estados ibero-americanos sólo les fue posible prestar una especie de respaldo moral a la causa de las Naciones Unidas en la última guerra, como lo hizo Colombia mediante declaración de beligerancia con Alemania. La defensa de esa causa y la del hemisferio contra los gobiernos del Eje, por suponerse de necesidad y de justicia, no podía jurídicamente invocarse para cohonestar la violación radical del derecho de propiedad de alemanes, japoneses e italianos. Cobrar a los pueblos lo que hicieron sus gobiernos es actitud contraria a los más elementales principios de justicia.

Los compromisos internacionales

En el período más agudo de la última guerra se convino en tomar ciertas medidas precautelativas en relación con los haberes de los súbditos de las potencias del Eje. De ahí nacieron el sistema de administración fiduciaria y por el fondo de estabilización. Los bienes muebles e inmuebles de esos extranjeros fueron temporalmente bloqueados o circuídos, de modo que no se convirtiesen, con la voluntad de sus dueños o sin ella, en factores eficaces de ayuda económica a los gobiernos enemigos de las Naciones Unidas.

Ninguna tacha podía oponerse a este régimen

transitorio de cautela, compatible en un todo con las necesidades de la defensa, lo mismo que con las normas esenciales del derecho público internacional.

Ya se ha dicho que conforme al artículo 11 de la Carta, el legislador colombiano, por razones de orden público, puede subordinar a condiciones especiales o negar "el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros".

El régimen de administración fiduciaria impidió ese ejercicio, pero no desconoció ni podía desconocer a los extranjeros el carácter de propietarios titulares de los bienes administrados.

Hasta ahí la situación fue clara y el imperio de la Constitución se mantuvo intacto.

Ya hacia el final de la guerra se expidió la Ley 39 de 1945 para liquidar el régimen de administración fiduciaria. ¿Y cómo ordenó liquidarlo? De modo **sui generis:** dando lugar a que se desconocieran o se menoscabasen los títulos de propiedad que debían ser respetados por mandato del constituyente.

El señor Procurador recuerda que en la Conferencia de Cancilleres reunida en Río de Janeiro se recomendaron medidas precautelativas para seguridad del hemisferio occidenal, y, entre ellas, el establecimiento del control y la administración fiduciaria. Con todo, el mismo señor Procurador, en rasgo de probidad intelectual que honra su memoria, no pudo menos de adicionar su comentario a la reunión de Cancilleres, diciendo: "La única salvedad fue la de que esto debía hacerse de acuerdo con la propia legislación de cada Estado".

Los principios en que se ha inspirado siempre la de Colombia garantizan la propiedad privada de todos sus habitantes, sin discriminaciones de nacionalidades ni de razas.

Así, pues, los actos acusados quebrantaron también, como lo sostiene el demandante, los artículos 28, 33 y 78 (ordinal 6º) de la Carta.

Sin que sea éste el momento de precisar el alcance que pueda tener este fallo respecto de situaciones definidas durante la vigencia de la ley acusada, bien por su aplicación o por arreglos directos entre el Gobierno y los interesados, considera la Corte necesario restaurar el imperio de la Constitución, que es la más auténtica e importante entre las conveniencias nacionales, y dejar testimonio escrito de que el criterio de los Jueces colombianos es enfáticamente adverso a cualquier acto que lesione legítimos derechos de los particulares, sean nacionales o extranjeros, y aunque se realice con la más sana inspiración patriótica, pues los intereses comunes jamás podrán defenderse sobre las ruinas del orden jurídico y moral.

Decisión.

En virtud de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Plena—, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 214 de la Carta, y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara que son inexequibles por inconstitucionales las siguientes normas: los ordinales b), c), d), e) y f) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, y el ordinal a) del mismo en la parte que dice "o a. Bancos, compañías, sindicatos o consorcios de importación domiciliados en Alemania, controlados, dirigidos o intervenidos por el Reich Alemán; los numerales 2º, 3º, 4º, 5o. y 6o. del artículo 2o. **ibídem,** y el numeral 1o. del mismo en cuanto se refiere a las entidades comprendidas en la parte declarada inexequible del ordinal a) del artículo anterior, y los artículos 3º, 5º y 6º **ibídem,** en cuanto se refieren a bienes no pertenecientes al Reich Alemán.

No hay lugar a pronunciarse sobre la exequibilidad de los acusados artículos del Decreto 216 de 1946.

Cópiese, notifíquese, publíquese y comuníquese.

Roberto Goenaga.— Luis Alberto Bravo.— Samuel De Sola Roncallo.—Ignacio Escallón.—Ricardo Jordán Jiménez.— Luis Eduardo Mejía Jiménez.—Pedro Pacheco Osorio.— Luis Fernando Paredes.—Jorge Sanabria.—Jorge Vélez García.— Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Roberto De Zubiría.—José Hernández Arbeláez.—Héctor Martínez Guerra.—Simón Montero Torres.—Julio Pardo Dávila.—Arturo C. Posada.—Arturo Valencia Zea.— Luis Ríos Aponte, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

S A L A D U A L

CALUMNIA E INJURIA. — CESACION DEL PROCEDIMIENTO POR PRESCRIPCION DE LA ACCION, OCASIONADA POR NEGLIGENCIA E INERCIA EN LA INSTRUCCION DE LA MAYOR PARTE DE ESTOS NEGOCIOS

Corte Suprema de Justicia—Sala Dual.—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

Estudia en consulta esta Sala Dual el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Unitaria, de fecha 30 de septiembre último, en la querella presentada el 2 de octubre de 1954 por Eliécer Estevez y otros contra Horacio López y otros, por supuestos delitos de calumnia e injuria fallo que declara extinguida la acción penal por prescripción y ordena cesar todo procedimento criminal.

El informativo tuvo como base la denuncia que ante el Juzgado del Circuito de Barrancabermeja formularon Estevez y otros, al parecer afiliados al Sindicado "Unión Portuaria de Braceros y Lancheros de Barrancabermeja", contra López y otros, miembros por ese entonces de la Junta Directiva del sobredicho Sindicato, por calumnia e injuria.

Ha venido observando la Corte que en la mayor parte de estos juicios se obra con suma negligencia y que los negocios pasan de Herodes a Pilatos, sin tiempo siquiera para abrir investigación a causa de los viajes de ida y regreso de un Juzgado a otro, que inevitablemente producen la prescripción, por inercia.

En efecto:

Formulada la denuncia, en el caso de estudio, el 2 de octubre de 1954, el mismo día el Juzgado del conocimiento dictó auto por el cual ordena la ratificación del denuncio.

El 10 de febrero del año siguiente (1955) el Juez, "en vista de que la carta a que hacen alusión los firmantes del memorial —denuncio— fue publicada en el periódico 'El Día' de Bogotá...." el conocimiento corresponde a los Jueces del Circuito (repartimiento) por competencia, (Cuad. I, folio 7).

El 5 de mayo de ese año el Juzgado Noveno Penal de Bogotá remitió las diligencias sumarias al Juez de Garantías Sociales de Cundinamarca, por ser de su competencia .(Folio 9).

El 27 de dicho mes el mencionado Juzgado devolvió las diligencias para que el Juez de Barrancabermeja autenticara su firma, orden que fue cumplida el 15 de septiembre del mismo año. (F. 10).

Se observa que el expediente carece del folio 11.

El 13 de noviembre de 1957 (folio 12) en formulario editado en imprenta (posiblemente para ganar tiempo) el Juzgado de Garantías Sociales precitado, a virtud de lo dispuesto en el artículo 69 del Decreto 0271, envía las diligencias al Tribunal Superior de Bogotá, en el estado en que se encuentran.

El 19 de mayo de 1958, el Tribunal avocó el conocimiento. (F. 12 vuelto).

La Fiscalía del Tribunal (Folio 15) el 5 de septiembre próximo pasado conceptuó que era el caso de declarar la prescripción.

Y, finalmente, el Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 30 del citado mes resolvió declarar extinguida la acción penal y la cesación de todo procedimiento.

En este estado llegó a esta Sala Dual y el día 6 del corriente mes de diciembre de 1958 entró al Despacho para sentencia.

Para resolver, esta Sala Dual, acoge en todas sus partes la reciente doctrina sentada por la Corte para un caso análogo (Fallo del 2 de diciembre de 1958, Magistrado ponente doctor De Sola Roncallo), que enseña:

"Indudablemente, las disposiciones del Decreto 0271 de 1957 son aplicables en este proceso, puesto que en él se ha demostrado que la corresponsalía considerada por los denunciantes como lesiva de su reputación y dignidad fue publicada en la edición número 242 del diario "La Paz". Además, si bien es cierto que el hecho denunciado ocurrió antes de la vigencia del mencionado decreto, por

él se suspenden todas las disposiciones que le sean contrarias, y, de otra parte, según el precepto constitucional que reproducen los estatutos penales vigentes, "En materia criminal la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

"Ahora bien: el artículo 11 del citado decreto preceptúa que 'La acción penal correspondiente a los delitos materia de este decreto, se extinguirá por prescripción que se cumplirá en un año contado desde la fecha de la consumación de ellos'. Ese lapso ha transcurrido con exceso en el caso de autos, pues la precitada corresponsalía se publicó, como ya se dijo, el 28 de agosto de 1956. Como son procedentes las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (artículo 74 del Decreto en referencia), y no existe en el proceso ninguna providencia en virtud de la cual pudiera considerase interrumpida la prescripción, y ésta se ha declarado con fundamento en el artículo 153 del Código citado y previo concepto favorable del señor Agente del Ministerio Público, debe confirmarse el auto consultado".

Por las razones expuestas la Corte Suprema de Justicia en Sala Dual, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo consultado.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Roberto Goenaga.— Simón Montero Torres. — Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

EL NOMBRE, UNO DE LOS ATRIBUTOS DE LA PERSONALIDAD, SIRVE, EN PRIMER TERMINO, PARA INDIVIDUALIZAR A LAS PERSONAS. — COMO NINGUNA NORMA LEGAL LAS OBLIGA A CONSERVAR INDEFINIDAMENTE SU NOMBRE INICIAL, EL ASIGNADO A UNA PERSONA AL REGISTRAR SU NACIMIENTO O AL BAUTIZARLA, PUEDE NO SER INMUTABLE, SIENDO ACONSEJABLE EN CASO DE QUE DESEE VARIARLO, DIRIGIRSE A LOS FUNCIONARIOS ENCARGADOS DEL REGISTRO CIVIL DE LAS PERSONAS MANIFESTANDOLES SU VOLUNTAD PARA QUE TOMEN NOTA DE TAL MUTACION.—LA IDENTIDAD DE UNA PERSONA ES DIFERENTE A SU ESTADO CIVIL. — LA LEGITIMATIO AD CAUSAM ES LA IDENTIDAD DE LA PERSONA QUE DEMANDA CON AQUELLA A QUIEN LA LEY CONFIERE LA ACCION INCOADA. — PODER DISCRECIONAL DE LOS JUECES PARA APRECIAR LA CONDUCENCIA DE LAS PRUEBAS PEDIDAS DENTRO DEL TERMINO PROBATORIO Y PRUDENCIA QUE DEBEN OBSERVAR AL DECRETAR LAS QUE DEBEN LLEGAR AL PROCESO MEDIANTE INSPECCION OCULAR. — ASIGNACIONES QUE CORRESPONDEN A LOS HIJOS NATURALES EN LAS SUCESIONES TESTAMENTARIAS

1.—El nombre, uno de los atributos de la personalidad, sirve, en primer término, para individualizar a las personas. Se cumple con este objeto conservando el que los padres o interesados le hayan asignado al inscribirse en el libro de registro de nacimientos, o, en su caso, aquel con que haya sido bautizado de acuerdo con los ritos católicos. Mas no quiere ello decir que el nombre asignado a una persona al registrar su nacimiento o al bautizarlo sea inmutable. Ninguna norma legal obliga a las personas a conservar indefinidamente su nombre inicial; por el contrario, la costumbre, que regula lo relativo al nombre, enseña que muchas personas varían su nombre inicial, bien porque consideren aquél con que fueron registradas o bautizadas infamante, grotesco o irrisorio, ora por cualquier otra circunstancia. Lo importante, empero, es que la persona que actúa en la vida civil, en actos judiciales o extrajudiciales, se identifique en forma tal, mediante un nombre, que su individualización quede perfectamente establecida, sin que sea dable confundirla con otra persona; y si bien la manera más apropiada para dicha individualización es el uso del nombre con el cual la persona fue registrada o bautizada, nada impide que se logre el mismo objeto con el empleo de nombre diferente si no suscita dudas respecto de su identidad. Es aconsejable que las personas que deseen variar de nombre se dirijan a los funcionarios encargados del registro civil de las personas manifestándoles su voluntad para que dichos funcionarios tomen nota de tal mutación, mas si tal no se ha hecho, es suficiente, que no se presente en el curso del litigio duda alguna respecto de la identidad de las personas, para que pueda tenerse el nombre por ellas usado como elemento identificador e individualizador, que es, como se dijo inicialmente, el principal objeto del nombre como atributo de la personalidad.

Debe advertirse, por otra parte, que la identidad de una persona es diferente a su estado civil; de tal suerte que si el Tribunal tiene por probada esa identidad no estándolo, no viola las normas que organizan el estado civil de las personas, sino que ese error puede incidir en la legitimatio ad causam de la misma.

La legitimatio ad causam es la identidad de la persona que demanda con aquella a quien la ley confiere la acción incoada.

2. — Los jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen que no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios específicamente determinados por la ley. Los Jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.

Si al pedir una inspección ocular para allegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entienden que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez.

3. — Es un error pretender gobernar una sucesión testamentaria por las reglas de la sucesión intestada. En aquélla la ley distingue un capital de forzosa disposición para los legitimarios y uno de libre disposición que puede asignar a quien quiera.

El hijo natural es titular de su legítima rigurosa; por una parte, a tenor de lo que dispone el artículo 1.240; y por otra parte de la cuarta de mejoras según lo dispone el artículo 24 de la Ley 45 de 1936.

La acción de investigación de paternidad natural y la consecuencial de petición de herencia frente a una sucesión testamentaria tan sólo puede tener por objeto reclamar las asignaciones forzosas que por ley corresponde al hijo en caso de que triunfe en su acción, en razón de ser legitimario y titular de la cuarta de mejoras. Pero esa acción no puede destruír la disposición de la cuarta de libre disposición.

Sobre el particular es enfático el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 al estatuír que la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1.016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1.243 a 1.245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y las reglas de la sucesión intestada; una cuarta parte denominada de mejoras se destinará para los descendientes legítimos, o hijos naturales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por los demandados en el presente juicio ordinario incoado por Ramona o Mariela Giraldo contra la sucesión de David Bedoya Tabares, representada por la viuda del causante, señora Inés Bedoya viuda de Bedoya, y por los hermanos de éste, señores Ananías Bedoya Tabares, Licenia Bedoya Tabares, Ricardo Bedoya Tabares, Cecilia Bedoya López y Carola Bedoya López.

I—ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Cali la señora María Ramona o Mariela Giraldo demandó a los representantes de la sucesión del señor David Bedoya Tabares, para que con su citación y audiencia se declarase que tenía la calidad de hija natural de aquél; que por consiguiente tiene derecho a heredar a su padre natural, excluyendo a los hermanos o colaterales; que por tal razón el testamento otorgado por el causante por el que instituye herederos a sus hermanos, hoy demandados, carece de valor. Por último, como colorario de las peticiones anteriores, demandó para que se condenase a los demandados a devolver a la actora todos los bienes que ocupen o posean como de propiedad de la sucesión.

Adujo la actora como hechos los siguientes:

a) En 1914 la segora Ana Isabel Giraldo Henao aceptó los requerimientos amorosos que le hiciera el señor David Bedoya Tabares.

b) A finales del año de 1914 los amores entablados entre Bedoya y la Giraldo se convirtieron en relaciones sexuales estables y notorias, que se prolongaron hasta 1926, y producto de las cuales nació el 13 de noviembre de 1916 una niña.

c) Esas relaciones sexuales fueron lo suficientemente conocidas en el Municipio de Marsella, donde vivían los concubinos, lo mismo que el hecho del nacimiento y bautismo de la niña habida como producto del trato sexual.

d) A la niña se le bautizó con el nombre de María Ramona, pero por cuestiones de eufonía familiar a María Ramona siguió llamándosele Mariela, y con tal nombre siguió conociéndosele entre sus amistades, familiares y conocidos.

e) El causante David Bedoya no desconoció que

María Ramona o Mariela fuera su hija natural; tal hecho fue igualmente conocido por los hermanos del presunto padre, hoy demandados.

f) Además de las relaciones sexuales notorias y estables existe un "principio de prueba por escrito" sobre la paternidad natural. Consiste dicha prueba por escrito en un retrato del señor Bedoya con una dedicatoria, una tarjeta dirigida por el presunto padre natural a la demandante, y una carta dirigida por Bedoya a la misma.

g) El causante David Bedoya contrajo matrimonio con doña Inés de Bedoya Caro el 10 de julio de 1931, años después de terminadas las relaciones sexuales con la señora Ana Isabel Giraldo Henao.

h) El señor David Bedoya murió en Sevilla (Valle), sin dejar descendencia legítima.

i) El causante Bedoya otorgó testamento cerrado en Cali, fechado el 8 de octubre de 1953, instituyendo como herederos, en primer lugar, a su legítima esposa, y en segundo término a sus hermanos Ricardo, Ananías y Licenia Bedoya Tabares, y Cecilia, Inés y Carola Bedoya López.

Por sentencia de 21 de junio de 1955 el Juzgado se pronunció declarando probada la existencia de "la excepción perentoria temporal de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada". El Juez a **quo**, luégo de un análisis de las probanzas aportadas y de las que dejaron de aportarse, argumenta así: "No se ha probado, pues, el fallecimiento del señor David Bedoya T. ni de consiguiente la existencia de la sucesión demandada; ni menos la calidad de cónyuge supérstite ni aun la de hermanos legítimos de las personas que, según la demanda, representan la sucesión. Elemento indispensable de la acción ejercitada, era el allegamiento a los autos de la prueba sobre el fallecimiento del presunto causante señor David Bedoya T., porque precisamente por motivo de esta eventualidad se dirigía la acción contra su sucesión representada por la cónyuge supérstite y por los herederos".

Apelada la sentencia de primer grado por el señor apoderado de la actora, llegó el expediente al conocimiento del Tribunal Superior de Cali, ante quien, en el trámite propio de la segunda instancia, se solicitó la apertura a prueba, con el fin de de practicar algunas que no lo fueron en la primera instancia sin culpa del solicitante, completar otra que fue practicada en forma incompleta, y para llevar a término una inspección ocular al juicio de sucesión testada de David Bedoya Tabares que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali, con el fin de comprobar la existencia de los reconocimientos de herederos de los demandados y varias partidas de estado civil, lo que se hizo tomando las respectivas copias.

Por sentencia fechada en 15 de marzo de 1956, el Tribunal Superior de Cali revocó el fallo del inferior y decretó todos los pedimentos del libelo.

III.—LAS DEMANDAS DE CASACION

Dos son las demandas de casación interpuestas contra la sentencia del H. Tribunal Superior de Cali; una suscrita por el doctor César Castro Perdomo en representación de la cónyuge sobreviviente, y la otra por el doctor Fernando Hinestrosa a nombre de los hermanos del causante, con excepción del señor Ricardo Bedoya Tabares, pues en cuanto a él se refiere, se declaró desierto el recurso. Siendo, pues, ambas demandas de casación originarias de la parte demandada, la Sala, para buscar un orden lógico en la presentación y examen de los cargos, los analizará en la siguiente forma: en un primer capítulo los cargos de las dos demandas relacionados con la personería, tanto de la actora, por cuanto la partida de bautismo que acompañó a los autos habla de Ramona, en tanto que la demandante en juicio se denomina Mariela (primer cargo de la demanda del apoderado de la cónyuge), como de la parte demandada, toda vez que la calidad de herederos del causante que el libelo les imputa a los demandados no se acreditó formalmente sino hasta la segunda instancia, al igual que la muerte del presunto padre natural (primer cargo de la demanda de casación de los hermanos del presunto padre natural). En un segundo capítulo, se estudiarán los cargos de ambas demandas relacionados con errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aducidas para acreditar las diferentes causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y el cargo relacionado con la violación de la ley por confundir o complementar unas causales (cargos 2, 3, 4, 5 y 6 de la demanda de la cónyuge y 2º de la demanda de los hermanos) con otras. Por último, de hallarse bien declarada la filiación natural, el cargo formulado por el señor apoderado de los hermanos del presunto padre en cuanto al Tribunal dejó sin valor algunas cláusulas testamentarias en perjuicio de ellos.

III—CARGOS RELACIONADOS CON LA PERSONERIA DE LAS PARTES

a) Cargo relacionado con la identidad de la actora.

El señor apoderado de la cónyuge sobreviviente acusa la sentencia por incurrir en manifiesto error de hecho y en error de derecho al dar por probado que la demandante Mariela Giraldo es la misma Ramona Giraldo, de quien la partida de bautismo que obra en autos acredita que es hija de Ana Isabel Henao (folio 4, cuaderno número 1), errores que lo llevaron indirectamente a violar los artículos 436, 437 del Código Civil 22 de la Ley 57 de 1887, que regulan el estado civil de las personas. Argumenta el recurrente que no está probada la identidad de la demandante Mariela y la Ramona hija de Ana Isabel Giraldo, por cuanto para acreditar que son una misma persona se trajeron con la demanda dos declaraciones extrajuicio, pero por mandato expreso del artículo 693 del Código Judicial es menester, para apreciar los testimonios en la sentencia, que éstos o su ratificación hayan sido pedidos y decretados en el período probatorio, a fin de que la contraparte, si a bien lo tiene, ejercite el derecho de controvertir la prueba. Como en el presente juicio no se hicieron ratificar las declaraciones en el correspondiente período de prueba, el Tribunal no podía tenerlos en cuenta, y al hacerlo, como lo hizo, y al tener por cierto que la Ramona de la partida es la misma Mariela demandante, erró de derecho y de hecho. Agrega el recurrente, además, que el Tribunal erró de derecho al aceptar que por medio de testimonios se pueda cambiar el contenido de una acta del estado civil que se presume auténtica.

Ante la imposibilidad de saberse si Ramona Giraldo, la de la partida, es la misma Mariela Giraldo, la demandante, tampoco podía establecerse si la demandante tiene la calidad de hija natural de Ana Isabel Giraldo, y ello es suficiente, dice el recurrente, para que se case la sentencia y en su lugar se declare que no está legalmente acreditada la identidad a que se refiere el cargo.

El señor apoderado de la demandante, en su alegato de oposición, manifiesta que en el presente caso se trata exclusivamente de un nombre, y no de un estado civil, luego mal pudieron violarse los artículos del Código Civil que organizan lo relativo al estado civil de las personas. En lo pertinente se expresa así: "En esta demanda de casación se ha confundido el estado civil de una persona, en este caso el de María Ramona con Mariela Giraldo como hija de la señora Ana Isabel Giraldo con otro hecho, o sea, con el nombre que se le hubiere dado o que esté usando la hija de Ana Isabel Giraldo. Las partidas o actas civiles sobre el estado de las personas se refieren al nacimiento, al matrimonio, a la defunción. Prueban un estado y un hecho y no propiamente un nombre que viene a ser secundario en este proceso. Aquí acciona la hija de Ana Isabel Giraldo y en tanto que la hija de dicha mujer pretende demostrar que además es hija de David Bedoya Tabares. Una persona cuya existencia comenzó con el nacimiento de que da razón el acta eclesiástica respectiva viene a demostrar que además de ser hija de Ana Isabel Henao lo es de David Bedoya". El hecho de que la hija de Ana Isabel Giraldo, concluye el opositor, se haya cambiado de nombre, "es una circunstancia accidental que no se refiere al estado civil de las personas porque no se constituye por el nombre sino por el hecho del nacimiento".

Manifiesta también el opositor, en forma subsidiaria, que las declaraciones recibidas durante la etapa probatoria del juicio se refieren al cambio de nombre por parte de la demandada.

LA CORTE CONSIDERA:

El nombre, uno de los atributos de la personalidad, sirve, en primer término, para individualizar a las personas. Se cumple con este objeto conservando el que los padres o interesados le hayan asignado al inscribirse en el libro de registro de nacimientos, o, en su caso, aquel con que haya sido bautizado de acuerdo con los ritos católicos. Mas no quiere ello decir que el nombre asignado a una persona al registrar su nacimiento o al bautizarlo sea inmutable. Ninguna norma legal obliga a las personas a conservar indefinidamente su nombre inicial; por el contrario, la costumbre, que regula lo relativo al nombre, enseña que muchas personas varían su nombre inicial, bien porque consideren aquel con que fueron registradas o bautizadas infamante, grotesco o irrisorio, ora por cualquier otra circunstancia. Lo importante, empero, es que la persona que actúa en la vida civil, en actos judiciales o extrajudiciales, se identifique en forma tal, mediante un nombre, que su individualización quede perfectamente establecida, sin que sea dable confundirla con otra persona; y si bien la manera más apropiada para dicha individualización es el uso del nombre con el cual la persona fue registrada o bautizada, nada impide que se logre el mismo objeto con el empleo

de nombre diferente, si no suscita dudas respecto de su identidad. Es aconsejable que las personas que deseen variar de nombre se dirijan a los funcionarios encargados del registro civil de las personas manifestándoles su voluntad para que dichos funcionarios tomen nota de tal mutación, mas si tal no se ha hecho, como en el caso **subjudice,** es suficiente, que no se presente en el curso del litigio duda alguna respecto de la identidad de las personas, para que pueda tenerse el nombre por ellas usado como elemento identificador e individualizador, que es, como se dijo inicialmente, el principal objeto del nombre como atributo de la personalidad.

Es así que dentro de las instancias del juicio ninguno de los demandados le negó a la demandante Mariela Giraldo que fuera la misma Ramona Giraldo de que trata la partida de bautizmo acompañada al libelo, luego el fallador de segundo grado no erró ni de hecho ni de derecho al no dudar de dicha identidad. Debe advertirse, sin embargo, que si bien en los alegatos de conclusión los demadados manifestaron que no estaba probada esa identidad, no afirmaron, ni siquiera insinuaron, que Mariela pudiera estar suplantando a Ramona. Luego el Tribunal, al encontrarse con las declaraciones rendidas por varios testigos en el período de prueba que hablaban de Ramona o Mariela como de una misma persona, obró correctamente al no dudar de la identidad de la demandante, y la parte resolutiva del fallo, que habla de "Ramona o Mariela Giraldo" como de una misma persona, se ajusta a una realidad del proceso. Por tanto, no erró el Tribunal al tener tácitamente como una misma persona a Mariela y Ramona, como lo expresa en la parte resolutiva del fallo, toda vez que esa identidad se desprendía de una realidad procesal no contradicha y por tal motivo el cargo es improcedente.

Debe advertirse, por otra parte, que la identidad de una persona es diferente a su estado civil; de tal suerte que si el Tribunal hubiera tenido por probada esa identidad no estándolo, no habría violado las normas que organizan el estado civil, de las personas, sino que ese error hubiera podido incidir en la **legitimatio ad causam** de la actora, de modo que la violación de la ley positiva en tal evento hubiera incidido en la violación de las normas que organizan la declaratoria judicial de la paternidad natural, en las que se basó el Tribunal para decretar las peticiones del libelo, y no en las normas acusadas. En efecto, se ha dicho que la **legitimatio ad causam** es la identidad de la persona que demanda con aquella a quien la ley confiere la acción incoada. Luego si la ley otorga acción a la hija natural de Ana Isabel Giraldo para recabar declaración de la paternidad natural, y la acción la hubiera presentado otra persona que no fuera la hija natural de la Giraldo, la declaratoria de paternidad sería improcedente por falta de legitimación de la actora para obrar, y el Tribunal que la hubiera decretado habría violado el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, y no los artículos acusados en el fallo.

b) **Cargo relacionado con la calidad y la muerte del causante.**

Este cargo se hace consistir en un error de derecho en la apreciación de unas pruebas que condujo a la violación de la norma sustantiva en forma indirecta. "En el caso que se plantea, dicho error consistió en haber tenido como pruebas medios idóneos, defectuosa y extemporáneamente producidos, con lo cual se violaron normas procesales sobre la materia y, consecuencialmente, disposiciones sustantivas". "Las pruebas no pedidas en primera instancia no puede ser materia de decreto y práctica en la segunda y la inspección ocular que autoriza la citada norma (Decreto 243 de 1951) no pueden tenerse como pretexto para practicar pruebas que por negligencia, descuido o malicia no se pidieron y practicaron oportunamente". Agrega el recurrente que la inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Cali, el día 16 de noviembre de 1955, tuvo por objeto traer al juicio la prueba de la defunción del causante señor Bedoya y la copia del testamento. A esto agrega: "Las partidas de estado civil, así como la copia del testamento y la de los autos de reconocimiento de herederos no son pruebas legales y el Tribunal, ha debido desecharlas, y al no obrar así, violó el Decreto 243, los artículos 593 y 597 del Código Judicial. El 2.673 del Código Civil y 347 ibídem junto con el 1º de la Ley 92 de 1938.

Con fecha del 16 de noviembre de 1955 el Tribunal Superior de Cali practicó una inspección ocular en el juicio de la sucesión testada del señor David Bedoya Tabares. Se comprobó mediante la dicha inspección ocular 1º. La apertura del juicio de sucesión del señor David Bedoya en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali; 2º. El reconocimiento que se hizo a la señora Inés Bedoya viuda de Bedoya como heredera del causante en su condición de cónyuge sobreviviente; 3º. El reconocimiento que se hizo a los señores Ananías y Ricardo Bedoya Tabares, María Elisenia Bedoya Tabares y Celia Rosa, Inés Delia y

María Carolina Bedoya López como herederos del causante David Bedoya Tabares en su condición de hermanos legítimos del causante; 4º Las partidas de matrimonio de Ananías Bedoya con Filomena Tabares y varias partidas de nacimiento de los herederos.

En relación con este cargo se considera:

Los Jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen que no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios específicamente determidos por la ley. Los Jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.

Si al pedir una inspección ocular para allegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entienden que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez.

Por el motivo anotado no prospera el cargo examinado.

IV—Cargos en razón de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

Ambos recurrentes afirman que el Tribunal encontró probadas las causales 3ª, 4ª, y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 y con fundamento en ellas declaró que la demandante es hija natural del causante David Bedoya Tabares. En la apreciación de tales pruebas se cometieron graves errores de hecho y de derecho.

En cuanto a las cartas y escritos que tuvo en cuenta el Tribunal para dictar la sentencia recurrida afirma uno de los recurrente que "cometió error de hecho el sentenciador al afirmar la existencia plural de **cartas** porque sólo existe **una**, escrita a mano, suscrita por David; y cometió el error ostensible en fundar en esta carta la confesión porque no existe allí confesión de ninguna especie". El otro recurrente al referirse a este mismo punto puntualiza que la parte demandada objetó los fundamentos presentados por la actora como emanados de David Bedoya T. De modo que si intrínsecamente considerados y en forma material el retrato, la carta a máquina y la tarjeta manuscrita carecen de todo alcance y especialmente no son una confesión inequívoca de que habla la ley.

En cuanto a la causal de las relaciones sexuales afirman los recurrentes que ellas no se encuentran debidamente probadas; no está probado en autos la fecha en que comenzaron las relaciones sexuales ni está probada su notoriedad.

En cuanto a la causal relativa a la posesión notoria del estado civil se afirma que no está probado que hayan durado diez años continuos.

Finalmente, se agrega como cargo la violación del artículo 4º de la Ley 45 de 1936 en conjunto. "Surge evidente error de derecho del Tribunal, violatorio de la norma y del artículo 29, consistente en considerar que las pruebas incompletas de una causal unidas a las pruebas igualmente incompletas de otra pueden dar como resultado la prueba plena de la paternidad natural".

En relación con estos cargos considera la Corte:

El Tribunal en su fallo tuvo por probadas las causales 3ª, 4ª y 5ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. A la Corte le será suficiente examinar si alguna de tales causales se encuentra debidamente probada, caso en el cual es innecesario estudiar los cargos formulados a las demás causales.

A este efecto la Corte retiene su atención sobre la causal cuarta del mencionado artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Al respecto han declarado los doctores Genaro Henao Vélez y Manuel Franco y el señor Emilio Hoyos Ramírez. Dicen los declarantes que la señora Isabel Giraldo Henao y David Bedoya T., mantuvieron relaciones sexuales hasta fines de 1914 y que dichas relaciones fueron estables, notorias y conocidas de la mayor parte de las personas residentes en Marsella; agregan que como consecuencia de las mencionadas relaciones sexuales procrearon una niña a quien bautizaron con el nombre de María Ramona Giraldo; finalmente que el padre tuvo viviendo a su hija en la casa de sus hermanas y que proveyó a su educación.

La Corte no encuentra que la sentencia del Tribunal haya incurrido en un error de hecho evidente ni en error de derecho al deducir de las anteriores pruebas que la demandante fue hija del señor David Bedoya Tabares.

V—Cargo referente a la violación directa de los artículos 1274 del Código Civil y 23 de la Ley 45 de 1936.

Un último cargo a la sentencia se encuentra concebido en los siguientes términos:

"En efecto: por virtud de los artículos señalados, la persona que tiene legitimarios no puede disponer libremente de todos sus bienes por negocio testamentario; está obligada a respetar los dorechos de los herederos forzosos. Teniendo únicamente hijos naturales, las tres cuartas partes de sus bienes, mitad legitimaria y cuarta de mejoras les corresponde a éstos, pero hay una cuarta restante que por la facultad de enajenarla a su arbitrio el testador, se denomina de libre disposición. Ahora bien, cuando el testamento no respeta las asignaciones forzosas, los damnificados tienen la acción de reforma de testamento para que las cosas queden en su verdadero orden, es decir, intactos los derechos legítimos.

"Siendo este el texto y la interpretación de los artículos citados, ocurrió que el Tribunal dispuso cosas diferentes en su sentencia recurrida, al declarar que "carece de valor por ineficaz, la cláusula 6ª del referido testamento, en lo tocante a la declaratoria de herederos del causante..."

"Si se llegare a admitir... que la demandante tiene la calidad de hija natural de Bedoya, sería el caso de reconocerle la condición de heredera con derecho a las tres cuartas partes de la herencia, pero nunca el total, ni llegar a considerar la sucesión como intestada para la cuarta restante. Porque es el hecho que en el peor de los casos el señor Bedoya tenía derecho a disponer libremente de la parte de sus bienes, y para tal porción prevalecería su voluntad testamentaria de la mencionada cláusula sexta.

"Por estas razones, cuando el Tribunal declara sin valor alguno la institución de herederos, cuando prescinde del testamento en la forma expresada, viola en forma abierta, flagrante y directa los artículos 1.274 del Código Civil y 23 de la Ley 45 de 1936, que la Corte ha de aplicar en sus exactas dimensiones".

Es de advertir que el apoderado del opositor admite la certeza y exactitud del cargo que se resume, y pide que se dé aplicación al artículo 23 de la Ley 45 de 1936.

En relación con este cargo considera la Corte:

I.—La cláusula sexta del testamento otorgado por el señor David Bedoya mediante la escritura pública 4.163 del 16 de diciembre de 1953 dice: "Una vez deducida la mitad de gananciales que corresponde a mi esposa legítima, instituyo herederos universales de mis bienes a mi citada esposa .... y a mis hermanos ... en la siguiente proporción: la mitad de mi herencia para mi esposa legítima, y la otra mitad para mis hermanos nombrados por partes iguales entre ellos".

Bien la sentencia recurrida del Tribunal dice en la parte resolutiva:

"Que en consecuencia, la nombrada María Ramona o Mariela Giraldo, es heredera con carácter de legitimaria de su padre natural señor David Bedoya Tabares, con mejor derecho a los bienes de la sucesión, que los herederos colaterales del difunto señor Bedoya o a quien éste declara herederos en su testamento protocolizado por escritura pública número 4.163 del 16 de diciembre de 1953 de la Notaría Tercera de Cali; y que también consecuencialmente, carece de valor por ineficaz, la cláusula sexta del referido testamento, en lo tocante a la declaratoria de herederos del causante o sus herederas y colaterales legítimos, Inés Bedoya, Ricardo Bedoya Tabares, Ananías Bedoya Tabares, Licenia Bedoya T .y Cecilia y Carola Bedoya López.

"Asimismo que los demandados deben entregar a la demandante, los bienes que le corresponden por la declaratoria que la beneficia, con sus frutos naturales y civiles, desde la notificación de la demanda".

II.—Se observa claramente que el Tribunal pretendió gobernar la sucesión del señor Bedoya por las reglas de la sucesión intestada, siendo así que se encontraba frente a una sucesión testamentaria. En ésta la ley distingue un capital de forzosa disposición para los legitimarios y uno de libre disposición que puede asignar a quien quiera.

El hijo natural es titular de su legítima rigurosa; por una parte, al tenor de lo que dispone el artícluo 1.240; y por otra parte de la cuarta de mejoras según lo dispone el artículo 24 de la Ley 45 de 1936.

La acción de investigación de paternidad natural y la consecuencial de petición de herencia frente a una sucesión testamentaria tan sólo puede tener por objeto reclamar las asignaciones forzosas que por ley corresponde al hijo en caso de que triunfe en su acción, en razón de ser legitimario y titular de la cuarta de mejoras. Pero esa acción no puede destruír la disposición de la cuarta de libre disposición.

Sobre el particular es enfático el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 al estatuír que la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1.016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1.243 a 1.245, se dividen por cabezas

o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y las reglas de la sucesión intestada; una cuarta parte denominada de mejoras se destinará para los descendientes legítimos, o hijos naturales.

De manera que la demandante al triunfar en su acción de investigación de paternidad natural tan sólo puede reclamar de la sucesión del señor David Bedoya las citadas asignaciones vale decir, la legítima rigurosa que en el caso de autos se confunde con la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras. La restante cuarta parte es de libre disposición y el testado bien puede hacer con ella lo que quiera.

Violó, pues, el Tribunal el citado artículo 23 de la Ley 45 de 1936 al declarar totalmente ineficaz la cláusula sexta del testamento del causante señor Bedoya. En consecuencia se impone la casación del fallo.

VI—SENTENCIA DE INSTANCIA

La sentencia que ha de reemplazar la recurrida debe construírse con estas dos ideas: a) La demandante tiene la calidad de hija natural del señor David Bedoya Tabares en razón de encontrarse acreditada la causal 4ª del artículo 4º de la Ley 45 de 1936; b) La demandante tiene derecho a reclamar frente a los herederos testamentarios del señor David Bedoya Tabares dos asignaciones forzosas la legítima rigurosa que en este caso se identifica con la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras.

FALLO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia proferida el 15 de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956) por el Tribunal Superior de Cali y en su lugar,

DECLARA:

I. La demandante MARIA RAMONA o MARIELA GIRALDO es hija natural del señor DAVID BEDOYA TABARES.

II. La calidad anterior la habilita para reclamar de la sucesión representada en este juicio por los demandados la legítima rigorosa y la cuarta de mejoras.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango.—José Hernández Arbeláez.—Arturo C. Posada, con salvamento de voto.

Ignacio Escallón.— Julio Pardo Dávila.— Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ARTURO C. POSADA

Me separo de la opinión de los demás señores Magistrados que firman esta sentecnia, con todo el respeto que me merecen sus autorizadas opiniones, por las razones que tuve la oportunidad de exponer, en anterior salvamento, en relación con el valor de las pruebas aducidas en la segunda instancia, contra lo preceptuado en el artículo 1º del Decreto-Ley 243 de 1951 y que reproduzco en lo pertinente:

"Hasta la vigencia del Decreto-Ley 243 de 1951, las partes en la segunda instancia tenían, conforme al derogado artículo 758 del Código Judicial, amplias facultades para pedir que el juicio se recibiera a prueba, se decretaran y practicaran todas las conducentes. Esta norma y los artículos 745 y 746 concedían el mismo término ordinario de prueba indicado para la primera instancia.

"El artículo 1º del Decreto 243, cuanto a término de prueba en la segunda instancia, como primera restricción, dispuso no concederlo sino cuando lo había habido en la primera.

"Como segunda, redujo los casos de prueba a cuatro: 1º. A la que denegó el inferior, y la cual estima pertinente el Superior; 2º. A la que dejó de practicarse sin culpa del que la pidió; 3º. A la que pretende demostrar el hecho nuevo ocurrido con posterioridad al término de prueba en la primera instancia que influya en la decisión y 4º. A la práctica de la inspección ocular solicitada por alguna de las partes.

"La experiencia enseñaba que las partes en el juicio ordinario obtenían la apertura del negocio a prueba en la segunda instancia bien para demorar la decisión, cuando habían hecho uso del concedido en la primera; bien para que se practicaran las decretadas en ésta, cuando descuidadamente no lo había hecho en el término respectivo.

"Con estos antecedentes, el Decreto 243, "con la mira de hacer más rápida y eficaz la administración de justicia en lo civil", prácticamente redujo el debate probatorio a la primera instancia, ya que lo restringió en la segunda a los casos excepcionales enunciados y con el alcance en ellos indicado.

"El decreto lo dice en sus considerandos: "Que uno de los factores que le restan eficacia a la administración de justicia radica en la dilatada prolongación del debate probatorio en las dos instancias del juicio ordinario.... Que se hace indispensable adoptar sistemas procesales más adecuados que los actualmente existentes para obtener mayor eficacia y rapidez en la protección y reconocimiento de todo legítimo derecho".

"Siendo esto así, debe fijarse el alcance del caso en que se concede la apertura del juicio a prueba para la práctica de una inspección ocular:

"'En primer término, es necesario considerar que el debate probatorio en la segunda instancia, no puede llevar a practicar pruebas no pedidas en la primera instancia, sino la atinente al hecho nuevo, y que de las solicitadas ante el Juez de primer grado sólo cabe admitir la negada por aquél y que el Superior estime pertinente y la que dejó de recibirse sin culpa del que la pidió.

"Por consiguiente, la inspección ocular no puede, sin desfigurar el pensamiento del Decreto 243, sin desvirtuar su naturaleza y sin incurrir en un fraude a la ley, tomarse como un medio para llevar toda la prueba documental, que no fue siquiera pedida en la primera instancia. Lo primero, porque es muy claro que el decreto, en sus antecedentes, en su letra y en su espíritu, se propuso reducir prácticamente el debate probatorio a la primera instancia, de modo que en la segunda sólo se aducen las que tienen el carácter de complementarias por haberse denegado, no haberse practicado sin culpa y referirse a un hecho nuevo decisorio. Lo segundo, porque la inspección ocular, como su nombre lo indica, y lo exponen la doctrina y la jurisprudencia, es el medio de obtener su convicción el Juez por el examen directo de las cosas y los hechos, cuya aducción es imposible de otra manera al expediente. Supuesto este que no puede aceptarse, cuando los documentos, objeto de la inspección, podían ser conocidos y apreciados por el juzgador mediante las copias expedidas y aportadas debida y oportunamente. Y lo tercero, porque darle a la inspección ocular, autorizada en el ordinal 4º del artículo 1º del decreto 243 el alcance de copiar unos documentos equivale a burlar lo preceptuado en los artículos 596, 597, 632 y 636 del Código Judicial.

"En efecto, el artículo 597 no le dá mérito sino a las pruebas que se han pedido dentro de los

términos señalados al efecto; el 636 dispone que los documentos públicos no acompañados a la demanda se piden dentro de los términos probatorios en copias obtenidas en la forma señalada por el mismo artículo; y el artículo 632 sólo da el valor de plena prueba, a las copias de los demás documentos auténticos, fuera de las escrituras públicas, expedidas formalmente, y autorizadas por los secretarios y empleados encargados de los archivos.

"La Corte sobre la manera de aportar la prueba escrita ha dicho:

"Las pruebas escritas a que alude el artículo 636 del Código Judicial, y que son no solamente los documentos que se custodian por funcionarios públicos y de que se solicita copia, sino todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, deben llegar a los procesos judiciales, para poder ser estimados como pruebas, con el mérito que les corresponde, en la forma y condiciones que determina el artículo 636 del Código Judicial". (Casación, 7 de julio de 1943 LV. 571).

"Los documentos públicos a que alude el artículo 636 del Código Judicial, son todos los que merecen esta definición de acuerdo con la ley, y nó simplemente los que se custodian por un funcionario público y de los cuales se solicita copia. Estos documentos y los señalados en el artículo 632 del mismo Código, con excepción de las escrituras públicas que pueden ser presentadas en juicio por las partes en copia autorizada por el Notario y debidamente registradas (artículo 630), no pueden llegar a formar parte del proceso para ser estimadas como pruebas, sino en la forma y condiciones señaladas en el citado artículo 636, las cuales no deben considerarse como inútiles trabas al derecho probatorio sino como garantías de pureza y autenticidad, que se justifican sobradamente por el especial mérito probatorio que les concede la ley" (Unica instancia, 25 de julio de 1939, XLVIII, 354).

"En providencias posteriores ha interpretado los artículos 630, 632 y 637 del Código Judicial en el sentido de considerar que los interesados pueden presentar directamente en las oportunidades procesales registradas por la ley no solamente las escrituras públicas sino los demás documentos públicos que tengan en su poder (G. J. 2.130, página 484).

"De aquí se infiere que los documentos públicos deben ser presentados en la forma autorizada por las normas citadas.

"Pretender que la inspeción ocular, autorizada hoy en la segunda instancia del juicio ordinario, sea la vía de allegar documentos no solicitados siquiera en la primera, sería aceptar el absurdo de que, si el mismo estatuto, de las pruebas no solicitadas en el primer grado del proceso sólo permite en el segundo la referente al hecho nuevo ocurrido después de vencido el término de prueba en la primera instancia, al mismo tiempo consagraría con la práctica de la inspección ocular no solamente la recepción de elementos no pedidos ante el Juez del conocimiento sin relación con hechos nuevos, sino la de documentos para cuyo allegamiento las normas sobre pruebas, que son de orden público, fijan un camino propio y especial.

"La aplicación del ordinal 4º del artículo 1º del Decreto 243 con este sentido, va además contra la científica interpretación del artículo 724 del Código Judicial que señala a la inspección ocular, como único objeto, el examen y reconocimiento de las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate, que necesita hacer el Juez para juzgar con más acierto. Supuestos que no se cumplen, cuando la vista ocular, se ha pedido y practicado no propiamente para examinar unos documentos sino para tomar unas copias obrantes en el protocolo de una notaría.

En este juicio, el apoderado de la actora con la demanda solamente presentó unas declaraciones de nudo hecho sobre identificación de ella en cuanto su nombre, el acta de nacimiento y la de matrimonio de la misma demandante.

En el término de prueba solicitó solamente se recibieran las declaraciones de cuatro testigos sobre posesión notoria del estado de hija natural; se obtuviera del párroco de Sevilla copia del acta de matrimonio de David Bedoya con Inés Bedoya Caro; acompañó la carta en que se dice hay un reconocimiento expreso de paternidad; y pidió se recibieran posiciones a los demandados, y se tuvieran como pruebas las presentadas con la demanda.

No fueron, pues, ni siquiera pedidas, las actas de defunción de David Bedoya Tabares, ni las del estado civil con las cuales se acreditaran los vínculos de consaguinidad de los que aparecen demandados como hermanos legítimos de David Bedoya Tabares, ni de los autos por los cuales tanto éstos como la cónyuge sobreviviente fueron reconocidos en el sucesorio del presunto padre natural en el carácter en que se les cita a este juicio.

Con base en esta ausencia de prueba, el fallador de primer grado declaró probada la mal llamada excepción temporal de falta de personería

sustantiva de la parte demandada, porque ella no es una excepción, sino la carencia del presupuesto de la misma acción, denominado legitimatío ad causam pasiva.

En la segunda instancia, el Tribunal, contra lo expresamente dispuesto por el artículo 1º del citado Decreto 243, dispuso y practicó una inspección ocular sobre el expediente en que se adelantaba el juicio de sucesión de David Bedoya, del cual se tomó copia de las providencias y documentos siguientes: 1º. De la de primero de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro, por la cual se declaró abierto y radicado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali el sucesorio de David Bedoya Tabares y se reconoció a Inés Bedoya de Tabares como interesada en su doble condición de cónyuge sobreviviente y heredera del causante; 2º. De aquellas por las cuales se les reconoció a los demás demandados la condición de herederos como hermanos del mismo; y 3º. De las actas de los dos matrimonios contraídos por Ananías Bedoya con Filomena Tabares y luégo con María Rosa López, y de las partidas de nacimiento de Ananías, Ricardo, María Elisenia Bedoya Tabares, Cecilia Rosa, Inés Declia (sic) y María Carolina Bedoya López.

Además se decretó y obtuvo copia de los autos por los cuales se declaró abierto y radicado el juicio de sucesión de David Bedoya Tabares, y se reconoció a la cónyuge y a los hermanos del causante el carácter a que se alude en el punto anterior, y del acta de defunción de David Bedoya Tabares.

El fallador de segunda instancia, en razón de haber decretado estas pruebas contra lo expresamente dispuesto por el Decreto 243, y en cumplimiento de los artículos 724, 636 y 597 inciso 2º del Código Judicial debía haberlas considerado ineficaces, porque la oportunidad que tiene el juzgador para apreciar esta condición de las pruebas, no es la del auto en que las decreta, sino la del fallo en que decide.

La circunstancia de que la contraparte no hubiera observado nada a las providencias por las cuales se ordenaron las pruebas de segunda instancia, tendientes á acreditar la legitimación en causa pasiva, no es razón para estimar eficaces tales medios, porque esta propiedad no emana de la voluntad de las partes sino de las normas que regulan la prueba, y que son de orden público.

Basado en esto, considero que el Tribunal sí incurrió en el error de derecho en la apreciación de la prueba, sobre legitimación en causa pasiva que se le hace como primer cargo en la demanda de casación, porque le dio valor a unos medios que no se trajeron al proceso en la forma autorizada por las normas citadas del Código Judicial.

Fecha ut-supra.

ARTURO C. POSADA

MODO DE COMPROBAR JUDICIALMENTE LA CALIDAD DE HEREDERO.—ERROR DE DERECHO. — CUANDO EXISTE. — LAS ACCIONES DE DOMINIO O REIVINDICATORIA Y LA EXCLUSION DE BIENES NO SON INCOMPATIBLES NI SE EXCLUYEN ENTRE SI Y POR ELLO ES FACTIBLE SU ACUMULACION EN UNA SOLA DEMANDA. — ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA ACCION DE DOMINIO.— EN ESTA CLASE DE ACCIONES, LE BASTA AL ACTOR PARA ACREDITAR SU PROPIEDAD PRESENTAR COPIA AUTENTICA Y DEBIDAMENTE REGISTRADA DE LAS ESCRITURAS QUE LO AMPARAN COMO DUEÑO O PROPIETARIO, PERO NO ES NECESARIO NI ESENCIAL ADUCIR EL CERTIFICADO DE LIBERTAD DEL REGISTRADOR DEL CIRCUITO. — LA SIMPLE INCLUSION DE BIENES EN LOS INVENTARIOS DE UNA SUCESION, NO ES PRUEBA DEL DOMINIO SOBRE ELLOS

1.—Para comprobar judicialmente la calidad de heredero, ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de la Corte, basta presentar copia auténtica de la providencia judicial por medio de la cual, se le reconoce tal carácter.

2.—Existe error de derecho cuando en la apreciación de determinada prueba se le dá a ésta un valor que no tiene, conforme a la ley, o se desconoce el valor señalado por ella.

3.—Las acciones de dominio o reivindicatoria y la exclusión de bienes, consagradas expresamente por los artículos 950 del Código Civil y 947 del Código Judicial, en su orden, ni son incompatibles ni se excluyen entre sí y por ello es factible su acumulación en una sola demanda. No sólo no hay inconveniente legal alguno en ello, sino que así debe hacerse en obsequio del principio de "la economía procesal", cuyo concepto jurídico, como dicen los doctrinantes y los expositores contemporáneos, tiene hoy día una mayor amplitud que antaño, en el vasto campo del derecho procesal.

4.— Como es sabido, para la procedencia de la acción de dominio es esencial comprobar durante la secuela del juicio los cuatro elementos configurativos de ella, a saber:

a) Dominio del demandante;
b) Cosa singular reivindicable;
c) Posesión del demandado; y
d) Identidad de la cosa que se reivindica con la poseída por el reo.

5.—En tratándose de acciones de dominio le basta al actor para acreditar su propiedad presentar copia auténtica y debidamento registrada de las escrituras que lo amparan como dueño o propietario, no siendo necesario, ni mucho menos esencial, aducir el certificado de libertad del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados. Esta ha sido sobre el particular, tradicional doctrina de la Corte, uno de cuyos numerosos fallos el de 26 de febrero de 1936, dice categóricamente que para probar la suficiencia de la titulación es menester el certificado del Registrador, en ciertos juicios, como cuando se embargan bienes en ejecuciones, o cuando se trata del especial de venta de la cosa hipotecada, pero en ningún caso, subraya la Corte, es necesaria su presentación cuando se ejercita la acción real de dominio.

6.—La simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, no es prueba del dominio sobre ellos, pues así lo dice expresamente en su ordenamiento jurídico el artículo 475 del Código Civil, que concuerda con el 673 de la misma obra, según el cual los modos de adquirir el dominio son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Corte Suprema de Justica—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre tres de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, los señores José Alfonso, Luis Fernando y Fernando de Jesús Niño López demandaron por medio de apoderado a Elvira, José Joaquín, Ana Blanca, Ramiro Antonio y Armando José Becerra López, para que previos los trámites de juicio ordinario de mayor cuantía, y por sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA. — Que los señores José Alfonso, Luis Fernando y Fernando de Jesús Niño López, de las anotaciones personales indicadas, son dueños o propietarios de las tres cuartas partes de los siguientes bienes inmuebles: a) Una casa de habitación, junto con el suelo sobre que está construída, solares, dependencias y anexidades, ubicadas dentro del área de la población de Corrales, marcada en su puerta de entrada con el número 4-26 de la respectiva nomenclatura, determinado todo por los siguientes linderos: Por el frente, con la calle pública; por el norte, paredes al medio, con fincas de Arturo Barrera, hoy de sus herederos; por el oriente, también paredes al medio, con herederos de Carmen Vargas A., y por el último costado, igualmente paredes al medio, con finca de Carmen Uscátegui a dar a la calle primer lindero; b) Un lote de terreno o finca, denominada "Las Escaleras", ubicado en el Municipio de Tópaga, vereda de San José, en Departamento de Boyacá, y comprendido dentro de los siguientes linderos: por el pié, con los heredros de Tomás López, zanjón al medio, por un costado de este zanjón en línea recta de para arriba a salir a la cuchilla a encontrar un mojón de piedras, linda en este trayecto con de Elías Fiagá por cabecera con de herederos de Pascual Cruz; y por el último costado, con de Manuel Barrera y Nepomuceno López a dar al zanjón primer lindero", en todo este trayecto se deslinda este terreno por piedras enterradas.

"SEGUNDA.—Que, en subsidio, los indicados señores José Alfonso, Luis Fernando y Fernando de Jesús Niño López, tomados o considerados en conjunto, son titulares del derecho de condominio o comunidad, equivalente a las tres cuartas partes, sobre los bienes o fincas determinadas en la súplica anterior, a cada uno de ellos de la cuarta parte sobre los mismos bienes, si se les considera aisladamente.

"TERCERA.—Que, como consecuencia de cualquiera de las anteriores declaraciones, se ordene o decrete la exclusión de las tres cuartas partes de tales bienes, con todas sus mejoras, dependencias y anexidades, del activo de los inventarios formados en el doble juicio de sucesión intestada de los cónyuges Luis Fernando Becerra y María del Carmen López, que bajo el número 979 de radicación cursa en este mismo Juzgado, en los que indebidamente fueron incluídas bajo las partidas cuarta, quinta y undécima del referido activo, debiendo quedar concretadas o reducidas estas partidas únicamente a la cuarta parte restante según el avalúo hecho en los referidos inventarios.

"CUARTA. — Que también como consecuencia de las anteriores declaraciones principales condene a los demandados a pagar solidariamente a mis poderdantes, señores José Alfonso, Luis Fernando y Fernando de Jesús Niño López, o a quienes sus derechos legítimamente representen, las tres cuartas partes del valor o importe de los frutos naturales y civiles producidos por los referidos inmuebles desde el día del fallecimiento de la señora María del Carmen López hasta aquel en que se verifique la restitución de los derechos o cuotas de dominio en dichos bienes a favor de mis poderdantes, regulados o apreciados esos frutos conforme a las pruebas aducidas al proceso o de conformidad con lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial.

"QUINTA.—Que igualmente como consecuencia de una cualquiera de las súplicas primera o segunda, se condene a los demandados, en su condición de representantes de las sucesiones intestadas de Luis Fernando Becerra y María del Carmen López, así como de la sociedad conyugal que éstos dos formaron, como herederos de tales causantes, a restituír a mis poderdantes, dentro del término de seis días contados desde la ejecutoria de la respectiva sentencia o dentro del término que el señor Juez señale al efecto, las tres cuartas partes de los bienes inmuebles o fincas determinadas en los puntos a) y b) de la súplica primera de esta demanda, junto con sus mejoras, solares, dependencias y anexidades.

"SEXTA.—Que en caso de oposición de los demandados se les condene al pago de las costas del juicio".

Para fundar sus peticiones los demandantes formularon varios hechos que en resumen son los siguientes:

Por escrituras públicas números 1.540 y 1.542 de 16 de septiembre de 1933, otorgadas ambas ante la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, María del Carmen López de Becerra vendió a Luis F. Niño, Alfonso, Fernado de J. y Ana Francisca Niño, los bienes inmuebes relacionados en la demanda.

La señora López de Becerra, había adquirido los referidos inmuebles después de la muerte de su primer esposo, señor Fernando Niño.

Posteriormente el 8 de enero de 1916, la señora López contrajo segundas nupcias matrimonio católico con el señor Luis Fernando Becerra, del cual nacieron los señores Becerra López, quienes figuran como demandados.

Fallecidos los esposos Becerra-López se iniciaron los correspondientes juicios de sucesión, los cuales fueron acumulados.

En la diligencia de inventarios que con fecha 23 de abril de 1953 se practicó en las ya mencionadas mortuorias, los Becerra López denunciaron como pertenecientes a la sociedad conyugal los inmuebles objeto de este litigio, habiéndose los denunciantes apoderado de los referidos inmuebles de los cuales están en posesión, según lo afirma la parte demandante.

Con su demanda acompañaron los demandantes copias auténticas y debidamente registradas de las escrituras cuyos números y fechas fueron ya citados.

Por auto de fecha 10 de diciembre de 1953 fue admitida la demanda y al corrérsele traslado a los demandados éstos la contestaron por medio de apoderado, quien aceptó algunos de los hechos, pero manifestando expresamente que sus representados no se apoderaron de los inmuebles en cuestión, desde el fallecimiento de su madre "puesto que no hicieron otra cosa que continuar la posesión pacífica y no interrumpida de buena fé que había venido sosteniendo la señora María del Carmen López, en su condición de dueña absoluta de dichos bienes".

En escrito aparte el apoderado de los demandados presentó demanda de reconvención, la cual, según auto del Tribunal del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo de fecha 5 de noviembre de 1954, no fue admitida por haber sido presentada inoportunamente.

Cumplidos los ritos procesales de la primera instancia, el Juzgado de Santa Rosa de Viterbo, falló la litis declarando:

PRIMERO.—Que los señores José Alfonso, Luis Fernando, y Fernando de Jesús Niño López, son dueños de las tres cuartas partes de los bienes relacionados en el libelo de demanda.

SEGUNDO.—Que como consecuencia de la anterior declaración se ordena la exclusión de las tres cuartas partes de tales bienes, con sus mejoras, dependencias y anexidades del activo de los inventarios formados en el doble juicio de sucesión intestada de los cónyuges Luis Fernando Becerra y María del Carmen López.

TERCERO.—Que los demandados en su condición de representantes de las sucesiones intestadas de Luis Fernando Becerra y María del Carmen López, deben restituír dentro del término de seis días contados desde la ejecutorias de la sentencia, a los demandantes Niño López, los inmuebles determinados en los puntos a) y b) de lá súplica primera de la demanda.

Finalmente, absolvió el Juez A-QUO a los demandados de los demás cargos contra ellos formulados, y los condenó en costas.

El apoderado de la parte demandada apeló de la anterior sentencia ante el Tribunal y esta entidad dictó sentencia de segundo grado con fecha 18 de julio de 1957, revocando la del Juzgado y absolviendo a los demandados de todos los cargos formulados en la demanda. Habiendo quedado así fallado en todos sus extremos el litigio.

Contra el fallo en referencia interpuso el recurso extraordinario de casación el apoderado de la parte demandante, el cual le fue concedido por auto de fecha 9 de septiembre de 1957 y procede a resolverse por hallarse debidamente preparado.

LA DEMANDA

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, se acusa la sentencia del Tribunal, entre otros motivos, como violatoria por apreciación indebida de los artículos 1155 del Código Civil y 632 del Código Judicial, y por falta de aplicación al pleito de los artículos 669, 673, 740, 745, 756 y 1 602 del Código Civil. Según el recurrente provinieron estas infracciones de los manifiestos errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal sentenciador, al dejar de apreciar las pruebas que obran en el expediente y que acreditan la calidad de herederos con que se llamó al juicio a los demandados.

Como pruebas que no apreció el sentenciador o apreció indebidamente señala el recurrente las siguientes:

a) Copia del auto por medio del cual se reconoció a los demandados su carácter de herederos como hijos legítimos de los causantes María del Carmen López y Luis Fernando Becerra; y

b) Las partidas de origen eclesiástico que comprueban ese mismo estado civil y el reconocimiento explícito que de ese mismo carácter de herederos hicieron los demandados, por conducto de su representante, tanto al contestar la demanda, como en varios de sus alegatos de instancia.

La Corte considera:

El Tribunal sustentó su fallo absolutorio entre otras razones en la siguiente:

"Pero resulta, que esa precisa condición o calidad de herederos de Luis Fernando Becerra y María del Carmen López de consiguiente representación de la sociedad conyugal Becerra-López, con que fueron designados los demandados, no se acreditó en el proceso, como que no se trajo la copia del auto o autos por medio de los cuales fueron reconocidos como tales herederos. Está únicamente el que reconoce esa condición a Armando Becerra López (folio 26 cuaderno 2º). Y tampoco se trajeron al expediente, en forma legal, las correspondientes partidas de origen eclesiástico o civil para establecer esa condición o carácter de herederos. Hay constancia en los autos que se solicitó, se ordenó y se libró despacho al señor Cura Párroco de la población de Corrales para obtener las partidas de origen eclesiástico a que se refiere el punto cuarto del memorial de pruebas de la parte demandante. Pero no existe constancia de que ese despacho hubiera sido recibido en realidad por el mencionado Párroco y que fuera en virtud de tal diligenciamiento que el Presbítero sustituto de allí, expidiera las partidas que obran a los folios 57 a 62 del mismo cuaderno Esas partidas, en la forma como aparecen agregadas, es decir, sin constancia procesal alguna acerca del modo como vinieron al expediente, no pueden estimarse en manera alguna en su valor probatorio, a términos del precepto contenido en el artículo 597 del Código Judicial, ya que, por lo mismo, no resultan producidas dentro de ninguna de las cuatro oportunidades a que la propia norma se refiere".

Para la Corte la anterior consideración del Tribunal no concuerda con la realidad procesal, porque al folio 33 vuelto del cuaderno número 2, obra una copia auténtica del auto de fecha 19 de septiembre de 1952, del Juzgado Civil del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, que dice así:

"En escrito presentado el ocho de los corrientes y en ejercicio del poder conferido por los señores Elvira del Carmen, José Joaquín, Ana Blanca, Ramiro Antonio y Armando José Becerra López, el doctor Eduardo Supelano Medina solicita se tenga a sus representados como herederos de la causante María del Carmen López viuda de Becerra en su condición de hijos legítimos, aceptando éstos la herencia con beneficio de inventario. Como se presentan las partidas de estado civil crediticias de la calidad de dichos herederos como hijos legítimos y obran en los autos las partidas de matrimonio de la causante con Luis Fernando Becerra y defunción de aquélla, es el caso de acceder a lo impetrado. En tal virtud, el Juzgado resuelve: Tiénese a los señores José Joaquín, Elvira del Carmen, Ana Blanca, Ramiro Antonio y Armando José Becerra López como herederos de la causante señora María del Carmen López viuda de Becerra en su condición de hijos legítimos y quienes aceptan la herencia con beneficio de inventario".

Para comprobar judicialmente la calidad de heredero, ha dicho reiteradmente la jurisprudencia de la Corte, basta presentar copia auténtica de la providenca judicial por medio de la cual, se le reconoce tal carácter.. Así pues, habiendo el actor demostrado en forma conducente la personería sustantiva de los demandados mediante un documento que hace plena prueba al tenor de lo preceptuado en el artículo 632 del Código Judicial, al no haber reconocido el sentenciador la eficacia legal de la referida prueba incidió en violación de la citada norma, incurriendo en error de derecho, el cual existe cuando en la apreciación de determinada prueba se le dá a ésta un valor que no tiene, conforme a la ley, o se desconoce el valor señalado por ella. Esta sola consideración es suficiente para infirmar la sentencia recurrida, sin ser menester entrar a examinar los demás motivos de casación, expuestos por el recurrente en su demanda al tenor de lo preceptuado en el artículo 538 del Código Judicial.

Para proceder a dictar la sentencia en reemplazo de la que debe ser casada, juzga la Corte oportuno hacer previamente las siguientes consideraciones:

Las peticiones fundamentales formuladas por la parte demandante, son en síntesis las siguientes:

1a.—Que se declare que José Alfonso, Luis Fernando y Fernado de Jesús Niño López, son dueños o propietarios de las tres cuartas partes de los bienes relacionados en la súplica primera del libelo.

2ª.—Que como consecuencia de ello se decrete la exclusión de dichos bienes con sus mejoras,

anexidades y dependencias del activo inventariado en los juicios de sucesión intestada de los cónyuges Fernando Becerra y María del Carmen López; y

3º.—Que se condene a los demandados en su condición de representantes de las mencionadas sucesiones a restituír a los demandantes los referidos bienes.

Como se advertirá, se trata de peticiones que responden a acciones diferentes, no siendo menester analizar ahora las modalidades que las distinguen, bastando tan sólo observar sumariamente que se hallen ellas establecidas en nuestro sistema legal. La acción de dominio o reivindicatoria la consagra por su parte expresamente el artículo 950 del Código Civil, y la exclusión de bienes el artículo 947 del Código Judicial.

Ni son incompatibles ni se excluyen entre sí aquellas acciones y por ello es factible su acumulación en una sola demanda, como se ha hecho en el caso sub-judice. No sólo no hay inconveniente legal alguno en ello, sino que así debe hacerse en obsequio del principio de "la economía procesal", cuyo concepto jurídico, como dicen los doctrinantes y los expositores contemporáneos, tiene hoy día una mayor amplitud que antaño, en el vasto campo del derecho procesal.

Si se estudian las súplicas antes mencionadas y se interpreta lógica y adecuadamente la demanda, lo cual puede hacer todo fallador, sin cambiar los factores de la misma, resulta indudable que la acción ejercitada es la reivindicatoria o de dominio, pues, los demandantes alegan ser dueños legítimos de los bienes materia de este litigio y de los cuales no están en posesión, ya que son los demandados quienes tienen tal posesión, como hubo de reconocerlo su propio apoderado al contestar el traslado de la demanda. Esta declaración tiene el valor de una confesión judicial a tenor de lo preceptuado en el artículo 607 del Código Judicial, a cuya norma debe dársele adecuada aplicación en el presente caso.

Dadas las consideraciones anteriores, acertó el Juez A-QUO cuando en la motivación de su fallo planteó el debate en los siguientes términos:

"Se trata de una acción reivindicatoria, junto con la exclusión de los mismos bienes de los inventarios de la doble sucesión de Fernando Becerra y María del Carmen López y del pago de los frutos civiles y naturales correspondientes".

Como es sabido para la procedencia de la acción de dominio es esencial comprobar durante la secuela del juicio los cuatro elementos configurativos de ella, a saber:

a) Dominio del demandante;
b) Cosa singular reivindicable;
c) Posesión del demandado; y
d) Identidad de la cosa que se reivindica con la poseída por el reo.

El actor para comprobar su derecho de dominio sobre los inmuebles que pretende reivindicar y que fueron indebidamente incluídos en la diligencia de inventario de las ya nombradas sucesiones, adujo los siguientes títulos:

Copia auténtica de la escritura pública número 1.540, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, el 16 de septiembre de 1933, por medio de la cual María del Carmen López enajenó a título de venta a Luis Fernando, Alfonso, Fernando de Jesús y Ana Francisca Niño López, la casa de habitación determinada en el punto a) de la primera súplica de la demanda; la escritura número 1.542 de la misma fecha en que consta la venta hecha por la misma vendedora a los compradores antes citados de la finca denominada "Las Escaleras"; e igualmente obraron como prueba los títulos por medio de los cuales había adquirido desde los años de 1914 y 1915 la señora María del Carmen López los referidos inmuebles. Como dicha titulación no se impugnara por ningún concepto durante el curso del proceso por la contraparte, tienen tales escrituras la eficacia probatoria de instrumentos públicos.

En cuanto dice relación a la singularidad e identidad de los bienes materia del litigio, fueron extremos que obtuvieron su plena comprobación judicial, mediante la inspección ocular y dictamen pericial que obran en los autos.

En cuanto atañe a la posesión de dichos bienes por parte del demandado, ya se dijo que tal cosa fue confesada por el propio apoderado de dicha parte.

Probados, pues, a juicio de la Corte los factores esenciales de la acción de dominio instaurada, se impone como lógica consecuencia la declaración de que Luis Fernando, José Alfonso y Fernando de Jesús Niño López, son dueños o propietarios de las tres cuartas partes de los bienes inmuebles tantas veces mencionados, y así lo hará esta superioridad en la parte resolutiva del fallo que le corresponde dictar en su función de instancia.

No obstante haber probado el actor en debida forma su derecho de dominio, sobre los bienes que pretende reivindicar mediante la exhibición de las correspondientes escrituras públicas debidamete registradas, el sentenciador les desconoció a dichos documentos su valor probatorio,

violando así el artículo 630 del Código Judicial, y dejando de aplicar los artículos 669, 673, 740, 745, 746 y 1.602 del Código Civil, los primeros de los cuales, consagran el derecho de dominio de los bienes raíces y el modo de efectuarse su tradición y el último, establece el principio general, según el cual, los contratos legalmente celebrados son ley para las partes contratantes

Mas, el opositor considera insuficiente la titulación presentada para los fines que se ha propuesto el actor y al efecto al contestar el traslado de la demanda de casación dice así:

"Cuando se trate de demostrar el dominio de un bien raíz no es suficiente que se presente la prueba de la correspondiente escritura en que consta el título traslaticio de dominio con su nota de registro, sino que es indispensable acompañar un certificado del respectivo registrador de instrumentos públicos y privados 'en que se exprese que el registro del título designado por su número y fecha no ha sido cancelado por ninguno de los tres medios indicados en el artículo 789 del Código Civil; y que los registros anteriores al actual, comprendidos en un período de diez años, se han cancelado al tenor del mismo artículo, hasta llegar al último registro', según lo dispone perentoriamente el artículo 635 del Código Judicial"

No comparte la Corte la tesis del señor apoderado, pues en tratándose de acciones de dominio le basta al actor para acreditar su propiedad presentar, como lo ha hecho en este caso, copia auténtica y debidamente registrada de las escrituras que lo amparan como dueño o propietario, no siendo necesario, ni mucho menos esencial, aducir el certificado de libertad del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, que ha echado de menos el opositor. Esta ha sido sobre el particular, tradicional doctrina de la Corte, uno de cuyos numerosos fallos el de 26 de febrero de 1936, dice categóricamente que para probar la suficiencia de la titulacón es menester el certificado de Registrador, en ciertos juicios, como cuando se embargan bienes en ejecuciones, o cuando se trata del especial de venta de la cosa hipotecada ,pero en ningún caso, subraya la Corte, es necesaria su presentación cuando se ejercita la acción real de dominio.

Otro de los aspectos tratados por el opositor es el referente a la improcedencia de la acción entablada y para sustentar su tesis argumenta así:

"Si los demandados tienen la cosa que se demanda a nombre de la sucesión de su madre, es evidente que la acción que tenían los demandantes no era la reivindicatoria, sino la acción personal que surge del contrato de compraventa, o sea, la entrega de la cosa, porque la señora María del Carmen López no entregó en ningún momento la cosa a sus hijos compradores".

Es verdad que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 877 del Código Judicial, el comprador a quien no le ha sido entregada la cosa vendida, puede reclamarla a fin de obtener su entrega mediante el procedimiento sumario establecido para los juicios posesorios en el Título XXVIII de la citada obra. Más éste, no es el caso de autos, si se considera que lo afirmado y demostrado por los demandantes, es que los señores Becerra López se apoderaron materialmente de los inmuebles que pretenden reivindicarse y se hallan en posesión de ellos. Siendo ello así, el medio procesal adecuado era recurrir al juicio ordinario para obtener la restitución de los referidos bienes y así se ha hecho, de donde se deduce la procedencia de la acción instaurada.

Como consecuencia de la declaración judicial reconociendo a José Alfonso, Luis Fernando y Fernando de Jesús Niño López, como dueños o propietarios de las tres cuartas partes de los bienes inmuebles relacionados en la demanda, se ha pedido también por el actor, se decrete la exclusión de los susodichos bienes del activo de los inventarios formados en el doble juicio de sucesión intestada de los cónyuges Fernando Becerra y María del Carmen López.

Según se halla probado en autos que los bienes mencionados fueron alistados en los inventarios de las causas mortuorias nombradas, y como también lograron demostrar los demandantes su derecho de propiedad en tales bienes, concurren las circunstanicas necesarias para decretar la exclusión impetrada en cumplimiento del artículo 947 del Código Judicial, no sin antes advertir que la simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, no es prueba del dominio sobre ellos, pues así lo dice expresamente en su ordenamiento jurídico el artículo 475 del Código Civil, que concuerda con el 673 de la misma obra, según el cual, los modos de adquirir el dominio son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.

Entre las súplicas formuladas en el libelo, se pidió fueran condenados los demandados al pago de las tres cuartas partes del valor o importe de los frutos naturales y civiles producidos por los referidos inmuebles desde el día del fallecimien-

to de la señora María del Carmen López hasta aquél en que se verifique su restitución. Pero como quiera que los demandados se hallan amparados por una presunción legal de buena fé, que no fue desvirtuada durante la secuela del juicio, no habrá lugar a hacer la declaración solicitada. Además de la razón expuesta, la Corte acoge como motivación del fallo que va a dictar los siguientes considerandos expuestos sobre el particular por el Juez A-QUO.

"Del expediente aparece que las fincas fueron secuestradas dentro de la sucesión de Luis Fernando Becerra y María del Carmen López, de manera que por este aspecto los demandados no tienen por qué responder de tales frutos, responderán de ellos el secuestre desde la fecha en que él se efectuó.

"'En cuanto a los comprendidos desde la fecha de la muerte de la señora Carmen hasta el día del secuestro, bien sabido es que tales bienes eran disfrutados por los herederos y que desde que ellos no solicitaron su secuestro sino hasta la fecha en que se llevó a efecto hay que suponer que la administración se hizo hasta tanto de acuerdo y como tal todos deben responder, no solamente los demandados, sino también los demandantes, desde luego que ellos también son herederos".

Finalmente, no habrá lugar a declarar la excepción de simulación propuesta por el apoderado de los demandados al contestar la demanda, por no haberse probado los hechos constitutivos del mencionado recurso exceptivo, así como tampoco, hay base legal ni elementos de juicio para acceder a lo pedido por los demandados con relación a la mina de carbón que se halla dentro de la finca denominada "La Escalera".

RESOLUCION:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha diez y ocho (18) de julio de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario seguido por Luis Fernando, Fernando de Jesús y José Alfonso Niño López contra Elvira, José Joaquín, Ana Blanca, Ramiro Antonio y Armando José Becerra López y CONFIRMA la del Juez A-QUO de fecha veintinueve (29) de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955), cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO. — Los señores José Alfonso, Luis Fernando y Fernando de Jesús Niño López de las anotaciones personales indicadas en la demanda, son dueños de las tres cuartas partes de los siguientes bienes inmuebles: A) Una casa de habitación, junto con el suelo sobre que está construída, solares, dependencias y anexidades, ubicada dentro del área de la población de Corrales, marcada en su puerta de entrada con el número 4-26 de la respectiva nomenclatura, determinada por los siguientes linderos: Por el frente, con calle pública; por el norte, paredes al medio, con fincas de Arturo Becerra y local o tienda que fue de María del Carmen López y Luis Fernando Becerra, hoy de sus herederos; por el oriente, también paredes al medio, con de herederos de Carmen Vargas A., y por el último costado, igualmente paredes al medio, con de Carmen Uscátegui a dar a la calle primer lindero. B) Un lote de terreno o finca denominado "Las Escaleras", ubicado en el Municipio de Tópaga, vereda de San José, en el Departamento de Boyacá y comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el pie, con herederos de Tomás López, zanjón al medio; por un costado, de este zanjón en línea recta de para arriba a salir a la cuchilla a encontrar un mojón de piedra, linda en este trayecto con de Elías Piaga; por cabecera con de herederos de Pascual Cruz; y por el último costado, con de Manuel Barrera y Nepomuceno López a dar al zanjón primer lindero, en todo este trayecto se deslinda este terreno con piedras enterradas.

"SEGUNDO. — Como consecuencia de la anterior declaración, se ordena la exclusión de las tres cuartas partes de tales bienes con sus mejoras, dependencias, anexidades, del activo de los inventarios formados en el doble juicio de sucesión intestada de los cónyuges Luis Fernando Becerra y María del Carmen López, que bajo el número 979 de radicación cursa en este mismo Juzgado y que fueron incluídos allí bajo las partidas cuarta, quinta y once del referido activo, debiendo quedar concretadas estas partidas a la cuarta parte restante.

"TERCERO. — Condénase a los demandados en su condición de represetantes de las sucesiones intestadas de Luis Fernando Becerra y María del Carmen López así como de la sociedad conyugal que éstos dos formaron como herederos de tales causantes a restituír a los demandantes Niño López dentro del término de seis días contados

desde la ejecutoria de esta sentencia, las tres cuartas partes de los bienes inmuebles determinados en el punto A) y B) de la súplica Primera de esta demanda, con sus mejoras, solares, depencias y anexidades.

"CUARTO.—Absuélvese a los demandados de las demás peticiones de la demanda".

Las costas de la primera instancia a cargo de la parte demandada. No hay costas ni en la segunda instancia ni en el presente recurso.

Líbrese oficio al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Santa Rosa de Viterbo, para los efectos de la cancelación del registro de la demanda.

En los términos anteriores, queda resuelto el recurso de casación interpuesto en el presente negocio.

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

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

NO SE ACCEDE A ACLARAR LA SENTENCIA ANTERIOR

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre cuatro (4) de mil novecientos cincuenta y ocho.

El señor apoderado de la parte recurrente, solicita en el anterior memorial, una aclaración con respecto a lo resuelto en el ordinal 3º de la sentencia dictada por esta Superioridad con fecha 3 de octubre de 1958.

El ordinal a que se refiere el apoderado dice así:

"TERCERO.—Condénase a los demandados en su condición de representantes de las sucesiones intestadas de Luis Fernando Becerra y María del Carmen López así como de la sociedad conyugal que éstos dos formaron como herederos de tales causantes a restituír a los demandantes Niño López dentro del término de seis días contados desde la ejecutoria de esta sentencia, las tres cuartas partes de los bienes inmuebles determinados en el punto A) y B) de la súplica Primera de esta demanda, con sus mejoras, solares, dependencias y anexidades".

Como se advertirá, la restitución ordenada en el numeral anterior está concebida no sólo en términos claros y precisos, sino en forma que no ofrece duda alguna al respecto, pues no hay allí conceptos o frases que dén base para afirmar tal cosa. Siendo ello así, no hay lugar a hacer la aclaración de que trata el artículo 483 del Código Judicial, la cual sólo procede cuando en la sentencia hay conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

Además, cabe observar que la sentencia por medio de la cual, fue decidido el presente recurso de casación, infirmó la sentencia recurrida y confirmó en todas sus partes la del juez A-QUO, cuya parte resolutiva se reprodujo literalmente en la sentencia que dictó esta superioridad al resolver la demanda de casación. Y no habiendo la parte demandante solicitado oportunamente ante el Juez A-QUO aclaración alguna sobre la parte resolutiva de su fallo, fue indudablemente por haberla hallado clara y terminante en sus términos.

Por las razones expuestas, no se accede al anterior pedimento de aclaración.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

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

DENUNCIA DE OBRA NUEVA. — EN QUE CONSISTE. — PROCEDIMIENTO APLICABLE. — LA ACCION DE RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL Y LA DE SERVIDUMBRE NO SON ACUMULABLES EN UN MISMO LIBELO. — TAMPOCO LO SON LA DE DENUNCIA DE OBRA NUEVA Y LA DE SERVIDUMBRES. — CUAL ES LA VIA ORDINARIA EN MATERIA DE SERVIDUMBRES

1.— La denuncia de obra nueva reviste el carácter jurídico de las acciones posesorias por cuanto se pide el amparo de la justicia con el fin de suspender trabajos que envuelven perturbación posesoria para el querellante. De ahí que la ley civil la contemple y organice dentro del grupo de las acciones posesorias especiales de que trata el Título XIV, Libro II del Código Civil.

Pero no está dentro del ámbito de esa especial protección posesoria que quien ejerce el dominio sobre un solar o edificio pueda impedir que el dueño del terreno vecino lo utilice y construya normalmente de acuerdo con sus prospectos económicos que, a la postre, redundan además en beneficio general. Por ello no es obra denunciable la que se adelanta en el solar contiguo, mientras no invada en forma alguna la propiedad del querellante.

Que no sea denunciable la obra nueva, en ningún modo significa que si causa daños al vecino, más allá de lo que el sentido social de convivencia permite y acepta razonablemente, el perjuicio haya de quedar sin indemnización. El punto será regido entonces por las normas aplicables a las relaciones de vecindad, conforme a los principios que prohiben dañar a otro y miden la responsabilidad extrcontractual en sus diversas hipótesis, todo lo cual queda envuelto en la continencia de la causa ventilable en juicio ordinario.

Más cuando se trata de negar o de regular un derecho real de servidumbre, así sea también por causa de relaciones de vecindad, no es posible desatender los imperativos de las leyes de procedimiento, que señalan trámite especial para esta clase de juicios, sea que verse "la demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes", o, consiguientemente, sobre la afirmación o negación de servidumbre (872 C. J.).

Otro tanto sucede con la denuncia de obra nueva, en su caso, desde luego que el Título XXIX determina el trámite especial a que están sujetas las acciones posesorias consagradas en el Título XIV del Libro II del Código Civil (888).

Si, por consiguiente, se pide indemnización por daños originados en responsabilidad extracontractual, ventilable en juicio ordinario, y a la vez se hacen súplicas en materia de servidumbres, que exigen trámite especialmente previsto por la ley, la acumulación, en los términos del artículo 209 del Código Judicial, resulta inadmisible por falta del requisito derivado de la naturaleza misma de las cosas y por ello ineludible, de que las acciones "puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimento judicial".

2. — Aunque se tratara de denuncia de obra nueva, la demanda habría de cursar el trámite especialmente previsto por el Título XXIX del Código Judicial, no acumulable tampoco a la acción de servidumbre, que también requiere trámite especial diferente del juicio ordinario, esto es el señalado por el Título XXVII.

3.—Si en concreto y por el significado natural de la demanda, la intención del actor consiste en que su propiedad experimenta el gravamen que le impondría la construcción contigua tal como quedó hecha y que no está en el deber de soportarlo, no hay duda de que en razón de su objeto y por sus fines, la controversia que esas súplicas plantean, exige el trámite común ordinario establecido por el procedimiento en punto a servidumbres, supuesto que vencido el año a que alude el inciso 3º del artículo 1.007, termina la vía interdiccial para la protec-

ción posesoria, sin perjuicio de que el fondo del asunto quede remitido al procedimiento común en materia de servidumbres, como vía ordinaria para salvaguardiar el derecho, según lo aclara muy bien la parte final de la norma, cuando dice:

"Pero ni aún en esta acción tendrá lugar, cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho".

En realidad, para los efectos del artículo 1.007 del Código Civil no es lo mismo vía ordinaria que juicio ordinario, puesto que la ley de procedimiento dispone que se observen trámites especial y comúnmente aplicables en materia de servidumbres, o sea la vía ordinaria para el caso.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

En la demanda inicial del presente litigio adelantado por Jaime Jaramillo Arango contra Alfonso Corredor, se hicieron las siguientes súplicas:

"PRIMERA.—Que el demandado Alfonso Corredor es responsable y está obligado a resarcir a mi mandante, doctor Jaime Jaramillo Arango, los daños y perjuicios que le ocasionó en la finca de su propiedad, distinguida con los números 5-33 a 5-49 de la calle 13 de esta ciudad, con motivo de la reconstrucción (demolición y edificación) del edificio colindante, situado en la misma calle 13 y distinguido con los números 5-55, 5-61, 5-63 y 5-71, llevado a cabo por el primero de los nombrados.

"SEGUNDA.—Que como consecuencia de la declaración anterior, el demandado debe pagar a mi mandante, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la suma de dinero que se fije por peritos en el curso del juicio, por razón de las obras que el doctor Jaime Jaramillo Arango tuvo que efectuar en la finca de su propiedad, calle 13 número 5-33 a 5-49 de los gastos que él mismo sufragó en las acciones policivas y en la inspección ocular practicada por el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá, y del lucro cesante recibido y que tenga que recibir mi mandante con motivo de la obra de edificación levantada por el señor Alfonso Corredor en la finca mencionada en el punto anterior.

"TERCERA. — Que el señor Alfonso Corredor está obligado a cerrar con muros hasta la altura del quinto piso, el espacio abierto o troneras dejadas por él en el costado oriental de los patios norte y sur del edificio distinguido con los números 5-55 a 5-71 de la calle 13 de esta ciudad, costado que constituye la línea divisoria entre dicha finca y la casa número 5-33 a 5-49 de la misma calle 13, de propiedad de mi mandante.

"CUARTA. — Que subsidiariamente a la petición tercera, se declare: Que el demandado Alfonso Corredor está obligado a cerrar con bastidores fijos, que no sean giratorios ni deslizantes, las ventanas que hoy existen, sobre los patios norte y sur del edificio distinguido con los números 5-55 a 5-71 de la calle 13 de esta ciudad, especialmente las que hoy existen sobre los costados que forman las normales a la línea divisoria de ese predio con la finca números 5-33 a 5-49 de la misma calle 13, cierre que debe hacerse en marcos de hierro con travesaños horizontales y verticales, debidamente asegurados al muro, guardando una distancia máxima de quince centímetros entre cada travesaño horizontal y vertical y con vidrios martillados opacos que no permitan las vistas al predio vecino.

"QUINTA.—Que el demandado está obligado a elevar hasta una altura de un metro ochenta centímetros (1.80 mtrs.) los muros de la terraza en la línea divisoria de su edifico con el predio de mi mandante, y los de las normales de esa línea, de manera que se impida la vista desde la terraza sobre la casa de propiedad del doctor Jaramillo Arango.

"SEXTA.— Que si el demandado se opone a esta demanda se le condene al pago de las costas del juicio".

La "causa o razón" para pedir fue expuesta así:

"El que ha cometido una culpa o ejecutado un hecho que infiera daño a otro, está obligado a repararlo y a indemnizar los perjuicios causados (artículo 2.341 del Código Civil). Y de acuerdo con la misma ley, toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones, para efectos de indemnizar el daño, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuido. (sic) (artículos 2.347 a 2.351 del Código Civil). Por otra parte, como la casa de propiedad de mi mandante no está su-

jeta a las servidumbres de luz y de vista, la construcción del demandado debe ajustarse a los sistemas modernos que sin causarle daños a su edificación, impida la creación de derechos que legalmente no existen".

* * *

El conocimiento correspondió al Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, quien, por sentencia del 14 de diciembre de 1954, condenó al demandado a pagar al demandante, junto con los intereses a la tasa legal, $ 300.00 por valor de reparaciones en tejados y muro occidental del inmueble 5-39 a 5-49 de la calle 13; $ 500.00 por concepto de costas en acciones policivas; y $ 540.00 por honorarios de peritos en diligencia extrajuicio de inspección ocular. Lo condenó igualmente "a colocar en las ventanas que están situadas a menos de tres metros de distancia de la pared divisoria de su edificio referido y el predio del doctor Jaime Jaramillo Arango marcos o bastidores fijos sujetos por tornillos o pernos soldados que impidan ser abiertos, y vidrios opacos esmerilados o martillados quue permitan dar luz, pero no vista, lo cual debe ejecutarse inmediatamente después de ejecutoriado este fallo"; y también a "elevar los muros laterales de las azoteas de su edificio en mención, a una altura de dos metros, tomando como base el piso de tales azoteas. Lo condenó, por último, al pago de las costas del juicio, pero lo absolvió de la súplica 2ª, referente a lucro cesante, y de las relativas a servidumbre de luz.

Ambas partes acudieron en alzada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que en fallo proferido el 24 de mayo de 1956 revocó el de primera instancia y se abstuvo "de proveer sobre las peticiones de la demanda" por faltar el presupuesto procesal indispensable, de libelo hecho en debida forma.

* * *

En la demanda de casación formulada por la parte actora se encuentran aducidas las causales 1ª, 2ª y 7ª, pero es inoficioso estudiarlas separadamente, porque aparecen todas ellas apoyadas en la misma motivación y obedecen a idéntica censura: Que el sentenciador erró de hecho "en la interpretación de la demanda al considerar que se trataba de una acción posesoria de servidumbre de las que deben ejercerse mediante el juicio especial que reglamentá el artículo 872 del Código Judicial, siendo así que se trata de la acción consagrada por el inciso 3º del artículo 1.007 del Código Civil, que sigue el procedimiento de los artículos 888 y siguientes del C. J.".

"Por este aspecto —continúa el recurrente— hubo error de hecho en la apreciación de la demanda al estimar que era una acción de servidumbre, cuando en realidad se trata de una acción posesoria especial o de obra nueva; y hubo error de derecho al estimar que el juicio debe seguir un procedimento distinto de la vía ordinaria. De aquí resultan infringidas las tres disposiciones que cito: La primera por indebida aplicación al caso del pleito; la segunda y la tercera por violación directa".

Del invocado error de hecho deduce el recurrente que el fallo no está de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes; y que como el juicio ordinario fue vía procedente "para todas las acciones contenidas en las cinco peticiones de la demanda, según lo establecen los artículos 734 del Código Julicial, y 1.007 y 2.341 del Código Civil, el Tribunal no podía abstenerse de conocer de todas las acciones propuestas y ha debido resolver sobre las peticiones de la demanda".

* * *

La resolución del sentenciador encuentra apoyo en los siguientes pasos que se transcriben a la letra:

"De los presupuestos procesales o requisitos de forma que la doctrina prohija: demanda en forma; competencia del Juez; capacidad para ser parte y capacidad procesal o **legitimatio ad procesum**, los tres últimos están cumplidos a cabalidad, porque demandante y demandado son personas naturales y capaces; se han dirigido al Juez competente para conocer del litigio por razón de la cuantía, de la vecindad de las partes y de la índole del asunto, y han actuado en el proceso con intervención de abogado inscrito.

"Mas, en lo que concierne al primero de los presupuestos enunciados: 'demanda en forma', es forzoso decir que ese presupuesto falta, porque, para que se pudieran ejercitar en la misma demanda las distintas acciones que se instauraron, era indispensable según el artículo 209 del Código Judicial, no solamente que ellas no fueran contrarias e incompatibles entre sí, y que el Juez fuera competente para conocer de ellas, sino también, que todas esas acciones pudieran sustanciarse bajo una misma cuerda, por seguir el mis-

mo procedimiento judicial, al tenor del inciso 3º del citado precepto.

"En la petición PRIMERA de la demanda se invoca una sentencia de declaración sobre pago de daños y perjuicios.

"En la petición SEGUNDA se pide un fallo de condena sobre el valor de tales daños y perjuicios.

"Las súplicas TERCERA, CUARTA y QUINTA, que indudablemente se refieren a las servidumbres de luz y de vista, no persiguen una sentencia de declaración sino de condena; cerramiento con muros de los espacios o troneras dejados en el costado oriental de los patios norte y sur del edificio respectivo; cerramiento de las ventanas con bastidores fijos etc. 'que no permitan la vista al predio vecino'; elevación de los muros de la terraza en el predio del demandado, 'de manera que se impida la vista desde la terraza sobre la casa de propiedad del doctor Jaramillo Arango'.

"El demandante cita en su libelo los artículos 931 y 935 del Código Civil que aluden a la servidumbre de luz y de vista.

"El Juzgado considera en su fallo que la demanda se encamina también a obtener la extinción de una servidumbre de luz y de vista.

"En todo el proceso se habla de esa servidumbre.

"Considera el Tribunal que no es necesario analizar detenidamente la naturaleza y las características de las servidumbres de luz y de vista, basta anotar que nuestro sistema de legislación las consagra. En efecto, el Código Civil determina en el artículo 931 cuál es el objeto de la servidumbre de luz y en el artículo 936 impone una servidumbre negativa (artículo 882 del Código Civil) al dueño de las ventanas o balcones que puedan dar vista sobre el predio vecino. Estos preceptos figuran en el Título correspondiente a Las Servidumbres.

"Desde el derecho romano existía la servidumbre de luces 'luminum', y la de vista 'prospectui'; eran verdaderas servidumbres que limitaban el derecho de propiedad sobre un predio en beneficio de otro predio.

"En nuestra legislación, la servidumbre legal de luz a que se refiere el artículo 931 del Código Civil no encaja estrictamente en la órbita conceptual de servidumbre, gravamen de un predio en utilidad de otro predio; pero nada impide considerar que hay verdaderas limitaciones del dominio sobre un predio y en utilidad de otro, cuando como en el caso contemplado en la demanda, el uno utiliza la luz pero menoscaba el derecho del vecino haciendo visible su predio, y éste, en defensa de lo que considera un derecho absoluto, quiere obligar al vecino a restringir el ejercicio del suyo. Además, nada impide el que haya, teóricamente hablando, servidumbre voluntaria de luz y de vista.

En todo caso, la servidumbre legal de luz está expresamente consagrada por la ley civil, y a esa servidumbre debe referirse naturalmente el artículo 872 del Código Judicial, porque el intérprete está obligado a buscar en las distintas leyes su coordinación y armonía, de manera que cuando el Código Judicial habla de servidumbres, debe referirse necesariamente a todas las servidumbres contempladas en el Código Civil.

"No cabe duda sobre que las acciones contenidas en las súplicas PRIMERA y SEGUNDA deben tramitarse por la vía ordinaria porque la ley no señala un procedimiento especial para ellas; pero el artículo 972 (sic) del Código Judicial referente a las servidumbres dice: 'de la demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes, se da traslado al demandado por tres días'.

"Y el artículo 873 dice: 'Son aplicables a este juicio los artículos 863, 865 y 866'. Estos artículos señalan un procedimiento especial.

"Consideran algunos expositores que tal procedimiento especial tiene aplicación restringida y que, por tanto, solamente debe adoptarse cuando quiera que se trate de imposición, variación o extinción de una servidumbre, mas no cuando la acción deducida es 'confesoria' o 'negatoria'.

"La acción confesoria tiene por finalidad invocar la actividad jurisdiccional para que se declare que tal predio está sujeto a determinada servidumbre, mientras que por la acción negatoria se persigue una decisión judicial sobre que un predio no está sujeto a determinada servidumbre.

"En el caso que se estudia, ninguna de las peticiones de la demanda está enderezada a obtener decisión sobre la no existencia de las servidumbres de luz y de vista. Es verdad que en el hecho 18 se afirma que: 'La finca de propiedad de mandante no está sujeta a la servidumbre de vista'; pero este hecho ni se refiere a la servidumbre de luz ni puede considerarse como petición que hiciera en ejercicio de la acción negatoria de servidumbre. Por el contrario, las tres súplicas en referencia persiguen la reglamentación de la servidumbre de luz o del modo de ejercerla;

persiguen también la extinción de la servidumbre de vista establecida.

"La distinción entre acción de declaración y acción de condena, juega aquí papel importante. No pide el demandante declaración sobre que no existe la servidumbre de luz ni de vista, pide simplemnete que se condene al demandado a hacer determinadas obras para el ejercicio de la servidumbre de luz, y para que quede extinguida la servidumbre de vista establecida.

"Como la ley procesal no ha establecido diferencia entre las acciones sobre imposición, variación, o extinción de servidumbres, y las acciones confesoria y negatoria, la jurisprudencia ha resuelto que todas estas acciones se tramiten de acuerdo con el procedimiento especial, y seguramente lo ha resuelto así, porque considera que en los conceptos de acción confesoria y acción negatoria quedan comprendidos los de imposición, variación o extinción de una servidumbre. El doctor Luis Felipe Latorre U. en su obra sobre **Trámite de los juicios** considera que lo que la doctrina llama acción confesoria y acción negatoria debe tramitarse por el procedimiento especial y no en juicio ordinario. La Corte Suprema de Justicia en varios fallos ha dicho lo mismo. (G J. 2.135, página 608 y siguientes. G. J. 2.150, páginas 514 y siguientes).

"En la petición CUARTA de la demanda se determina la manera como deben hacerse los cerramientos y acondicionarse las ventanas y los vidrios para que la servidumbre de luz se ejerza sin dar vista sobre el predio del demandante. Esa petición es subsidiaria y como tal podría acumularse al tenor del numeral tercero del artículo 209 del Código Judicial, pero no de acuerdo con el numeral segundo de dicho artículo. Sobre esa petición también está obligado a proveer el juzgador en el caso de que la petición principal resulte fallida, y, por consiguiente, si el juzgador está obligado a fallar sobre esta acción así dedu ida, ella debe sufrir también el trámite adecuado para que el presupuesto sobre 'demanda en orma', se considere cumplido.

"Ni el demandado ni el Juzgado hicieron observación alguna sobre esta acumulación de acciones, pero el Tribunal puede y debe hacerla de oficio, porque, como los preceptos que regulan el procedimiento son de derecho público, debe prevalecer el principio de la 'legalidad de las formas procesa'es' sobre el de 'la libertad de tales formas'. Ni las partes ni el fallador pueden adoptar una tramitación no autorizada por la ley, ni es posible poner término a la relación substancial del litigio cuando la relación procesal está viciada.

"De manera que al iniciar por la vía ordinaria varias y diversas acciones, unas de las cuales tienen tramitación especial por mandato expreso de la ley, se llega a la conclusión de que no hay en este juicio 'demanda en forma'. y que, por tanto, falta un presupuesto procesal indispensable para proveer en el fondo".

* * *

SE CONSIDERA:

I.—Las transcripciones que anteceden dejan ver con claridad que el sentenciador en modo alguno ha desconocido la significación natural de los vocablos empleados en las súplicas iniciales del proceso. Cabe entender, entonces, que si en el recurso es censurada la sentencia por error de hecho en la interpretación de la demanda, el cargo en realidad no versa sobre yerro manifiesto del Tribunal cuando tuvo a la vista aquellas mismas súplicas, sino que la acusación tendrá recibo en cuanto al punto, no de hecho sino de derecho, conducente a determinar si fue posible la acumulación de acciones que se hizo cuando el procedimiento fue incoado.

Las súplicas 1ª y 2ª tienden a la indemnización de daños en propiedad del actor como consecuencia de obras adelantadas en el inmueble vecino para demoler el edificio preexistente y sustituírlo con uno moderno de cinco plantas. Mientras que las súplicas 3ª, 4ª y 5ª se encuentran ubicadas en el campo de las servidumbres de luz y de vista.

No ha de ser extraño que los procedimientos judiciales se especialicen por razón de los fines perseguidos en cada materia, supuesto que en la vida civil son innumerables y de índole muy diversa las acciones valederas ante la justicia. Es así como el juicio ordinario sólo es admisible cuando la regulación jurisdiccional no tiene previsto determinado trámite para ventilar y decidir la controversia, o cuando no autoriza un procedimiento sumario, según lo expresa nítidamente el artículo 734 del Código Judicial.

La denuncia de obra nueva reviste el carácter jurídico de las acciones posesorias por cuanto se pide el amparo de la justicia con el fin de suspender trabajos que envuelven perturbación posesoria para el querellante. De ahí que la ley civil la contemple y organice dentro del grupo

de las acciones posesorias especiales de que trata el Título XIV, Libro II del Código Civil.

Pero no está dentro del ámbito de esa especial protección posesoria que quien ejerce el dominio sobre un solar o edificio pueda impedir que el dueño del terreno vecino lo utilice y construya normalmente de acuerdo con sus prospectos económicos que, a la postre, redundan además en beneficio general. Por ello no es obra nueva denunciable la que se adelanta en el solar contiguo, mientras no invada en forma alguna la propiedad del querellante.

Que no sea denunciable la obra nueva, en ningún modo significa que si causa daños al vecino, más allá de lo que el sentido social de convivencia permite y acepta razonablemente, el perjuicio haya de quedar sin indemnización. El punto será regido entonces por las normas aplicables a las relaciones de vecindad, conforme a los principios que prohiben dañar a otro y miden la responsabilidad extracontractual en sus diversas hipótesis, todo lo cual queda envuelto en la continencia de la causa ventilable en juicio ordinario.

Mas cuando se trata de negar o de regular un derecho real de servidumbre, así sea también por causa de relaciones de vecindad, no es posible desatender los imperativos de las leyes de procedimiento, que señalan trámite especial para esta clase de juicios, sea que verse "la demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes", o, consiguientemente, sobre la afirmación o negación de servidumbre. (872, Código Judicial).

Otro tanto sucede con la denuncia de obra nueva, en su caso, desde luego que el Título XXIX determina el trámite especial a que están sujetas las acciones posesorias consagradas en el Título XIV del Libro II del Código Civil. (888).

Si, por consiguiente, se pide indemnización por daños originados en responsabilidad extracontractual, ventilable en juicio ordinario, y a la vez se hacen súplicas en materia de servidumbres, que exigen trámite especialmente previsto por la ley, la acumulación, en los términos del artículo 209 del Código Judical, resulta inadmisible por falta del requisito derivado de la naturaleza misma de las cosas y por ello ineludible, de que las acciones "puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial".

II.—Se invoca en contrario lo dispuesto por el artículo 1.007 del Código Civil, en punto a prescripción de las acciones posesorias especiales. Dice el texto:

"Artículo 1.007. — Las acciones concedidas en este Título (XIV, L. II) para la indemnización de un año sufrido, prescriben para siempre al cabo de un año completo.

"Las dirigidas a precaver un daño no prescriben mientras haya justo motivo de temerlo.

"Si las dirigidas contra una obra nueva no se instauraren dentro del año, los denunciados o querellados serán amparados en el juicio posesorio, y el denunciante o querellante podrá solamente perseguir su derecho por la vía ordinaria.

"Pero ni aun esta acción tendrá lugar, cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho".

Aunque se tratara de denuncia de obra nueva, la demanda habría de cursar el trámite especialmente previsto por el Título XXIX del Código Judicial, no acumulable tampoco a la acción de servidumbre, que también requiere trámite especial diferente del juicio ordinario, esto es el señalado por el Título XXVII.

Si en concreto y por el significado natural de la demanda, la intención del actor en las súplicas 3ª, 4ª y 5ª consiste en que su propiedad experimenta el gravamen que le impondría la construcción contigua tal como quedó hecha y que no está en el deber de soportarlo, no hay duda de que en razón de su objeto y por sus fines, la controversia que esas mismas súplicas plantean, exige el trámite común u ordinario establecido por el procedimiento en punto a servidumbres, supuesto que vencido el año a que alude el inciso 3º del artículo 1.007, termina la vía interdiccial para la protección posesoria, sin perjuicio de que el fondo del asunto quede remitido al procedimiento común en materia de servidumbres, como vía ordinaria para salvaguardar el derecho, según lo aclara muy bien la parte final de la norma, cuando dice:

"Pero ni aun esta acción tendrá lugar, cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho".

En realidad, para los efectos del artículo 1.007 del Código Civil no es lo mismo vía ordinaria que juicio ordinario, puesto que la ley de procedimiento dispone que se observen trámites especial y comúnmente aplicables en materia de servidumbres, o sea **la vía ordinaria** para el caso.

III.—Si, pues, las acciones no eran acumulables, falta en la actuación el primero y principal de los presupuestos del proceso: la demanda en debida forma. Sin ella el Juez se encuentra en la

imposibilidad de proveer sobre el fondo del asunto, como fue lo resuelto por el sentenciador.

No es fundado el cargo por la causal 1ª y, en consecuencia, por ninguna de las otras causales invocadas.

* * *

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 24 de mayo de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

No aparece que se causaran costas en el recurso.

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

Alfredo Cock Arango.—Ignacio Escallón.—José Hernández Arbeláez.—Julio Pardo Dávila.—Arturo Valencia Zea.—José J. Gómez, Conjuez. — Jorge Soto Soto, Secretario.

LA CAUSAL SEXTA SOLO INCIDE EN CASACION CUANDO EXISTE INCOMPETENCIA DE JURISDICCION, O CUANDO LAS PERSONAS QUE HAN DEBIDO SER EMPLAZADAS EN EL JUICIO NO LO FUERON EN DEBIDA FORMA, O CUANDO EXISTE LA ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA, PERO EN NINGUN CASO TAL CAUSAL DA MARGEN PARA CASAR UN FALLO CUANDO SE HA INCURRIDO EN UN SIMPLE ERROR DE MAQUINA O CALIGRAFICO EN LA FECHA DE UNA SENTENCIA O EN LA CITA DE UNA DISPOSICION LEGAL

Como es sabido, el Código Judicial vigente al reglamentar en el Capítulo VI el recurso de casación, adicionó la Ley 169 de 1896, en el sentido de establecer como motivo de casación el mencionado en el numeral sexto del artículo 520.

Fue propósito del legislador al establecer como nuevo motivo de casación el previsto en el precitado numeral 6º del artículo 520, evitar se dictase fallo definitivo, o que éste llegase a adquirir la fuerza de cosa juzgada, cuando el procedimiento del juicio se hallaba viciado por graves defectos u omisiones.

Pero como reiteradamente lo ha dicho esta Corte, la causal sexta sólo incide en casación, cuando existe incompetencia de jurisdicción, o cuando las personas que han debido ser emplazadas en el juicio, no lo fueron en debida forma, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero en ningún caso tal causal dá margen para casar un fallo cuando se ha incurrido en un simple error de máquina o caligráfico en la fecha de la sentencia recurrida.

Un simple error caligráfico o de máquina en la fecha de la sentencia, como lo ha dicho la Corte repetidas veces, no puede en ningún caso invocarse como motivo de casación. Entre otras sentencias, puede citarse, la dictada por la Sala de Casación con fecha 8 de noviembre de 1923, en la cual dijo la Corte, refiriéndose al error de pluma cometido en la fecha de una diligencia de remate, que tal circunstancia no podía aducirse con fundamento para pedir la nulidad ni del juicio ejecutivo ni del remate. Así como tampoco, el error simplemente caligráfico cometido por el sentenciador en la cita de un artículo legal, puede invocarse como violación de la ley sustantiva, según lo declaró esta misma entidad, en fallo de casación de 15 de diciembre de 1923, G. J., tomo XXX, página 253.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

ANTECEDENTES

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Medellín, por auto de fecha 3 de octubre de 1947, declaró abierto el juicio de sucesión testamentaria de Juan Manuel Gutiérrez, Rivera, declaró como heredero universal a su padre legítimo, Manuel María Gutiérrez y reconoció a la vez a la señora Pastora Echeverri viuda de Gutiérrez, su carácter de cónyuge supérstite.

Efectuada la partición judicial, fue aprobada por el Juzgado, por sentencia de fecha 8 de febrero de 1955, declarándose allí a la vez infundadas las objeciones propuestas. El apoderado del heredero universal, apeló de la citada providencia ante el Tribunal Superior de Medellín, el cual revocó la resolución apelada, ordenando rehacer la partición de conformidad con las normas expuestas en la parte motiva de su fallo que lleva fecha 12 de mayo de 1955 (Folio 15, cuaderno número 4).

Una vez reformada la partición sometióse a la consideración del Juzgado habiendo sido aprobada por auto de fecha 20 de abril de 1956 (Folio 172, cuaderno principal).)

No satisfecho tampoco el apoderado del heredero con lo decidido por el Juez, apeló de la citada providencia ante el Tribunal, y éste por sentencia de fecha 2 de junio de 1956 confirmó lo resuelto por el Juez A-QUO.

Contra la referida sentencia del Tribunal interpuso recurso extraordinario de casación el apo-

derado del heredero universal, el cual procede a resolverse por hallarse debidamente preparado.

LA DEMANDA

Invocando el recurrente la causal sexta del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia por haberse incurrido en la causal de nulidad consagrada en el numeral 3º del artículo 448 de la citada obra.

Para fundamentar su cargo dice así el recurrente:

"Acuso la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín el día dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956), con fundamento en la causal sexta (6ª) del artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, por haberse incurrido en la causal de nulidad consagrada en el numeral tercero del artículo 448 del mismo cuerpo legal, ya que tal nulidad no fue saneada en conformidad con la ley, pues que faltó la citación y emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio en la segunda instancia. Consta de autos, que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, profirió sentencia de segunda instancia con fecha dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956) contra la cual se interpuso en tiempo el recurso de casación, y que con fecha diez y ocho (18) del mismo mes y año, dictó el auto por el cual ordena fijar el negocio en lista por el término legal.

"En las condiciones antes expresadas, aparece sin el mayor esfuerzo demostrado que el Tribunal no cumplió con el trámite legal de rigor, y que por consiguiente, está probada la causal tercera de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial, porque se dictó sentencia con anterioridad a la providencia que anunciaba a las partes que estaban dentro de la oportunidad para sustentar el recurso de apelación, y hacer, en fin, valer sus derechos en la forma que a bien tuviera en acatamiento a las disposiciones de nuestra ley sustantiva y adjetiva, en una palabra, para hacer valer cada uno de sus derechos y atacar las pretensiones de la contraparte.

"En otras palabras: las partes en la segunda instancia, no fueron emplazadas en debida forma, en oportunidad legal, sino extemporáneamente, y como durante la instancia no fue saneada la nulidad de que vengo hablando, hay que convenir en que ella subsiste dentro del proceso, y que el Tribunal no podía dictar sentencia sin sanear tal nulidad por quienes tuvieran derecho y capacidad para ello".

La Corte considera:

Como es sabido, el Código Judicial vigente al reglamentar en el Capítulo VI el recurso de casación, adicionó la Ley 169 de 1896, en el sentido de establecer como motivo de casación el mencionado en el numeral sexto del artículo 520, que es el invocado por el recurrente.

Fue propósito del legislador al establecer como nuevo motivo de casación el previsto en el precitado numeral 6º del artículo 520, evitar se dictase fallo definitivo, o que éste llegase a adquirir la fuerza de cosa juzgada, cuando el procedimiento del juicio se hallaba viciado por graves defectos u omisiones.

Pero como reiteradamente lo ha dicho esta Corte, la causal sexta sólo incide en casación, cuando existe incompetencia de jurisdicción, o cuando las personas que han debido ser emplazadas en el juicio, no lo fueron en debida forma, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero en ningún caso tal causal dá margen para casar un fallo cuando se ha incurrido en un simple error de máquina o caligráfico en la fecha de la sentencia recurrida, que es en resumen, lo acontecido en el caso de autos, como puede evidenciarse revisando el proceso. En efecto; una vez llegado al Tribunal de Medellín el sucesorio de Juan Manuel Gutiérrez para tramitar el recurso de alzada interpuesto por el apoderado del heredero universal contra la sentencia de 20 de abril de 1956, el Tribunal cumpliendo las normas que regulan la tramitación de esta clase de apelaciones, ordenó por auto de fecha 18 de junio de 1956, fijar el negocio en lista por el término de cuatro días, habiéndose tal auto notificado en debida forma. (Folió 1-C. número 5).

Durante el término legal de la fijación en lista, el apoderado de la cónyuge supérstite con fecha 22 de junio de 1956, presentó su alegato de conclusión y a su vez, el apelante presentó el suyo, con fecha 25 de junio de 1956.

Vencido el término de la fijación en lista así lo informó el secretario con fecha 27 de junio de 1956 al Superior, y éste procedió a decidir el recurso, lo cual hizo por medio de sentencia, en la cual, equivocadamente y por simple error de máquina se puso como fecha "dos de junio" en vez de ser dos de julio de mil novecientos cincuenta y seis.

Fácilmente se advierte, que fue un simple error caligráfico, como lo denomina el opositor, pues mal podía tener la sentencia la fecha "dos de

junio" de mil novecientos cincuenta y seis, cuando el auto de fijación en lista, tenía fecha 18 de junio del mismo año.

Pero hay más, la sentencia recurrida en su parte motiva se refiere expresamente al alegato presentado ante el Tribunal por el recurrente, el cual, como se ha dicho, lleva fecha 25 de junio de 1956, de donde se deduce en forma clara e incontrovertible, que lo ocurrido fue, como se dice usualmente un simple error de pluma, con respecto a la fecha de la sentencia, y esta clase de errores, según lo ha dicho la Corte en varios fallos, no pueden en ningún caso invocarse como motivo de casación. Entre otras sentencias, puede citarse, la dictada por la Sala de Casación con fecha 8 de octubre de 1923, en la cual, dijo la Corte, refiriéndose al error de pluma cometido en la fecha de una diligencia de remate, que tal circunstancia no podía aducirse con fundamento para pedir la nulidad ni del juicio ejecutivo ni del remate. Así como tampoco, el error simplemente caligráfico cometido por el sentenciador en la cita de un artículo legal, puede invocarse como violación de la ley sustantiva, según lo declaró la Corte, en fallo de casación de 15 de diciembre de 1923, G. J., Tomo XXX, página 253).

Finalmente, como el recurrente en su demanda de casación no aduce ningún otro motivo fuera del anteriormente expuesto, para acusar el fallo, la Corte no halla ningún fundamento legal para infirmar la sentencia que ha sido objeto del presente recurso.

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia que equivocadamente lleva fecha dos (2) de junio de mil novecientos cincuenta y seis (1956) dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio de sucesión de Juan Manuel Gutiérrez.

Costas a cargo del recurrente.

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

Ignacio Escallón — Julio Gardo Dávila—Arturo Valencia Zea.—José Hernández Arbeláez.—Arturo C. Posada. — Gustavo Fajardo Pinzón, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA A CAUSA DE LA ESTIMACION ERRONEA DEL ACTA DE INSPECCION OCULAR Y DE DICTAMENES PERICIALES DE LA PRIMERA Y SEGUNDA INSTANCIAS.— CADA UNA DE LAS ACTAS DE INSPECCION OCULAR CELEBRADA EN DIAS DISTINTOS DEBE FIRMARSE POR LOS QUE ACTUARON EN ELLA.—REQUISITOS PARA QUE LA INSPECCION OCULAR TENGA PLENO VALOR. — LA IDENTIDAD DEL OBJETO QUE SE REIVINDICA ES UNO DE LOS ELEMENTOS DE ESTA CLASE DE ACCIONES

1. — Esta Corte en varias sentencias ha afirmado que para que una inspección ocular tenga pleno valor es necesario que el terreno o la finca examinados se recorran, se examinen y se reconozcan debidamente. Entre otras debe recordarse la del 7 de diciembre de 1954 (Tomo LXXIX, página 388).

2.—Uno de los elementos esenciales de la acción reivindicatoria es la identidad del objeto reivindicado. Es necesario, por tanto, demostrar que la finca a que se refieren determinados títulos escriturarios coinciden exactamente con la finca o parte de la finca poseída por el demandado o demandados.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I—ANTECEDENTES

Los señores María de Jesús Peñuela, Humberto Peñuela, Leonor Elvira Peñuela H., Carlos Alberto Peñuela H., Héctor M. Peñuela H., José M. Peñuela H., Inés Peñuela H., Víctor M. Peñuela H., Hilda Peñuela H., Adriano Peñuela H., y Ofelia Peñuela H., pidieron al Juez Segundo Civil del Circuito de Bogotá que hiciese las siguientes declaraciones:

1ª—Que son dueños en común de una finca situada en el Municipio de Chipaque, vereda de La Caldera, finca que hace parte de otra llamada La Cabaña, Calderitas y Peñablanca.

2ª—Que se condene a los poseedores actuales de tal finca señores Salomón González, Jorge Celis González, Vicente Celis González, Balbina Celis de Guzmán, Georgina González y Concepción Celis González, a restituír a los demandantes la finca mencionada.

3ª.—Que se condene a los mismos demandados como poseedores de mala fé, a pagar los frutos naturales y civiles del terreno materia de la demanda a partir del 13 de marzo de 1942, fecha desde la cual entraron en posesión de la mencionada finca.

Se alegaron los siguientes hechos:

1º. — Los demandantes adquirieron en común los terrenos llamados La Cabaña, Calderitas y Peñablanca que forman un solo globo de terreno, por adjudicación que se les hizo en el juicio de sucesión del señor Adriano Peñuela S., protocolizado por medio de escritura pública número 2.666 de la Notaría Tercera de Bogotá el 22 de septiembre de 1949 y por los linderos allí indicados.

2º.—El señor Adriano Peñuela S., había adquirido la misma finca de mayor extensión por dación en pago que le hizo el señor Epifanio Ordóñez por medio de escritura número 2.225 de la Notaría Segunda de Bogotá, el 5 de diciembre de 1940.

3º.—La finca materia de reivindicación es parte del terreno determinado en los dos hechos anteriores.

4º.—El señor Roberto Celis Rey ocupó de hecho la finca actualmente poseída por los demandados, y otorgó ante el Notario Segundo de Bogotá la escritura 624 de 13 de marzo de 1942 por medio de la cual transfirió a título de venta a sus hijos (los demandados) por partes iguales, todos y cada uno de los derechos que le correspondan como heredero de su legítimo padre Agustín Celis, dentro del globo de terreno demarcado en la cláusula 1ª de tal escritura, o sea los radicados en el terreno denominado Montecitos, hoy Caba-

ña, en la vereda de la Caldera, jurisdicción del Municipio de Chipaque.

5º. — Los demandados poseen el terreno cuya restitución se pide, desde la fecha de la citada escritura, o sea desde el 13 de marzo de 1942.

El Juez de primera instancia falló el negocio el 28 de mayo de 1955, condenando a los demandados a restituír a los demandantes la finca objeto de reivindicación.

Fundó el Juez su fallo en que el dominio alegado por los demandantes aparecía demostrado con las hijuelas de adjudicación en el juicio de sucesión del señor Adriano Peñuela S., que se formaron en favor de cada uno de ellos; y que la identidad del fundo reivindicatorio se acreditó con lo observado en la diligencia de inspección ocular y examen pericial llevado a cabo en los días 17, 18, 19 de septiembre de 1953. Finalmente, en que se acreditó que los demandados poseen actualmente tal finca.

Apelado el fallo del Juez de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá decidió el asunto por sentencia del 31 de mayo de 1957, confirmando la de primer grado.

* * *

II—DEMANDA DE CASACION

Los demandados interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, a la cual se formulan varios cargos.

Primer cargo.— Violación de la ley sustantiva a causa de la estimación errónea del acta de inspección ocular y del dictamen pericial de la primera instancia.

La sentencia recurrida violó la ley sustantiva a través de errores de hecho y de derecho en la apreciación del acta de inspección ocular y dictamen pericial de la primera instancia y del acta de la inspección y concepto pericial de la segunda instancia.

En lo que se relaciona con la inspección ocular practicada en la primera instancia, afirma el recurrente, que en tal inspección no hubo examen, ni reconocimiento de la finca que se pretendió identificar.

Se agrega, que la referida diligencia, de inspección ocular no reúne los requisitos exigidos por los artículos 724 y 727 del Código Judicial, pues esta prueba tiene por objeto el examen o reconocimiento de cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate; y que para verificarla es necesario el examen y reconocimiento de que se trata; la anotación cuidadosa de las cosas y hechos examinados.

Notoriamente por el acta de que se habla, no se identificó el predio objeto de reivindicación, pues todo se redujo a una lectura de los linderos de la demanda y de los títulos y se concluyó diciendo que correspondían a los de la finca poseída por los demandados, pero no se dice cómo ni por qué.

El recurrente cita en su demanda varias sentencias de esta Corte sobre la forma como debe verificarse una inspección ocular.

En primer término, la sentencia del 31 de julio de 1940 (XLI, página 624), la que advierte que "el acta de la diligencia debe contener la relación pormenorizada y cuidadosa de todos los hechos e incidentes ocurridos en la inspección, como declaraciones de testigos, juramentos, reclamaciones, observaciones sobre uno y otro particular, peticiones de todo orden, manifestaciones orales hechas por los interesados, todo, en fin, lo que haya ocurrido para fijar su recuerdo y facilitar su aprovechamiento para la sentencia".

En segundo término, la sentencia de 21 de agosto de 1935 (XLII, página 375), del ocho de octubre de 1935 (XLIII, página 174, del 24 de octubre de 1940 (L, página 393); de 31 de ocutbre de 1940 (L. página 418); y 22 de agosto de 1941 (LII, página 226), sentencias según las cuales "la prueba adecuada por excelencia para determinar un predio o para demostrar que está comprendido dentro de otro, es la inspección ocular con intervención de peritos, practicada en conciencia, mediante recorrido y examen prolijo de los linderos de uno y otro predio, con vista de los títulos de propiedad respectivos y la consiguiente identificación de tales linderos y de las circunstancias indispensables para adquirir la convicción perfecta de que uno de esos terrenos hace parte del otro o está comprendido dentro de él o no".

En tercer lugar, la sentencia del 5 de septiembre de 1951 (LXX, páginas 404 y 405), según la cual "de las enseñanzas de los artículos 724 y 727 del Código Civil ha deducido la jurisprudencia que dos son los elementos o extremos que deben concurrir en la diligencia de inspección ocular para su completa eficacia probatoria: el examen propio **visu** que hace el Juez, de las cosas objeto de la controversia, y la apreciación y reconocimiento de su estado actual. En tal virtud, el Juez, en el acta en que se haga constar la diligencia correspondiente, debe dejar consignado su concepto, ya directamente, haciendo su-

yo el dicho de los testigos, o aceptando el de los expertos, dado en forma de dictamen, cuando la diligencia se practica en esta última forma".

En cuarto lugar, la sentencia de la Corte del 7 de diciembre de 1954 (LXXIX, página 388), que el recurrente considera que guarda analogías con los puntos que somete en casación a esta Corte.

En aquella sentencia justamente advierte la Corte que no es suficiente en una inspección ocular que el Juez y los peritos se coloquen en un determinado sitio para apreciar desde allí los linderos.

No es suficiente la afirmación escueta de que los linderos que se observan corresponden a los títulos de la demanda, porque el artículo 724 exige un examen personal y propio tanto del Juez como de los peritos. Agrega aquella sentencia que cuando se trate de "linderos de inmuebles mencionados en documentos antiguos, se requiere cerciorarse con algún género de informaciones de personas conocedoras de la región, de la manera como allí se conserva la tradición de los nombres antiguos y de los detalles del terreno que permitan localizar los puntos reconocidos, para que los peritos puedan trazar las líneas que los unen y encierren porciones de terrenos realmente identificables".

Termina el recurrente esta primera parte de su cargo advirtiendo que al aceptar el acta de la inspección de la primera instancia como prueba de la identificación del inmueble, el fallo incurrió en un error de hecho, porque tal acta no incluye ningún dato sobre reconocimiento y examen de los fundos; y también en error de derecho, porque sin haberse hecho examen ni reconocimiento, le atribuyó un valor probatorio que no tiene, según los artículos 724, 728 y 730 del Código Judicial, preceptos que fueron quebrantados por la sentencia del Tribunal.

La segunda parte del primer cargo se refiere al dictamen pericial practicado en la primera instancia y dice el recurrente que dicho dictamen tiene las mismas taras que se anotan para la inspección ocular.

Recuerda la sentencia de esta Corte, del 7 de diciembre de 1954 (LXXIX, página 388), en caso muy parecido al presente: "Con el estudio realizado por los peritos en su dictamen tampoco alcanzan a corregirse los defectos de la inspección ocular, porque aquellos no tuvieron otra base para rendir su informe que la contenida en el reconocimiento del terreno de que dan fé las actas ya estudiadas ... No hubo en tal dictamen pericial examen y reconocimiento como es debido, y por tanto, tampoco hubo peritazgo fundado".

Arguye el recurrente que los peritos afirman que el predio de los demandantes mide aproximadamente 2.500 fanegadas y 600 el de los demandados. Pero no midieron el predio, ni lo identificaron. Dice que el predio de los demandados hace parte del predio de los demandantes, pero tampoco dijeron por qué.

El haberle dado la sentencia al dictamen en referencia pleno valor para probar la identidad del fundo poseído por los demandados, implicó un error de derecho que conllevó a la violación del artículo 722 del C. J.

* * *

Segundo cargo.— Este cargo se hace consistir en violación de la ley sustantiva a causa de errores de hecho y de derecho en la estimación de inspección ocular practicada en la segunda instancia.

Al respecto, anota el recurrente, que el Tribunal negó todo mérito probatorio a tal inspección ocular, por cuanto al haberse verificado en los días 2, 9 y 24 de febrero de 1956, sólo se firmó la última diligencia, habiendo quedado sin firmar las dos primeras. La sentencia del Tribunal sostiene que todas las tres diligencias han debido estar firmadas por quienes en ella intervinieron.

Esta afirmación del Tribunal, dice el recurrente, constituye un error de hecho y de derecho. Sustenta tal afirmación en la siguiente forma:

"No observó el fallo que lo firmado por las personas que concurrieron a la diligencia es una sola acta, una sola narración sin solución de continuidad material. Esto es un error de hecho evidente.

"Al exigir el artículo 727 del Código Judicial que el acta sea firmada por el Juez, los peritos o testigos y las partes que hayan concurrido, se está refiriendo al examen y reconocimiento de que se trata, que es un acto, sea que se empleen en él una sesión o varias sesiones. De los términos de este precepto no se sigue que si la diligencia se lleva más de una sesión, no puede extenderse una sola acta de todas ellas, es decir, de la diligencia que es una...".

"Lo que persigue el artículo 727 es veracidad y autenticidad. El fallo niega todo valor probatorio al acta de la inspección ocular efectuada en la segunda instancia, interpretando erróneamente el artículo 727 del Código Judicial, que

no excluye el caso de que varias sesiones se hagan constar en una sola acta, y viola por tanto, ese mismo precepto".

Agrega el recurrente, que restaurada esta prueba, es evidente que el elemento identidad no existe en este proceso, pues el Juez no pudo identificar el lindero que es objeto de reivindicación.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. — En el presente juicio se practicaron dos inspecciones oculares encaminadas ambas a identificar el predio objeto de reivindicación. La primera, la practicó el Juez de primera instancia y la segunda el de segunda instancia.

En cuanto a la inspección practicada en primera instancia se advierte, en primer lugar, que fuera de la advertencia de que se identificó la finca determinada por los linderos según el hecho primero de la demanda, no hay constancia ninguna de que la finca haya sido recorrida en la extensión de 2.500 fanegadas que se afirma tener; simplemente se dice que los linderos de la finca corresponden a los de la demanda.

Y, finalmente, existe la constancia de que la inspección ocular se practicó en los días 17, 18 y 19 del mes de septiembre de 1953, cuando el encabezamiento dice que la diligencia se practicó el día 17 de septiembre del mismo año.

2. En cuanto a la inspección practicada en la segunda instancia, debe tenerse en cuenta que se practicó el 2, el 9 y el 24 de febrero de 1956. En relación con esta inspección ocular advierte la sentencia del Tribunal:

"Para que el acta de la inspección ocular tenga el valor probatorio que le reconoce el artículo 730 de la misma obra, es necesario que se encuentre consignada y levantada con la observancia de los requisitos prescritos por la ley o sea en la forma de que da cuenta el artículo 727 transcrito, así se trate de que la diligencia de inspección ocular decretada se haya practicado en diferentes días, pues cada una de las actas corresponden al examen llevado a efecto en un día determinado hace "plena prueba respecto de los hechos y circunstacias observados por el Juez" siendo el conjunto de todas esas actas lo que constituye el todo, o sea la diligencia de inspección ocular decretada".

"Tal valor probatorio no se logra, cuando el acta, no se consigna en la forma legal, pues careciendo de las firmas de quienes intervinieron en ella no puede tomarse ni entenderse realizada con la observancia de las formas que la ley prescribe para su validez".

El anterior razonamiento sirvió de guía a la sentencia recurrida para negar validez a la inspección ocular practicada en segunda instancia.

Pero sucede que la inspección ocular practicada en la primera instancia tiene el mismo defecto ya que también fue practicada en tres días diferentes y ha debido, por tanto, cada diligencia quedar debidamente firmada por los que actuaron en ella.

No se explica, pues, por qué la sentencia recurrida niega valor a la inspección practicada en segunda instancia y en cambio dá valor a la practicada en primera instancia.

3. Justamente esta Corte, como lo dice el recurrente, en varias sentencias ha afirmado que para que una inspección ocular tenga pleno valor es necesario que el terreno o la finca examinados se recorran, se examinen y se reconozcan debidamente. Entre otras debe recordarse la del 7 de diciembre de 1954 (T. LXXIX, página 388) de la que se extracta:

"Pasa inmediatamente el acta a relacionar la manera como se identificaron los globos de terreno que integran actualmente la hacienda denominada Caballeriza y Escuela, para lo cual tuvieron en cuenta los linderos que aparecen en la demanda: Por el norte con la finca de Germán Uribe; por el sur con finca de Wenceslao Manrique, por el este, con predio de Germán Uribe y por el occidente, con predio de Wenceslao Manrique y Germán Uribe.

"No se pone en duda que tanto al Tribunal comisionado como a los peritos y demás personal de la diligencia, les hubiera bastado colocarse en la mesa de Guacaró para haber apreciado desde allí los linderos de la antigua hacienda de Caballeriza, tales como los detalla el documento antiguo de donde se tomaron; pero no basta la afirmación escueta de que así se procedió, solamente apoyada en la autoridad de los que la hicieron, porque el artículo 724 del Código Judicial exige como elementos esenciales de la inspección ocular el examen y reconocimiento de cosas o hechos litigiosos relacionados con el debate y es indispensable dejar relatado en el acta la forma como tales, examen y reconocimiento, se efectuaron, pues tratándose de linderos de inmuebles mencionados en documentos antiguos se requiere cerciorarse con algún género de informaciones de personas conocedoras de la región de la manera como allí se conserva la tradición de los nombres antiguos y los detalles del terreno que

permitan localizar puntos reconocidos, para que los peritos puedan trazar las líneas que los unen y encierren porciones de terreno realmente identificables".

Un caso análogo sucede en la inspección practicada en primera instancia, en la que tanto el Juez como los peritos afirman que la finca tiene 2.500 fanegadas, sin que haya constancia alguna de que realmente fuera medida. Tampoco existe constancia de que se haya recorrido y examinado la finca para comprobar si realmente los linderos coinciden o no con los de la demanda; y mucho menos si el terreno ocupado por los demandados se encuentra o no se encuentra dentro de la finca de mayor extensión de los demandantes.

4. Según reiterada jurisprudencia de esta Corte uno de los elementos esenciales de la acción reivindicatoria es la identidad del objeto reivindicado. Es necesario, por tanto, demostrar que la finca a que se refieren determinados títulos escriturarios coinciden exactamente con la finca o parte de la finca poseída por el demandado o demandados. En el presente caso, no se identificó correctamente la finca a que hacen referencia los títulos escriturarios presentados por los demandantes y al no poderse identificar tampoco puede precisarse si la parte de la finca poseída por los demandados hace o no hace parte de la nombrada finca de los demandantes.

Por los motivos anotados prospera el primer cargo formulado a la sentencia recurrida.

Sentencia de instancia.

No encontrándose acreditado uno de los elementos de la acción reivindicatoria o sea la identidad de la finca que es objeto de reivindicación se impone la absolución de los demandados.

FALLO

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Humberto Peñuela y otros contra Salomón Celis González y otros, REVOCA la sentencia de primer grado y en su lugar, DECLARA:

ABSUELVESE a los demandados de todos los cargos de la demanda.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN MATRIMONIO CIVIL CELEBRADO EN EL EXTRANJERO. — LOS COLOMBIANOS PERTENECIENTES A LA RELIGION CATOLICA, SOLO PODRAN CELEBRAR MATRIMONIO CIVIL CUANDO SE HAYAN SEPARADO DE SU RELIGION EN LA FORMA PRESCRITA EN LA LLAMADA "LEY CONCHA", Y SI ASI NO LO HICIEREN, EL MATRIMONIO CELEBRADO QUEDARA AFECTADO DE NULIDAD ABSOLUTA, LA CUAL PODRA SER DECLARADA POR EL JUEZ CIVIL COMPETENTE ANTE QUIEN TAL NULIDAD SEA DEMANDADA. — LA DOCTRINA MAS GENERALIZADA Y ACEPTADA SOSTIENE LA COMPETENCIA DEL PRINCIPIO LOCUS REGIT ACTUM PARA REGIR LAS FORMAS DE CELEBRACION DEL MATRIMONIO. — LA REFORMA INSTITUCIONAL DE 1936, RESTABLECIO A LA CATEGORIA DE CANON CONSTITUCIONAL EL PRINCIPIO DE LA IGUALDAD JURIDICA ENTRE NACIONALES Y EXTRANJEROS, PERO NO CONSAGRO NINGUN PRIVILEGIO O REGIMEN DE EXCEPCION PARA LOS EXTRANJEROS DOMICILIADOS EN COLOMBIA. — ES DISTINTA LA SITUACION JURIDICA DE LOS NATURALES DE COLOMBIA A LA DE LOS EXTRANJEROS RESIDENTES O DOMICILIADOS EN NUESTRO PAIS, CUANDO UNOS U OTROS CELEBRAREN SU MATRIMONIO EN EL EXTERIOR. — LOS CONCEPTOS JURIDICOS QUE OBREN EN AUTOS CARECEN DE VALOR LEGAL EN NUESTRO DERECHO PROBATORIO

1.—El matrimonio civil es una institución jurídica de orden público y las condiciones para celebrarlo, sus efectos legales y causales de su nulidad, se hallan debidamente establecidas en los Títulos IV y V del Libro 1º de nuestro Código Civil y en la Ley 54 de 1924.

Inicialmente, como lo dijo la Corte en sentencia de fecha 31 de mayo de 1947, el matrimonio civil era reconocido y regulado sin tener en cuenta que los contrayentes fuesen o nó católicos. Pero tal situación vino a modificarse a virtud del Concordato celebrado en 1887 entre la Santa Sede y el Estado Colombiano. El artículo 17 de la Ley 35 de 1888 que sancionó el referido Concordato dice así:

"El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

Mas, para obviar los constantes conflictos a que daban lugar los matrimonios regulados por la Ley Civil, y los celebrados de conformidad con el rito católico sobre cuyas causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio, tienen jurisdicción plena y privativa los Tribunales Eclesiásticos (artículo 19 del Concordato), se expidió después de un intercambio de notas diplomáticas cruzadas sobre el particular entre la Santa Sede y el Gobierno de Colombia, la Ley 54 de 1924, cuyos artículos 1º y 2º, son del tenor siguiente:

"Artículo 1º.— No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo XVII del Concordato cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la religión católicas, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del Derecho Canónico.

"Artículo 2º.—La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez Municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato y se expresarán en ella la época en que se separaron de la Iglesia y de la Religión Católica. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el Juez inmediatamente al

Ordinario Eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al Ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva".

Según las normas anteriormente transcritas que son de orden público, como lo es también el artículo XVII del Concordato vigente con la Santa Sede y com lo son en nuestro régimen legal todas las disposiciones referentes al estado civil de las personas, los colombianos pertenecientes a la religión católica, sólo podrán celebrar matrimonio civil cuando se hayan separado de su religión en la forma prescrita en la llamada ley Concha, y si así no lo hicieren, el matrimonio celebrado quedará afectado de nulidad absoluta, la cual podrá ser declarada por el Juez Civil competente, ante quien tal nulidad sea demandada. Esta fue la doctrina que sobre el particular sentó la Corte en su fallo de 31 de mayo de 1947.

2.—En nuestro Código Civil, como lo observa uno de sus más autorizados comentaristas doctor Fernando Vélez se suprimieron los artículos 119, 120 y 121 del Código Civil chileno, referente a la validez de los matrimonios celebrados fuera de la República, pero indirectamente se hallan reconocidos tales matrimonios en el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, cuya realidad jurídica puede acreditarse aduciendo la correspondiente partida, debidamente autenticada, la cual tiene mérito legal al tenor de lo preceptuado en el artículo 382 del citado Código, que le reconoce, en general, validez a las partidas de estado civil cuando éstas reúnan las condiciones requeridas en el lugar donde fueron extendidas.

El precitado artículo 382 consagra el principio "locus regit actum", y fue a través de la mencionada regla, como el sentenciador de Medellín dilucidó el problema planteado en esta litis, y al efecto, dijo en términos que la Corte acoge, lo siguiente:

"La doctrina más generalizada y aceptada sostiene la competencia del principio locus regit actum para regir las formas de celebración del matrimonio. En virtud del mismo es válido el matrimonio cuyas formas se hubiesen sujetado a las prescripciones de la legislación legal (sic). Así lo establece también el artículo 11 del tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, suscrito por Colombia, y el 11 del Tratado de la misma ciudad, de 1940 (artículo 382 del Código Civil).

La tesis expuesta por el Tribunal en los considerandos anteriormente transcritos, es en síntesis, la correcta aplicación de un principio de derecho internacional privado aceptado por la generalidad de los países y que con respecto a Colombia, no sólo se halla establecido en las normas de nuestro derecho civil, sino que ha sido materia de compromisos internacionales, como lo es, entre otros, el tratado del congreso internacional de Montevideo, al cual mandó adherir la Ley 40 de 1933.

3. — El principio de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, no sólo está establecido en el artículo 11 de la Constitución, y los artículos 18 del Código Civil y 57 del C. de R. P. y M., sino que se halla consignado en el Código de Derecho Internacional, expedido por la Sexta Conferencia Panamericana, habiendo tenido el voto favorable de la delegación colombiana.

Más aún, la reforma institucional de 1936, restableció a la categoría de cánon constitucional tal principio, no sólo por estar acorde con las tendencias del derecho contemporáneo, sino por razones de mutua conveniencia internacional y para estimular, como lo dicen, los antecedentes de la enmienda, el comercio internacional.

Pero en ningún caso se estableció allí un privilegio o un régimen de excepción para los extranjeros aquí domiciliados, pues tal cosa no se acomoda a un sistema constitucional como el colombiano, inspirado en amplios principios democráticos y republicanos.

El Estado Colombiano, según se ha dicho, ha situado en un mismo pié de igualdad jurídica a los colombianos y a los extranjeros (artículo 11 de la Constitución Nacional), pero éstos últimos, sean domiciliados o residentes no pueden exigir que nuestros tribunales sobrepasando la órbita de sus funciones jurisdiccionales y procediendo contra el principio de la soberanía de los Estados sobre cuyo fundamental postulado descansa toda la dinámica jurídica del derecho internacional, declaren la nulidad de

los actos o contratos que aquellos extranjeros hubiesen celebrado válidamente, al amparo de las leyes de un país extraño al nuestro.

La tesis que se propugne sobre privilegio o régimen de excepción para los extranjeros aquí domiciliados, no puede prosperar, pues se sentaría un funesto precedente que daría margen a cometer toda suerte de abusos y conflictos en lo relacionado con el matrimonio civil, cuya institución es de orden público; y también podría dar margen a fricciones y divergencias entre los distintos países, cuyas relaciones internacionales deben guiarse con un franco criterio de armonía, de amistad y de mutua cooperación.

Es claro que si un natural de Colombia, perteneciente a la religión católica y hallándose domiciliado o transeúnte en un país extraño, contrajere allí matrimonio civil, violando las normas de la Ley 52 de 1924, tal matrimonio quedaría afectado de nulidad absoluta, pudiendo ser ella declarada por nuestros Tribunales, porque las leyes que forman el estatuto personal, según lo establece el derecho internacional privado, siguen gobernando a los naturales del país en todas partes, y porque además, un claro ordenamiento de nuestro sistema civil, dice al respecto lo siguiente:

"Artículo 19.—Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

"1º.—En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno General, o en asuntos de la competencia de la Unión.

"2º.—En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de la familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

Mas no ocurre lo mismo cuando se trata de un extranjero que hallándose simplemente domiciliado en Colombia resuelve trasladarse libre y espontáneamente a un país extraño para efectuar allí su matrimonio civil, el cual, si se celebra con arreglo a todas las formalidades prescritas en dicho país, es válido y surte efectos en Colombia. Como se ve es distinta la situación jurídica de los naturales de Colombia a la de los extranjeros residentes o domiciliados en nuestro país cuando uno u otros celebraren su matrimonio en el exterior. Esta distinción se halla claramente establecida en el artículo 7º del tratado de derecho internacional, suscrito en Montevideo el 12 de febrero de 1899, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 40 de 1933.

4.—Los conceptos jurídicos que obren en un expediente, carecen de valor legal en nuestro derecho probatorio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juez Primero Civil del Circuito de Medellín, en escrito de fecha 30 de julio de 1951, Herber Schwarz, por medio de apoderado, demandó a la señora Janice Wormser de Schwars, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía y con citación del Agente del Ministerio Público, se decretara la nulidad del matrimonio civil contraído por el actor con la señora Janice Wormser, el 1º de abril de 1949, ante el señor magistrado de Balboa, zona del Canal de Panamá.

En subsidio pidió el actor se declarase que el citado matrimonio no producía efectos en Colombia.

Como hechos fundamentales se afirmaron en el libelo los siguientes:

El demandante vino al país en el mes de septiembre de 1938 y desde 1947 se radicó en la ciudad de Medellín, y pertenece a la religión católica apostólica romana, como lo comprobó aduciendo la correspondiente partida de bautismo.

El 1º de abril de 1949 el señor Schwarz contrajo matrimonio civil en Balboa (zona del Canal) con la señora Janice Wormser, a quien había conocido meses antes en los Estados Unidos. Efectuado el matrimonio y después de haber permanecido los contrayentes ocho días en Barranquilla, se trasladaron a Medellín, ciudad en donde se radicaron.

La señora Janice Wormser, es protestante, y había contraído matrimonio el 9 de julio de 1938 con el señor Leonard Bronner en Havre de Grace, Estado de Maryland, Estados Unidos de Norte América. Posteriormente fue decretado el divorcio de este matrimonio por el Juez del Distrito

del Condado de Washoe, Estado de Nevada, Estados Unidos, el 8 de noviembre de 1944.

Alega el demandante que como el matrimonio civil celebrado en Balboa (Panamá) el 1º de abril de 1949, no se celebró de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 54 de 1924, esto es, con previa apostasía del contrayente católico, tal matrimonio está viciado de nulidad y no produce efectos de ninguna clase por constituír en el fondo, un fraude a las leyes colombianas que regulan el matrimonio civil y que tienen el carácter de orden público.

En derecho fundó su demanda en los artículos 1.233, 6, 15, 16, 18 y demás concordantes del Código Civil, en el artículo 17 del Concordato, Ley 38 de 1888 y finalmente, en los artículos 1 y 2 de la Ley 54 de 1924.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juzgado Primero Civil del circuito de Medellín, por sentencia de fecha 11 de marzo de 1954, desató la litis no accediendo declarar la nulidad impetrada en la demanda, ni accedió a la declación subsidiaria que al efecto hizo el actor.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado del demandante y el Tribunal Superior de Medellín (Sala de Decisión) por sentencia de fecha 29 de marzo de 1956, confirmó la providencia materia del recurso de al zada.

No satisfecho con este fallo el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de casación, el cual procede a decidirse, por hallarse cumplidos todos los trámites legales.

LA DEMANDA DE CASACION

Tres cargos se han formulado contra la sentencia recurrida, los cuales proceden a examinarse en su orden.

Primer cargo.

Acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, se acusa la sentencia, tanto por infracción directa, como por aplicación indebida e interpretación errónea de disposiciones sustantivas, entre las cuales cita el recurrente los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924, artículo XVII del Concordato celebrado con la Santa Sede y artículos 15, 16, 19, 1.519, 1.740 y 1.741 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 50 de 1936.

Para fundamentar su acusación dice así el recurrente en su demanda:

"¿Qué hicieron pues las partes en este juicio? En vez de celebrar un matrimonio civil, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 54 de 1924, esto es, con previa apostasía del contrayente católico, por convenio particular, derogaron las leyes citadas, en que está interesado no sólo el orden público, sino las buenas costumbres del Estado y sus habitantes, y celebraron, en Balboa un matrimonio civil, sin apostasía previa del señor Schwarz, violando así la citada ley, y lo dispuesto en el artículo XVII del Concordato, y realizando desde el punto de vista de la legislación colombiana, un simple concubinato, contrario al orden público del país, y a las buenas costumbres imperantes en el territorio nacional.

"Este matrimonio es, de consiguiente, nulo para Colombia, y el sentenciador, al declararlo válido, violó por infracción directa, lo dispuesto en los artículos 15 y 16 del Código Civil, 18 del mismo cuerpo de leyes; lo mismo que el artículo XVII del Concordato vigente, aprobado por la Ley 35 de 1888, igualmente infringida, y los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924. Al paso violó, por aplicación indebida el artículo 21 del Código Civil, y por interpretación errónea el artículo 18 del propio cuerpo legal. Violó, por infracción directa, además, el artículo 1.519 del Código Civil habida consideración de que el Concordato es tratado público, cuyas normas tiene además, jerarquía de preceptos constitucionales, según la conocida sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia, proferida el 18 de marzo de 1941, y por lo tanto el matrimonio civil solemnizado en Balboa, zona del Canal, de que estos autos se ocupan, en pugna con lo dispuesto en el artículo XVII del Concordato, y con los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924, y las otras disposiciones examinadas del Código Civil tuvo objeto ilícito, y violó el derecho público de la Nación, definido en las disposiciones que se dejan citadas".

La Corte considera:

El matrimonio civil es una institución jurídica de orden público y las condiciones para celebrarlo, sus efectos legales y causales de su nulidad, se hallan debidamente establecidas en los Títulos IV y V del Libro 1º de nuestro Código Civil y en la Ley 54 de 1924.

Inicialmente, como lo dijo la Corte en sentencia de fecha 31 de mayo de 1947, el matrimonio civil era reconocido y regulado sin tener en cuenta que los contrayentes fuesen o nó católicos. Pero tal situación vino a modificarse a virtud del Concordato celebrado en 1887 entre la Santa Sede y el Estado Colombiano. El artículo 17 de la

Ley 35 de 1888 que sancionó el referido Concordato dice así:

"El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuge y sus descendientes sólo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

Mas, para obviar los constantes conflictos a que daban lugar los matrimonios regulados por la ley civil, y los celebrados de conformidad con el rito católico sobre cuyas causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio, tienen jurisdicción plena y privativa los Tribunales Eclesiásticos (artículo 19 del Concordato), se expidió después de un intercambio de notas diplomáticas cruzadas sobre el particular entre la Santa Sede y el Gobierno de Colombia, la Ley 54 de 1924, cuyos artículos 1º y 2º son del tenor siguiente:

"Artículo 1º—No es aplicable la disposición de la primera parte del artículo XVII del Concordato cuando los dos individuos que pretenden contraer matrimonio declaren que se han separado formalmente de la Iglesia y de la religión católicas, siempre que quienes hagan tal declaración no hayan recibido órdenes sagradas, ni sean religiosos que hayan hecho votos solemnes, los que están en todo caso sometidos a las prescripciones del Derecho Canónico.

"Artículo 2º—La declaración de que trata el aparte precedente se hará por escrito, por los dos individuos que pretenden contraer matrimonio, ante el Juez Municipal respectivo, en la solicitud que presenten para la celebración del contrato y se expresarán en ella la época en que se separaron de la Iglesia y de la Religión Católicas. Tal declaración se insertará en el edicto que se debe publicar conforme a la ley; se comunicará por el Juez inmediatamente al Ordinario Eclesiástico respectivo, y la ratificarán los contrayentes en el acto de la celebración del matrimonio, que no se podrá celebrar sino transcurrido un mes desde el día en que la declaración dicha haya sido comunicada oficialmente al Ordinario, dejando constancia de la misma declaración en la diligencia o partida respectiva".

Según las normas anteriormente transcritas que son de orden público, como lo es también el artículo XVII del Concordato vigente con la Santa Sede y como lo son en nuestro régimen legal todas las disposiciones referentes al estado civil de las personas, los colombianos pertenecientes a la religión católica, sólo podrán celebrar matrimonio civil cuando se hayan separado de su religión en la forma prescrita en la llamada ley Concha, y si así no lo hicieren, el matrimonio celebrado quedará afectado de nulidad absoluta, la cual podrá ser declarada por el Juez Civil competente, ante quien tal nulidad sea demandada. Esta fue, en resumen, la doctrina que sobre el particular sentó la Corte en su fallo de 31 de mayo de 1947, a cuyo antecedente jurisprudencial hace referencia el recurrente.

Pero en realidad, la sentencia a que hace referencia el citado fallo, contempla un caso distinto al actual, pues allí se declaró nulo un matrimonio civil celebrado en Colombia por personas colombianas, quienes siendo católicas no se separaron de su credo en la forma establecida en los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924. En el caso de autos, se trata de un matrimonio civil celebrado en el exterior, por un extranjero que se halla simplemente domiciliado en este país, que fue bautizado por los ritos de la Iglesia Católica, y quien contrajo matrimonio con una persona de nacionalidad norteamericana afiliada al protestantismo. Como se advertirá, se trata de dos situaciones jurídicas completamente distintas, por cuya circunstancias, la Corte para dictar su decisión de fondo en este recurso, juzga conveniente hacer las siguientes consideraciones preliminares:

En nuestro Código Civil, como lo observa uno de sus más autorizados comentaristas, doctor Fernando Vélez, se suprimeron los artículos 119, 120 y 121 del Código Civil chileno, referente a la validez de los matrimonios celebrados fuera de la República, pero indirectamente se hallan reconocidos tales matrimonios en el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, cuya realidad jurídica puede acreditarse, como se ha hecho en el presente litigio, aduciendo la correspondiente partida, debidamente autenticada, la cual tiene mérito legal al tenor de lo preceptuado en el artículo 382 del citado Código, que le reconoce, en general, validez a las partidas de estado civil cuando éstas reúnan las condiciones requeridas en el lugar donde fueron extendidas.

El precitado artículo 382, consagra el principio "locus regit actum", y fue a través de la mencionada regla, como el sentenciador de Medellín dilucidó el problema planteado en esta litis, y al efecto, dijo en términos que la Corte acoge, lo siguiente:

"La doctrina más generalizada y aceptada sostiene la competencia del principio **locus regit actum** para regir las formas de celebración del matrimonio. En virtud del mismo es válido el

matrimonio cuyas formas se hubiesen sujetado a las prescripciones de la legislación legal (sic). Así lo establece también el artículo 11 del tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, suscrito por Colombia, y el 11 del Tratado de la misma ciudad, de 1940. (Artículo 382 del Código Civil).

"Hay constancia del matrimonio civil celebrado entre las partes, el que debe presumirse arreglado a la legislación del lugar donde se celebró. Además sobre esto ninguna objeción ha enderezado el accionante".

La tesis expuesta por el Tribunal en los considerandos anteriormente transcritos, en la cual se sustentan principalmente el fallo recurrido, es en síntesis, la correcta aplicación de un principio de derecho internacional privado aceptado por la generalidad de los países y que con respecto a Colombia, no sólo se halla establecido en las normas de nuestro derecho civil, sino que ha sido materia de compromisos internacionales, como lo es entre otros, el tratado del congreso internacional de Montevideo, al cual mandó adherir la Ley 40 de 1933.

Dice el recurrente:

"Conforme al artículo 18 del Código Civil 'La ley es obligatoria tanto a los nacionales, como a los extranjeros residentes en Colombia', principio éste que aparece reproducido, por decirlo así, en el artículo 59 del C. de R. L. y M. —así mismo infringido— cuando impone que 'las leyes obligan a todos los habitantes, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos. Estas dos normas consagradas por las dos disposiciones sustantivas invocadas como infringidas por el Tribunal sentenciador, son lógica y necesaria consecuencia del estatuto contenido en el artículo 11 de la Constitución de la República, que establece que 'los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se conceden a los colombianos', y a contrario sensu, tendrán los mismos deberes, de modo particular, el deber de someterse al imperio de la ley colombiana, hecha obligatoria 'tanto para los nacionales, como a los extranjeros residenes en Colombia', según consagración absoluta hecha por el citado artículo 18 del Código Civil, y el artículo 59 del C. de P. y M.

"El fallo recurrido infringe, directamente viola el artículo 11 de la Constitución y los artículos 18 del Código Civil y 59 del C. P. M., al afirmar que casos como el que estos contemplan, sitúan a ciertos extranjeros residentes en Colombia, en posición de no serles obligatorio el cumplimiento de la ley colombiana, y los autoriza, con aplauso, las medidas ejecutadas en orden a hacer fraude a la legislación civil del país, quebrantando de paso el Concordato, y la inspiración católica que inspiró, creó y mantiene en plena vigencia".

Como se observará, invoca el recurrente el principio de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros que no solamente está establecido en las disposiciones por él citadas, sino que se halla consignado en el código de derecho internacional, expedido por la Sexta Conferencia Panamericana, habiendo tenido el voto favorable de la delagación colombiana.

Más aún, la reforma institucional de 1936, restableció a la categoría de cánon constitucional tal principio, no sólo por estar acorde con las tendencias del derecho contemporáneo, sino por razones de mutua conveniencia internacional y para estimular, como lo dicen los antecedentes de la enmienda, el comercio internacional.

Pero en ningún caso se estableció allí un prinvilegio o un régimen de excepción para los extranjeros aquí domiciliados, pues tal cosa no se acomoda a un sistema constitucional como el colombiano, inspirado en amplios principios democráticos y republicanos.

El Estado Colombiano, según se ha dicho, ha situado en sus instituciones en un mismo pié de igualdad jurídica a los colombianos y a los extranjeros (artículo 11 de la Constitución Nacional), pero estos últimos, sean domiciliados o residentes no pueden exigir que nuestros Tribunales sobrepasando la órbita de sus funciones jurisdiccionales y procediendo contra el principio de la soberanía de los Estados sobre cuyo fundamental postulado descansa toda la dinánima jurídica del derecho internacional, declaren la nulidad de los actos o contratos que aquellos extranjeros hubiesen celebrado válidamente, como ocurre en el caso de autos, al amparo de las leyes de un país extraño al nuestro.

De prosperar en este recurso la tesis propugnada por el recurrente, se sentaría un funesto precedente que daría margen a cometer toda suerte de abusos y conflictos en lo relacionado con el matrimonio civil, cuya institución es de orden público; y también podría dar margen á fricciones y divergencias entre los distintos países, cuyas relaciones internacionales deben guiarse con un franco criterio de armonía, de amistad y de mutua cooperación.

Es claro, que si un natural de Colombia, perteneciente a la religión católica y hallándose do-

miciliado o transeúnte en un país extraño, contrajere allí matrimonio civil, violando las normas de la Ley 52 de 1924, tal matrimonio quedaría afectado de nulidad absoluta, pudiendo ser ella declarada por nuestros Tribunales, porque las leyes que forman el estatuto personal, según lo establece el derecho internacional privado, siguen gobernando a los naturales del país en todas partes, y porque además, un claro ordenamiento de nuestro sistema civil dice al respecto lo siguiente:

"Artículo 19.—Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

"1º—En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno General, o en asuntos de la competencia de la Unión.

"2º.—En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de la familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

Mas no ocurre lo mismo, cuando como en el presente caso, se trata de un extranjero que hallándose simplemente domicilado en Colombia resuelve trasladarse libre y espontáneamente a un país extraño para efectuar allí su matrimonio civil, el cual, si se celebra con arreglo a todas las formalidades prescritas en dicho país, es válido y surte efectos en Colombia. Como se ve, es distinta la situación jurídica de los naturales de Colombia a la de los extranjeros residentes o domiciliados en nuestro país cuando unos u otros celebraren su matrimonio en el exterior. Esta distinción se halla claramente establecida en el artículo 7º del tratado de derecho internacional, suscrito en Montevideo el 12 de febrero de 1899, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 40 de 1933. Dice así el referido artículo:

"El matrimonio celebrado en el país extranjero en conformidad a sus leyes o las leyes de la otra nación signataria, surtirá en la República los mismos efectos civiles que si se hubieren celebrado en ella. Sin embargo, si un natural contrajera matrimonio en la otra nación, contraviniendo de algún modo las leyes de su país, la contravención surtirá en éste, los mismos efectos que si se hubiere cometido en él".

Dice además el recurrente, que constituyendo el matrimonio civil celebrado en Panamá por el demandante y la demandada, un fraude a la ley colombiana, debe anularse de conformidad con lo establecido en los artículos 1.740 y 1.741 del Código Civil.

Al respecto observa la Corte:

En primer término, como lo dijo en la motivación de su fallo el sentenciador de Medellín, el fraude a la ley no lo comprobó el actor durante la secuela del juicio y en segundo término, sólo puede hacer fraude a la ley quien se halla sometido a ella.

No hubo, pues, por parte del Tribunal infracción directa, aplicación indebida, ni interpretación errónea de los artículos 6, 15, 16, 18, 19, 21, 1.519 del Código Civil, ni de los artículos 1.740 y 1.741 ibídem, así como tampoco aparecen infringidos en forma alguna los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1924, ni el artículo XVII del Concordato celebrado con la Santa Sede, ni menos aún puede acusarse el fallo por violación del artículo 11 de la carta fundamental, ya que los preceptos legales dictados en desarrollo de dicha norma fueron, como se ha dicho, correctamente aplicados por el sentenciador al caso sub-lite.

Por todas las consideraciones anteriormente expuestas, se declara improcedente el cargo que ha sido examinado.

Segundo cargo.

Lo formula así el recurrente:

"Acuso la sentencia recurrida, que es la misma dictada por el Tribunal Superior de Medellín, el 9 de marzo de 1956, por la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, por ser violatoria de la ley sustantiva, a causa de falta de apreciación de determinadas pruebas, a lo cual llegó el Tribunal sentenciador por error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, como paso a demostrarlo, y a través de ese manifiesto error de hecho, infringió los ordenamientos sustantivos, que indicaré en el curso de este segundo cargo".

Para sustentar su cargo dice el recurrente, que el sentenciador ignoró el testimonio del eminente canonista, profesor Leopoldo Uprimny, que obra a los autos del juicio.

La Corte considera:

Ciertamente el sentenciador de Medellín no hizo la calificación en lo que respecta a la declaración rendida por el señor profesor Uprimny, la cual obra al folio 13 del cuaderno de pruebas de la parte demandante. Mas tal reparo no dá margen para casar la sentencia, pues la aludida declaración es en el fondo un concepto jurídico, y tal clase de conceptos carecen de valor legal en nuestro derecho probatorio. Así, pues, carece

de fundamento el cargo por error de hecho formulado por el recurrente. Basta lo dicho para declarar improcedente el referido cargo.

Tercer cargo.

Lo formula así el recurrente:

"Acuso la sentencia dictada por el H. Tribunal Superior de Medellín, el nueve de marzo último, en el ordinario de la referencia dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por ser la tal sentencia violatoria de la ley sustantiva, por falta de apreciación de determinadas pruebas, a lo cual llegó el sentenciador a causa de un error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, como paso a demostrarlo.

"En el libelo demandador y su corrección, hice el cargo de que el matrimonio civil cumplido en Balboa, Zona del Canal, entre Herbert Schwarz y Janice Wormser, no podía producir efectos civiles en Colombia, y era inválido, en absoluto, debido a la circunstancia de que la contrayente había solemnizado en los Estados Unidos de Norteamérica un matrimonio anterior, con el señor don Leonardo Bronner, que fue disuelto en el mismo país, mediante sentencia de divorcio vincular, pero que la legislación colombiana expresamente no reconoce.

"Por el motivo fundamental que acabo de enunciar, la sentencia recurrida viola el artículo 140, ord. 12º del Código Civil y los artículos 782, 786 y 799 del Código Judicial, en razón de que la contrayente casó en los Estados Unidos, antes que con el señor Herbert Schwarz, con Mr. Leonard Bronner.

"El error de hecho cometido por el H. Tribunal, en el fallo recurrido, consiste en que dejó de estimar la copia legalizada y protocolada en Notaría Pública, en la cual copia obra la partida del primitivo matrimonio de la contrayente con Mr. Leonard Bronner, y la sentencia de divorcio del mismo matrimonio, visible a folios 68, 69 y 70 del cuaderno principal, y que se acompañó a la corrección de la demanda.

"Si el H. Tribunal hubiera estimado esta prueba fundamental, arrimada al expediente con todas las formalidades procedimentales de rigor, habría tenido que declarar la nulidad del matrimonio contraído por Herbert Schwarz y Janice Wormser en Balboa, Zona del Canal, y sin ningún efecto, como está imperativamente por el artículo 140 del Código Civil, por estar contemplado el caso en el ordinal 12º del citado artículo, y habría dado aplicación a los artículos 782, 786 y 791 del Código Judicial".

La Corte considera:

El actor del juicio al impetrar en su demanda la nulidad del matrimonio civil, a que este proceso se refiere, alegó como hecho fundamental el haberse efectuado, contraviniendo a lo dispuesto en la denominada ley Concha, la cual, según se afirmó en el libelo, estaba obligado a cumplir el demandante como vecino que era de Medellín. Ciertamente el actor corrigió posteriormente su demanda, pero el planteamiento inicial del litigio quedó vigente y fue ciñéndose a los términos de la demanda, como los Jueces de fondo, en cumplimiento de la ley abordaron el estudio y solución del problema planteado.

En cuanto a las pruebas a que hace alusión el recurrente, no tienen relación alguna procesal con el punto de derecho materia de esta controversia, así como extraño a ella es lo relacionado con el matrimonio primitivamente celebrado por la demandada con el señor Leonard Bronner, y de ahí que el sentenciador no hubiese efectuado el examen de rigor sobre una prueba ajena al problema debatido, y sin incidencia alguna en las conclusiones del fallo.

Finalmente, cabe advertir, que toda la fundamentación de la sentencia recurrida descansa en una serie de razonamientos de derecho que la Corte comparte y que no fueron, en ningún momento rebatidos con eficacia en el recurso de casación. Se declara, pues, improcedente el cargo a que se ha hecho referencia.

FALLO:

En mérito de las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve (9) de marzo de mil novecientos cincuenta y seis (1956), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario seguido por Herbert Schwarz contra Janice Wormser de Schwarz.

No hay costas, por no haberse causado.

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

Ignacio Escallón.—Julio Pardo Dávila.—Arturo Valencia Zea.—José Hernández Arbeláez.—Arturo C. Posada.—Hernando Morales, Conjuez.— Jorge Soto Soto, Secretario.

EL DERECHO REAL DE HIPOTECA NO SUFRE MENOSCABO ALGUNO POR EL EMBARGO DE LA FINCA GRAVADA, DECRETADO EN JUICIO EJECUTIVO CON ACCION SIMPLE MENTE PERSONAL

Ni el remate por sí solo ni menos aún el embargo en juicio ejecutivo con acción personal pueden figurar como causas destinadas a extinguir el derecho real de hipoteca. Ni directa ni indirectamente habrían de producir ese resultado sin desconocer los derechos de persecución y de preferencia como atributos esenciales que se predican frente a toda persona en beneficio del acreedor con garantía real.

El gravamen hipotecario es perseguible erga omnes, incluso frente al tercero que haya adquirido la finca respectiva en pública subasta ordenada por el Juez, si no hubo para el acreedor hipotecario la competente citación personal en el proceso, como salvaguarda de su derecho preferencial a ser cubierto sobre el precio del remate. Ahora bien: el embargo decretado en juicio ejecutivo con acción personal, menos puede hacer ineficaces las prerrogativas del acreedor hipotecario, cuando es claro que vendrían a ser aniquiladas si se entendiera que ese mismo embargo fuese inductivo de nulidad absoluta por objeto ilícito del remate con que finalizara el ejercicio de la acción real hipotecaria.

Sucede a la inversa: ante las ventajas envueltas por los derechos de persecución y de preferencia que asisten al acreedor con garantía específica, cede el embargo decretado en juicio con acción personal y se abre paso con plena validez a la venta judicial de la hipoteca para cubrir primeramente al acreedor que ejerce la acción real, con lo que se llenan los fines de interés común anexos a la firmeza y desarrollo del crédito hipotecario.

Es así como la regla del artículo 201 de la antigua Ley 105 de 1890, acerca de que "embargada una finca en un juicio, es prohibido embargarla en uno diferente mientras subsista el embargo primitivo, y si se embargare, es nulo ipso jure el último embargo", a que corresponde hoy el artículo 1013 del Código Judicial, que prevé cómo "embargada una cosa en un juicio, no es embargable en otro, y, en consecuencia, si se trata de inmuebles, el Registrador debe abstenerse de anotar el segundo embargo", ha sido hecha para gobernar la ejecución forzosa de los créditos personales sin garantía específica y sometidos por ello en igualdad de rango a la ley del prorrateo sobre la prenda común de los acreedores quirografarios integrada en general por el patrimonio del deudor.

Pero como el gravamen real hipotecario desde el día de su constitución contiene no sólo el derecho de persecución frente a todo el mundo, sino también y en los mismos términos el derecho de venta para la satisfacción preferente del crédito así garantizado, ningún género de embargo en juicio para hacer efectivo un crédito simplemente quirografario tendrá aptitud jurídica para extinguir, menoscabar o en alguna forma hacer nugatoria la garantía real constituída por medios adecuados en derecho cuando la finca se encontraba libre de todo embargo judicial.

Si aún en el supuesto del remate en juicio ejecutivo con acción personal el adquirente de la finca habría de recibirla con el gravamen hipotecario preexistente, a menos de citación personal del respectivo acreedor para ser cubierto sobre el precio del remate (2.452 del Código Civil), con mayor fuerza aún es de ineludible cumplimiento el principio de que el simple embargo con acción personal de la cosa hipotecada, carece de mérito para despojar al acreedor con hipoteca preexistente del derecho de conseguir el pago a través de la acción persecutoria que conduzca válidamente al remate de los bienes hipotecados. El embargo anterior de la cosa hipotecada no será nulo, pero su eficacia en derecho se limita al remanente que pudiere quedar sobre el precio de la

venta judicial una vez desinteresado el acreedor hipotecario.

Antes que cualquiera regla procedimental, las instituciones civiles —en función de las cuales los ritos existen— organizan los derechos patrimoniales y marcan las diferencias profundas entre créditos simples o quirografarios y créditos con garantía real o específica. De lo cual se desprende, además, que carecería de fundamento en derecho el Registrador que pretendiera abstenerse de registrar el remate en juicio con base en hipoteca, a pretexto de embargo que se hubiera decretado en juicio con acción simplemente personal.

Se explica entonces que conforme al artículo 1.198 del Código Judicial el embargo y secuestro decretados en juicio hipotecario pongan fin a los efectuados en juicio ejecutivo común. Y si bien esta norma en concreto no entró a regir sino desde el 1º de enero de 1932, no es posible olvidar que hasta la misma fecha estaba en vigor el artículo 11 de la Ley 105 de 1928, de contenido equivalente, a saber:

"Artículo 11.— El embargo y secuestro decretados conforme a esta ley pone fin, respectivamente, a los efectuados en juicio ejecutivo con acción personal.

"Si el juicio ejecutivo iniciado con acción real finalizare por cualquier causa legal antes de verificarse la venta, o adjudicación de los bienes, subsistirán los embargos hechos con acción personal".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, noviembre doce (12) de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Por escritura pública 281 otorgada en la Notaría Segunda de Medellín el 19 de enero de 1929 el demandante Eduardo Lema V. adquirió la tercera parte proindiviso de un solar ubicado en el Barrio de El Salvador de la misma ciudad, sobre el que ya pesaba hipoteca constituída a favor de la Mutualidad Nacional con fecha 11 de octubre de 1927 por escritura 2.570, Notaría Tercera de dicho Circuito, inmueble que fue objeto del remate perseguido en ejercicio de la acción real hipotecaria y efectuado por el Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín en ejecución promovida por la Mutualidad Nacional contra Antonio J. López, Antonio Valencia Z., Eduardo Lema V., y Jesús A. Monsalve.

Mas como sucediera que en juicio ejecutivo con acción perrsonal de María Luisa Gregory contra Eduardo Lema V. se decretara el embargo de la tercera parte proindiviso de aquel solar, con inscripción efectuada el 7 de febrero de 1930, ha pedido Lema V. como actor en la demanda inicial del presente juicio que se declare la nulidad del aludido remate por cuanto hace a su tercera parte sobre el inmueble, o, en subsidio, la nulidad de la ejecución, e hizo además las consecuenciales súplicas restitutorias. Citó al debate tanto a la Mutualidad Nacional e Iván Cano R., como a Deyanira Restrepo de Mesa, cónyuge sobreviviente de Emilio Mesa, y a sus hijos Ana Lucía de Jesús, Antonio, Emilio, Jesús Emilio, Jorge, Luis Eduardo, María Magdalena, Angela Deyanira, María del Socorro y Francisco Darío Mesa Restrepo como herederos y causahabientes en parte de lo adquirido por la Mutualidad Nacional en el remate impugnado.

El planteamiento fue hecho con base en que al efectuarse el remate estaba vigente el embargo registrado el 7 de febrero de 1930, lo que envolvía nulidad ipso iure del ulterior embargo (201, Ley 105 de 1890; 1.740, Código Civil), así como también ineficacia absoluta de la venta en almoneda pública, en fuerza de haber objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas, a menos que el Juez la autorice o el acreedor consienta en ello.

El 24 de abril de 1956 terminó el primer grado del proceso por sentencia absolutoria del Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín, proveído de fondo que el Tribunal Superior de aquel Distrito Judicial confirmó en todas sus partes al decidir en 13 de octubre de 1956 sobre el recurso de alzada interpuesto por el actor.

LA IMPUGNACION

Cumple ahora a la Corte resolver sobre el recurso de casación propuesto por el actor con base en la causal 1ª, artículo 520 del Código Judicial.

Estriba la acusación en que la tercera parte de propiedad de Lema sobre el solar de que se trata, estaba embargada según registro del 7 de febrero de 1930, sin cancelar y por consecuencia vigente al tenor de certificaciones del Registro expedidas en 27 de septiembre de 1951 y 24 de noviembre de 1953, anexas a la demanda inicial, y, por lo mismo, igualmente vigente el embargo

el 13 de octubre y el 26 de noviembre de 1931, como fechas del remate y de su registro respectivamente. Por lo cual se lee en la impugnación:

"....Cuando se operó la venta en el Juzgado Cuarto del Circuito de Medellín, mediante subasta pública, y cuando se registró el acta de remate en la oficina respectiva, de todo el inmueble, la cuota de tercia, del dominio de don Eduardo Lema V., estaba fuera del comercio, por lo cual, así la venta, como el registro de ella, tuvieron la afección que produce el objeto ilícito, causa de nulidad absoluta de actos y contratos cumplidos en la forma y términos relatados en este numeral y los anteriores, de conformidad con los artículos 1.502, 1.521, ordinal 3º, en relación a los artículos 1.740 y 1.741, todos del Código Civil, en relación con el artículo 38 de la Ley 57 de 1887, 201 de la Ley 105 de 1890, 1.013 del Código Judicial y 2º de la Ley 50 de 1936".

La demanda de casación examina detenidamente el acervo probatorio con el propósito de respaldar su aserto e impugnar la sentencia "por error de derecho, que aparece de manifiesto en los autos, en la apreciación de la prueba constituída por el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín, de fecha 27 de septiembre de 1951, que obra a folios de cuaderno número 1 (sic), según el cual el embargo de la tercera parte del inmueble, materia del litigio, fue inscrito bajo el número 20, el 7 de febrero de 1930, y continuaba vigente el 27 de septiembre de 1951". Y continúa:

"A causa del error de derecho, cometido por el sentenciador, en la apreciación errónea de esta prueba, infringió la norma sustantiva contenida en el artículo 632 del Código Judicial, 630 ibídem y 635 que confieren a este instrumento público, valor de plena prueba, y a través de este error de derecho, el propio sentenciador, infringió los artículos 1.521, ordinal 3º, del Código Civil, lo mismo que los artículos 1.740, 1.741, 1.502 del mismo cuerpo legal, y el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, por falta de aplicación, o aplicación indebida al caso del pleito, siendo aplicables".

Desarrolla la acusación y dice más adelante:

"Del certificado del Registrador..... aparece que (el embargo) se registró bajo el número 20, el 7 de febrero de 1930, y que estaba vigente el 27 de septiembre de 1951. Si se inscribió el 7 de febrero de 1930 y estaba vigente el 27 de septiembre de 1951, es claro de toda claridad, que lo estuvo durante todo el tiempo intermedio entre la fecha de la inscripción, 1930, y la expedición del certificado, 1951, o sea en la fecha del remate, 13 de octubre de 1931. Más claro: agua de espléndido filtro. Si alguien nació el 7 de febrero de 1930 y tal hecho aparece demostrado con plenitud, al paso que se ha demostrado que idéntico alguien estaba vivo el 27 de septiembre de 1951, no es preciso demostrar, por ser verdad evidente, que idéntico alguien estaba igualmente vivo el 13 de octubre de 1931".

Por otro aspecto la crítica se encamina a demostrar que el ejercicio de la acción hipotecaria no vuelve inoperante el embargo decretado en juicio ejecutivo con acción personal, por cuanto en sentir del recurrente "no es cierto que un embargo prime o prevalezca sobre otro embargo, cuando lo verdadero es que está vedado inscribir número plural de embargos sobre el mismo idéntico bien. Grave y nuevo yerro de derecho cometido por el fallador —agrega—. Otra cosa muy distinta es el fenómeno consagrado por la ley, consistente en que a favor del que tiene a su favor (sic) la acción de venta o adjudicación de bienes hipotecados, o la ejecutiva con acción real, pueda demandar y obtener, la orden cancelatoria del embargo producido en ejecutivo con acción personal, para que cuando éste se cancele, y no antes, se registre el decretado en la ejecución con acción real, o acción de venta. Pero en ningún caso, habrá dos embargos registrados, en que uno sea de mejor familia que otro".

Añade que cuando se verificó el remate en 13 de octubre de 1931 no regía el artículo 1.198 del Código Judicial (Ley 105 de 1931), como tampoco cuando fue registrado ese acto el 26 de noviembre del mismo año de 1931, desde luego que conforme al texto de la propia Ley 105 su vigencia no empezó sino a partir del 1º de enero de 1932. De donde desprende que el sentenciador erró de derecho con violación de ley sustantiva consistente en indebida aplicación del citado artículo 1.198 del Código Judicial.

Cuanto a la súplica subsidiaria sobre nulidad del juicio en que el remate fue consumado, dice el recurrente que no era necesario demandar a las otras personas que figuraron como partes en aquel proceso, cosa que el sentenciador echó de menos, por cuanto el recurrente considera que la nulidad habría de limitarse a la tercera parte del inmueble como pertenencia del actor Eduardo Lema V.

Se detiene en seguida a considerar lo tocante a la prescripción ordinaria que, en conformidad con los motivos del fallo, asistiría a los demandados en el presente litigio, supuesto que se hallaran probados los hechos en que la acción se

funda. Estima el recurrente que por haber objeto ilícito y consecuencial nulidad absoluta del remate a virtud del embargo previo en otro juicio, no es susceptible de saneamiento el vicio si no es por prescripción extraordinaria. Aduce además que el inmueble rematado estaba fuera del comercio por consecuencia del embargo, de lo cual desprende la imposibilidad de prescripción según el artículo 2.518 del Código Civil, que también estima violado.

A continuación se refiere la demanda a la necesidad en que estuvo el sentenciador de declarar oficiosamente la nulidad del remate por ser ostensible en el certificado de registro la previa existencia del embargo decretado en otro proceso.

Vuelve en seguida sobre el punto concerniente a saber que la prescripción ordinaria no ha podido consumarse en ausencia de justo título, por no serlo el que adolece de nulidad absoluta derivada de objeto ilícito. Trae al respecto numerosas citas doctrinales y se concreta así:

"De modo que desde las más antiguas doctrinas de nuestra H. Corte, hasta las más recientes, han precisado que todo traslado de dominio de bien raíz, o cuota, trabado por decreto judicial de embargo, adolece de ilicitud insaneable, que hace nulo el acto o contrato, y su tradición por el registro, a menos que haya precedido autorización del Juez que decretó el embargo, o permiso del acreedor. En el caso que los autos contemplan, ya se ha visto, el remate de 13 de junio (sic) de 1931 en el Juzgado Cuarto se efectuó estando la tercera del inmueble rematado, inscrito bajo el número 20, desde el 7 de febrero de 1930, por comunicación del Juez Tercero del mismo Circuito, y los registros se hicieron en noviembre de 1931, y en 1934, estando siempre vigente el embargo. Estos extremos los acepta la parte pasiva de la acción, a lo largo del juicio, y en momento alguno excepcionó encaminado a decir que hubiese mediado autorización judicial, o permiso del ejecutante, o que se hubiera cancelado la obligación u obligaciones principales, que por ese medio se pretendió efectivar. Este medio defensivo, de que la parte demandada no se valió, tendió a ser opuesto por el sentenciador sin asidero en la relación procesal".

Hace por último consideraciones sobre prosperidad de las súplicas consecuenciales restitutorias del libelo inicial y sobre inaplicabilidad de la Ley 105 de 1931 (artículo 1.198); determina las normas que estima violadas por el sentenciador, y formula un segundo cargo vinculado también a la causal primera con esta sustentación:

"La sentencia impugnada incurrió en un error de hecho, que aparece de manifiesto en los autos, a través del cual violó numerosas normas legales sustantivas, que indicaré en la parte final. Ese error de hecho consiste en que el sentenciador, ignoró de hecho, el certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Medellín... visible a folios 24 y vuelto del cuaderno principal, acompañado a la demanda.

"El Tribunal ignoró esa prueba, no supo que obraba en autos, dijo expresamente que no existía otra distinta a la certificación al respecto de folios 6. De haberla tenido en cuenta, habría decidido con fundamento en ella". Y termina en el sentido de que por no haberlo hecho así, el sentenciador cometió un error de derecho que lo condujo a la violación de numerosos textos señalados por el recurrente.

SE CONSIDERA:

Ni el remate por si solo ni menos aún el embargo en juicio ejecutivo con acción personal pueden figurar como causas destinadas a extinguir el derecho real de hipoteca. Ni directa ni indirectamente habrían de producir ese resultado sin desconocer los derechos de **persecución** y de **preferencia** como atributos esenciales que se predican frente a toda persona en beneficio del acreedor con garantía real.

El gravamen hipotecario es perseguible **erga omnes**, incluso frente al tercero que haya adquirido la finca respectiva en pública subasta ordenada por el Juez, si no hubo para el acreedor hipotecario la competente citación personal en el proceso, como salvaguarda de su derecho preferencial a ser cubierto sobre el precio del remate. Ahora bien: el embargo decretado en juicio ejecutivo con acción personal, menos puede hacer ineficaces las prerrogativas del acreedor hipotecario, cuando es claro que vendrían a ser aniquiladas si se entendiera que ese mismo embargo fuese inductivo de nulidad absoluta por objeto ilícito del remate con que finalizara el ejercicio de la acción real hipotecaria.

Sucede a la inversa: ante las ventajas envueltas por los derechos de persecución y de preferencia que asisten al acreedor con garantía específica, cede el embargo decretado en juicio con acción personal y se abre paso con plena validez a la venta judicial de la hipoteca para cubrir primeramente al acreedor que ejerce la acción

real, con lo que se llenan los fines de interés común anexos a la firmeza y desarrollo del crédito hipotecario.

Es así como la regla del artículo 201 de la antigua Ley 105 de 1890, acerca de que "embargada una finca en un juicio, es prohibido embargarla en uno diferente mientras subsista el embargo primitivo, y si se embargare, es nulo **ipso iure** el último embargo", a que corresponde hoy el artículo 1.013 del Código Judicial, que prevé cómo "embargada una cosa en un juicio, no es embargable en otro, y, en consecuencia, si se trata de inmuebles, el Registrador debe abstenerse de anotar el segundo embargo", ha sido hecha para gobernar la ejecución forzosa de los créditos personales sin garantía específica y sometidos por ello en igualdad de rango a la ley del prorrateo sobre la prenda común de los acreedores quirografarios integrada ne general por el patrimonio del deudor.

Pero como el gravamen real hipotecario desde el día de su constitución contiene no sólo el derecho de persecución frente a todo el mundo, sino también y en los mismos términos el derecho de venta para la satisfacción preferente del crédito así garantizado, ningún género de embargo en juicio para hacer efectivo un crédito simplemente quirografario tendrá aptitud jurídica para extinguir, menoscabar o en alguna forma hacer nugatoria la garantía real constituída por medios adecuados en derecho cuando la finca se encontraba libre de todo embargo judicial.

Si aún en el supuesto del remate en juicio ejecutivo con acción personal el adquirente de la finca habría de recibirla con el gravamen hipotecario preexistente, a menos de citación personal del respectivo acreedor para ser cubierto sobre el precio del remate (2.452 del Código Civil), con mayor fuerza aún es de ineludible cumplimiento el principio de que el simple embargo con acción personal de la cosa hipotecada, carece de mérito para despojar al acreedor con hipoteca preexistente del derecho de conseguir el pago a través de la acción persecutoria que conduzca válidamente al remate de los bienes hipotecados. El embargo anterior de la cosa hipotecada no será nulo, pero su eficacia en derecho se limita al remanente que pudiere quedar sobre el precio de la venta judicial una vez desinteresado el acreedor hipotecario.

Antes que cualquiera regla procedimental, las instituciones civiles —en función de las cuales los ritos existen— organizan los derechos patrimoniales y marcan las diferencias profundas entre créditos simples o quirografarios y créditos con garantía real o específica. De lo cual se desprende, además, que carecería de fundamento en derecho el Registrador que pretendiera abstenerse de registrar el remate en juicio con base en hipoteca, a pretexto de embargo que se hubiera decretado en juicio con acción simplemente personal.

Se explica entonces que conforme al artículo 1.198 del Código Judicial el embargo y secuestro decretados en juicio hipotecario pongan fin a los efectuados en juicio ejecutivo común. Y si bien esta norma en concreto no entró a regir sino desde el 1º de enero de 1932; no es posible olvidar que hasta la misma fecha estaba en vigor el artículo 11 de la Ley 108 de 1928, de contenido equivalente a saber:

"Art. 11.—El embargo y secuestro decretados conforme a esta ley pone fin, respectivamente, a los efectuados en juicio ejecutivo con acción personal.

"Si el juicio ejecutivo iniciado con acción real finalizare por cualquier causa legal antes de verificarse la venta, o adjudicación de los bienes, subsistirán los embargos hechos con acción personal".

Si, pues, con el remate impugnado concluyó el ejercicio de la acción real hipotecaria por parte de la Mutualidad Nacional, que tenía los derechos de persecución y de preferencia para obtener el pago de su crédito con el precio de venta o con la adjudicación de la hipoteca, en su caso, no hay duda de que los cargos formulados en casación carecen de poder infirmatorio, aunque los motivos del sentenciador presentaran algunos aspectos deficientes.

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 13 de octubre de 1956 proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

DIFERENCIA ENTRE EL ERROR DE HECHO Y EL DE DERECHO EN LA APRECIACION DE PRUEBAS. — EN UN MISMO CARGO NO PUEDEN INVOLUCRARSE LA VIOLACION DIRECTA Y LA VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY.--CAUSAL 2ª

1.—El error de derecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen se les da un valor que la ley no les reconoce, o cuando se les niega el que ésta les atribuye. Es indispensable, por tanto, que en la estimación de tales medios de juicio, haya habido un quebrantamiento de las normas legales que la establecen y valoran, las cuales deben indicarse para que el recurso prospere (Artículos 520, 1º inciso segundo, 531 del Código Judicial).

El error de hecho estriba en que el fallador haya dado como demostrado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba actuante en el proceso que establece que ese hecho no existió, o en que lo haya tenido como probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un elemento informativo que demuestre evidentemente que sí existió.

Pero el error de hecho en la apreciación de la prueba ,según repetida doctrina de la Corte, además de alegarlo el recurrente, debe demostrar que aparece de modo manifiesto en los autos, pues sólo en este caso excepcional puede ser modificada tal apreciación en el recurso extraordinario.

2.—Cuando el recurrente formula el cargo por error de hecho o manera equivocada de apreciar la prueba sobre la mala fé, y luégo al concretarlo dice que la sentencia violó directamente los artículos 768, 769 y 1.515 del Código Civil, la tacha es contradictoria, porque, o hubo un error de hecho en la apreciación de la prueba y una violación indirecta de la ley sustantiva por consecuencia de aquél, o una violación directa, pero no las dos al mismo tiempo.

Si el Tribunal le dio el valor de plena prueba sobre la mala fé a una que es incompleta, tal estimación constituye error de derecho y no de hecho, como equivocadamente pueda sostenerse.

La violación directa de la ley, no toca con la mala apreciación de los medios de juicio por el fallador de instancia, sino que parte de la valoración que les dio. Siendo plena la prueba de la mala fé, no puede haber violación directa de los artículos 768, que excluye la buena fé en el poseedor que no tiene la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, ni del 769, que exige la plena prueba de la mala para desvirtuar la presunción contraria por él establecida.

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

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

Horacio Romero, en uso de la facultad consagrada en el Decreto 1.683 de 1948, solicitó ante el Tribunal Superior de Bogotá, y obtuvo la reconstrucción del juicio ordinario que adelantaba contra Roberto Delgado A., sobre revindicación de un lote de terreno distinguido antes con el número 580 A. de la carrera 5ª de Bogotá, hoy con el número 65-44 de la carrera 4ª, cuya alinderación allí se expresa.

Se declararon ciertos los treinta y siete (37) hechos fundamentales del pedimento de reconstrucción, con las explicaciones y modificaciones puntualizadas en la parte motiva del proveído del veinticuatro de agosto de 1953 (folios 108 a 115), y se admitió que el negocio se hallaba al despacho para fallo de segundo grado, cuando fue destruído.

La demanda original, reproducida en la de reconstrucción y declarada como hecho cierto en la providencia citada, expone, en síntesis, los siguientes hechos:

1º Por compra estipulada en la escritura 462 de 17 de abril de 1926, otorgada en la Notaría Quinta de Bogotá, el demandante Horacio Romero, adquirió de Georges Maguin el inmueble en litigio.

2º. Georges Maguin lo hubo por adjudicación en los juicios de sucesión acumulados de Paulina Billy, Zoila Billy de Maguin y Alejo Maguin.

3º. Antes pertenecía a la sociedad "J. Maguin

y Co." cuya liquidación se hizo en la misma partición de las mortuorias, a las cuales se refiere el hecho anterior.

4º. "J. Maguin y Co." lo adquirió por compra a Rafael Flórez, según escritura 758 de 18 de abril de 1912 de la Notaría Segunda de Bogotá.

5º. Rafael Flórez lo hubo por compra a la sociedad Ossa Alvarez y Compañía en liquidación según escritura 431 de 26 de julio de 1893, Notaría Segunda de Bogotá.

6º. El lote de que se trata no había sido explotado para chircal ni estaba cercado hasta el mes de agosto de 1929. En agosto de tal año, Moisés Avella lo cercó, y estableció en él chircales para producir ladrillo y adobe.

7º. El actual poseedor de él es el doctor Roberto Delgado A. quien declaró que primero lo dio en arrendamiento a Moisés Avella y luégo se asoció con él para explotarlo.

8º. Tanto el demandante como sus antecesores en el derecho de dominio del inmueble pagaron los impuestos prediales hasta el año de 1929, en que lo ocupó el doctor Delgado.

9º. Este, con el fin de apropiárselo, hizo inventariar el lote en la sucesión de José Román Turriago, y luégo lo compró a la heredera de éste, señorita Florinda Morales Castro.

10º. El título de propiedad del demandante y el de sus antecesores en el dominio de la finca preceden en un largo período de tiempo a la ocupación de hecho y al título ficticio del doctor Delgado.

11º. Los títulos de propiedad del demandante están debidamente inscritos y no han sido cancelados por ningún medio legal.

Con estos antecedentes, solicitó:

A La restitución del inmueble determinado en el hecho primero de la demanda, a su favor.

B. La condena del demandado en su calidad de poseedor de mala fé, a pagar al demandante no solamente los frutos producidos sino los que hubiera podido producir, con inteligencia y actividad, desde que lo tiene en su poder hasta el día en que verifique la entrega.

C. A pagar a Horacio Romero la desvalorización y los perjuicios que ha sufrido en su finca, en razón de las grandes perforaciones que el ocupante efectuó en él con el fin de extraer materiales.

D. En el caso que el demandado haya levantado o levante alguna construcción dentro del lote, se le condene a perderla, con excepción del precio que tengan los materiales después de separados del terreno.

Según la demanda de reconstrucción, el Juez de primera instancia, en sentencia del 6 de febrero de 1947, condenó a Roberto Delgado A., a restituír al demandante Horacio Romero, el inmueble a que se hizo mérito, lo mismo que a pagarle los frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, desde el 11 de octubre de 1930.

Declaró no probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria de dominio, negó las demás peticiones del libelo, y condenó al demandado en las costas del juicio.

Apelado el fallo, el Tribunal de Bogotá, luégo de tramitar la reconstrucción del proceso, confirmó el de primer grado por sentencia del siete de febrero de mil novecientos cincuenta y seis.

El demandado interpuso contra ésta recurso de casación que procede resolver, por haber recibido el trámite señalado por la ley procesal.

DEMANDA DE CASACION

En una demanda un tanto confusa, el recurrente le hace a la sentencia tres cargos que expone así: En el primer capítulo dice que la sentencia "incurrió en error de hecho y de derecho, porque desestimó pruebas que ha debido apreciar, y apreció de manera equivocada otras, lo que la llevó a una violación indirecta de la ley sustantiva"; en el segundo, acusa el fallo por no estar de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas; y en el tercero, "por error de hecho o manera equivocada de apreciación de la prueba sobre la mala fé" y por violación directa de varias normas sustantivas.

La Corte considera en orden inverso los cargos segundo y tercero, por exigirlo así el planteamiento lógico de ellos.

El desarrollo del primer cargo es, en compendio, el siguiente:

Obra en el proceso la escritura de protocolización de la mortuoria de María Antonia García Tejada, en la cual el 7 de octubre de 1918 se aprobó la partición mediante la cual se adjudicó a José Joaquín Turriago la mitad del solar, objeto de la reivindicación. Esta mitad fue la que vendió este adjudicatario al sacerdote José Román Turriago, según la escritura 1.180 de 20 de abril de 1920, Notaría Primera.

Observa que las partes tienen un antecedente común en la sucesión de María Antonia García Tejada de Santacoloma, lo que se comprueba con la copia que contiene la hijuela de Lorenzo Manrique (folio 130, cuaderno 1º) que fue la que tuvo

en cuenta el fallo acusado, sin parar mientes en la hijuela de José Joaquín Turriago, contenida en la misma escritura (Cuaderno 3, folio 6).

Roberto Delgado A. le compró esa mitad a Florinda Morales Castro. Así el inmueble que en la reivindicación se reclama a Delgado, se divide en dos mitades, tal como rezan los títulos: una mitad adjudicada a José Joaquín Turriago en octubre de 1918, la cual éste vendió el 20 de abril de 1920 a José Román Turriago, quien, a su turno, la transmitió a su heredera Florinda Morales Castro, la cual "la vendió a Roberto Delgado A". "Esta mitad estaba proindiviso y así le fue vendida a José Román Turriago —escritura 1.180— folio 6, cuaderno 3".

Por tanto, cuando Delgado A. compró a Florinda Morales en 1930, la mitad del inmueble total y que proindiviso había adquirido el sacerdote Turriago, para aquél estaba amparada por un justo título de más de diez años, y por una adjudicación anterior que cubría un lapso de dos, "un título de Turriago que había de presumirse de buena fé (artículo 769 del Código Civil), y que además estaba amparado por la posesión real y material que el mismo Delgado había conseguido amparar y proteger y conservar desde 1924 —febrero— como está probado con las copias de la respectiva actuación que obran al folio 56 y siguientes del cuaderno 3".

Cuando se inició esta acción reivindicatoria, Delgado está amparado en la mitad del solar con el título justo de José Román Turriago, cuya buena fé se presume y no se le ha demostrado la contraria, y también "por su título de adquisición de más de diez años y posesión real y material de esa mitad proindiviso, que había comprado su antecesor".

Prosigue el recurrente: "La sentencia que acuso incurrió en error de derecho, porque desestimó la escritura contentiva de la adjudicación a José Joaquín Turriago, la de venta de éste al Presbítero José Román Turriago, y la de venta de esa mitad hecha por Florinda Morales Castro a Roberto Delgado, y en error de hecho, porque estimó equivocadamente la escritura 2091, porque sólo consideró la copia contentiva de una hijuela —la de Lorenzo Manrique— y no completa con la adjudicación a José Joaquín Turriago".

Insiste el recurrente en que el fallo que decreta la reivindicación es incompatible con las pruebas que obran en autos "sobre justo título y buena fé, por todo el tiempo que las leyes exigen para la prescripción ordinaria sobre la mitad proindiviso" que José Joaquín Turriago transfirió a José Román Turriago, que éste transmitió a su heredera, y, finalmente, ésta vendió al doctor Roberto Delgado A.

Y concluye: "Acuso concretamente la sentencia de 7 de febrero de 1956, que he venido impugnando por error de hecho y de derecho en que incurre, por no estimación de pruebas, y por equivocada apreciación de las pruebas, como consecuencia de lo cual viola indirectamente los artículos 593, 594 y 601 del Código Judicial violación que lleva a la de los artículos 2.526 del Código Civil, indirectamente, y directamente a la de los artículos 2.528 y 2.529 del Código Civil".

El opositor, en la contestación a este cargo, analiza los títulos de José Joaquín y José Román Turriago, citados por el recurrente y que obran en el juicio, para demostrar que al primero no se le adjudicó en el inmueble en litigio la mitad que dijo venderle a José Román Turriago, ni tampoco se le asignó a éste la otra mitad en el sucesorio de María Antonia García Tejada. Y, por consecuencia, Florinda Morales Castro no heredó dicho bien de José Román Turriago ni lo transfirió en la venta que le hizo al doctor Delgado A.

Se considera:

Por cuanto el recurrente invoca como causal de casación la violación indirecta de la ley sustantiva, proveniente de haber incurrido el sentenciador de segundo grado en error de hecho y en error de derecho en la estimación de las pruebas, se impone repetir la diferencia que existe entre estos dos errores, para determinar si el cargo se halla bien fundado por los dos aspectos.

El error de derecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen se le da un valor que la ley no le reconoce, o cuando se le niega el que ésta le atribuye. Es indispensable, por tanto, que en la estimación de tales medios de juicio, haya habido un quebrantamiento de las normas legales que la establecen y valoran, las cuales, deben indicarse para que el recurso prospere (Artículos 520 —1º inciso segundo, 531 del C. J.).

El error de hecho estriba en que el fallador haya dado como demostrado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba actuante en el proceso que establece que ese hecho no existió, o en que lo haya tenido como probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un elemento informativo que demuestre evidentemente que sí existió.

El recurrente hace consistir el error de derecho en la estimación de la prueba, según los

apartes transcritos de la demanda, en que el fallador desestimó: la escritura por la cual se adjudicó a José Joaquín Turriago la mitad del solar **sub judice;** el instrumento mediante el cual éste se la vendió a José Román Turriago; la hijuela en que consta la adjudicación de tal mitad a la heredera Morales Castro, y la escritura en que ésta la vendió al demandado doctor Delgado A.

Como se ve de los propios términos en que el recurrente concreta el cargo por error de derecho en la apreciación de la prueba, no resulta una tacha por error de tal naturaleza sino de hecho, puesto que es, en razón de haber desestimado o no haber tenido en cuenta las escrituras o documentos a que se refiere, como consideró el Tribunal que el demandado no había probado su dominio, y decretó la reivindicación de la mitad proindiviso, traspasada desde José Joaquín Turriago hasta el poseedor demandado. Es el caso en que el fallador da por no demostrado un hecho, por consecuencia de no haber tenido en cuenta o haber ignorado los instrumentos públicos que establecen de modo evidente que el hecho sí existió.

Por este aspecto, el cargo se halla mal formulado, razón por la cual no puede prosperar.

El error de hecho lo hace consistir en "que estimó equivocadamente la escritura 2.091, porque sólo consideró la copia contentiva de la hijuela —la de Lorenzo Manrique— y no completa con la adjudicación a José Joaquín Turriago".

Este cargo en realidad, sí configuraría un error de hecho, por cuanto a la titulación de la parte demandada se le habría desconocido el origen que tiene la mitad del solar en la sucesión de María Antonia García Tejada. Es decir, se habría desconocido un hecho por no haber tenido en cuenta la prueba que demuestra su existencia.

Sobre la titulación del demandado la sentencia dice en síntesis:

Roberto Delgado A. adquirió el inmueble, objeto del litigio, por compra a Florinda Morales Castro, según contrato contenido en la escritura 2.184 de 11 de octubre de 1930.

Florinda Morales Castro lo hubo por adjudicación en la mortuoria de José Román Turriago, protocolizada por escritura 418 de 25 de febrero de 1930, registrada en el Libro de Causas Mortuorias el 6 de diciembre de 1929 (Folios 48 y siguientes, cuaderno 2º y 12 y siguientes, cuaderno 3º). Transcribe aquí lo que dice la hijuela sobre origen del dominio: "Este lote fue adquirido por el causante así: la mitad por compra hecha a José Joaquín Turriago, según consta en la escritura número 1.180 de 20 de abril de 1920, de la Notaría Primera de Bogotá, y la otra mitad restante por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de la señora María Antonio García Tejada de Santacoloma, protocolozida por la escritura 2.091 de 23 de diciembre de 1918 de la Notaría 1ª de Bogotá".

Y agrega: "Las dos escrituras en que consta la adquisición por parte de José Román Turriago, citadas en la mencionada escritura 418, obran a los folios 18 a 30 del cuaderno número 2. En la escritura número 2.091 de 23 de diciembre de 1918, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá, se halla protocolizado el juicio de sucesión de María Antonia García Tejada y en ella no se encuentra que se hubiera hecho adjudicación de ninguna naturaleza a José Román Turriago. Aparecen varias adjudicaciones a José Joaquín Turriago, pero no la de la mitad del inmueble objeto de la reivindicación y que este último aparece vendiendo a José Román Turriago por escritura 1.180 de 20 de abril de 1920, dicha mitad aparece adjudicada con otros, en la Hijuela de Gastos y con el fin de cubrirla".

Luego, considerando que la posesión del demandado comenzó en 1930 y que, ante el título presentado por el actor, que lo es la escritura 462 de 16 de abril de 1926, por la cual éste compró el inmueble a George Maguin, añade: "Ante esta situación correspondía al demandado presentar un título anterior al del demandante para probar en esa forma su mejor derecho. No sucedió tal cosa, pues si bien es cierto presentó los títulos de donde decía su vendedora Florinda Morales Castro derivar su derecho, ellos no pueden ser tomados en consideración por las siguientes razones: a) Porque no demuestran que el inmueble hubiere sido adquirido por el causante del que dice derivar sus derechos Florinda; b) Porque los títulos presentados por el demandante son más antiguos; c) Porque consistiendo, como consisten en hijuelas sacadas de juicios de sucesión, se ha debido acompañar el título por el cual el causante adquirió el dominio, y, ya se vio, que no sólo no se adjuntó el título de María Antonia García Tejada, sino que ni siquiera se mencionó al relacionar los bienes en el inventario".

Y concluye: "Demostrado como queda por el actor su mejor derecho sobre el inmueble objeto de la reivindicación, debe despacharse favorablemente la súplica primera del libelo".

No puede ser más clara y concluyente la apreciación que el Tribunal hizo de la escritura 2.091

de 23 de diciembre de 1918, por la cual se protocolizó el juicio de sucesión de María Antonia García Tejada (folios 129 vuelto a 141 vuelto), en la que se transcribe la diligencia de inventario y avalúo de los bienes sucesorales conforme a los cuales la mitad del lote en litigio se determinó en la partida XXIII. En esta copia no obra la hijuela de José Joaquín Turriago sino la de Lorenzo Manrique, a quien en el trabajo de partición, aprobado en providencia de treinta y uno de mayo de mil novecientos cinco, se adjudica tal bien, inventariado el veintinueve de agosto de mil novecientos dos.

Pero en la copia que aparece en el cuaderno de pruebas de la parte demandante (folios 18 a 28), se lee que la mitad de dicho lote y la de otros se destinaron a cubrir el valor de la hijuela de gastos, y se dispuso que se vendieran con tal fin los bienes en ella especificados. De suerte que en la venta que José Joaquín Turriago le hizo a José Román Turriago de la mitad de ese bien, habido en la sucesión de María Antonia García Tejada, no le transfirió dicha mitad, porque no la tenía. El causante José Román Turriago tampoco se la podía transmitir a su heredera Florinda Morales Castro, ni en la venta que ésta hizo al doctor Delgado A. le traspasó tal mitad proindiviso, porque no la había adquirido de su causante.

Luego la tacha de que el Tribunal solamente tuvo en cuenta la hijuela de Lorenzo Manrique y no la adjudicación a José Joaquín Turriago carece de fundamento, y no puede prosperar.

El segundo cargo lo enuncia con base en que la sentencia negó la excepción de prescripción ordinaria, porque, habiendo sido Roberto Delgado A. apoderado de Florinda Morales Castro en el sucesorio de José Román Turriago, en él indicó como títulos de éste los que no daban dominio al causante, "por lo cual, sabiendo que Florinda Morales Castro no era dueña del inmueble, mal podía estar persuadido de haber adquirido de quien tenía la facultad de enajenar, condición en la cual no se le puede reputar poseedor de buena fé".

Lo desarrolla, en síntesis, así:

Con las escrituras citadas en el cargo anterior ha demostrado que el sacerdote antecesor de Delgado, antes de transmitir el bien inventariado por éste, sí era dueño y tenía justo título sobre la mitad del solar en reivindicación, luego la sentencia incurre en error manifiesto al afirmar que en el sucesorio de José Román Turriago citó títulos que no daban dominio al causante, y que, por tanto, Florinda Morales Castro no era dueña, cuando sí tenía el título de adquisición, que no era otro que la compra hecha por José Román Turriago a José Joaquín.

Delgado, como apoderado de Morales Castro, defendió la posesión de todo el solar ante la Inspección de Policía y la Gobernación de Cundinamarca. Y ella estaba en posesión cuando se lo vendió a Delgado. Pero se afirma que citó el sucesorio de García Tejada sin haber habido adjudicación, y hubo mala fé porque para colacionar bienes en un inventario no estudió la titulación, ya que para tal diligencia no es necesario tal estudio.

Transcribe la parte de un certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados en que se habla de la adquisición que José Román Turriago hizo de José Joaquín Turriago y de la adjudicación a aquél en la sucesión de María Antonia García Tejada. De esto toma pie, para decir que no es mucho que Delgado afirmara lo mismo en la colación de bienes.

Considera que no puede haber mala fé en quien sabe de la existencia de un título justo y legal, tiene una posesión de veinte años, y cree en el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados.

Pregunta dónde está la plena prueba de que Delgado se atuvo a su mala fé y no a algún certificado como al que ha aludido.

Transcribe una jurisprudencia de la Corte en que, luégo de citar doctrinas de algunos autores sobre la buena fé, expone que la consideración de ésta, como una realidad y no simplemente como una intención de legalidad y una creencia de legitimidad, "se proyecta también en la apreciación de su modalidad antitética, en la estimación de la mala fé, en su apreciación probatoria que debe ser plena y completa, para que pueda tener la capacidad destructora de la presunción legal de que la buena fé es buena".

Se refiere luégo el recurrente a que, como la buena fé se presume (artículo 769 del Código Civil), excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria, y a que el dolo también debe probarse, fuera de los casos especialmente previstos por la ley, la jurisprudencia es en extremo exigente para establecer la falta de buena fé, dado que "no basta cualquier hecho, las meras conjeturas, sospechas o indicios, sino que ha de ser indispensable la comprobación plena, completa e indubitable de mala fé".

Se ocupa luégo de que los filósofos han considerado la conciencia "como el juicio de la ra-

zón práctica por el cual se conoce que una acción debe o puede hacerse, por buena, o debe omitirse por mala"; que la conciencia puede ser recta o errónea, y que esta última es objetivamente mala pero subjetivamente buena.

Siendo esto así, podría juzgarse que la intervención de Delgado en la diligencia de inventario, de la cual se deduce la mala fé, fue errónea o equivocada, basada en la posesión de veinte años de su tradente y en el valor del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos sobre el alcance del derecho del propietario en común, como lo era José Román y, por consiguiente, pudo llegar a tener la certeza o conocimiento de que habla el artículo 768 del C. C.

De esto concluye que es insostenible el concepto del fallo acerca de la mala fé de Delgado, para negarle la prescripción ordinaria por él invocada, porque no hay prueba completa indubitable de su dolo, de su mala fé, fuera del hecho anotado, ni tampoco hay demostración completa de que no hubiera habido en él un error en materia de hecho para llegar a la conciencia de que trata el citado artículo 768.

Finalmente, concreta los cargos en estos términos: "Y si no hay esa prueba, esa plena demostración, síguese que por error de hecho o manera equivocada de apreciación de la prueba sobre la mala fé, la sentencia falló contrariamente al texto de la ley, y la violó directamente, y contrariamente a su espíritu, y en contradicción formal con su texto, por no existir la demostración plena de la mala fé del doctor Roberto Delgado A. En consecuencia concreto este cargo así: La sentencia que he venido acusando violó directamente el artículo 768 del Código Civil, el 769 y el 1515, y como consecuencia violó indirectamente también los artículos 2.528, 2.529 y 740, todo del Código Civil".

El opositor replica al recurrente sobre este cargo así:

El doctor Delgado era abogado titulado en ejercicio, como lo dice al contestar la demanda y en otras piezas del expediente. En tal condición fue apoderado de Florinda Morales Castro en el juicio de amparo de policía, y en el de sucesión del doctor José Román Turriago, en el cual hizo la denuncia de bienes en el inventario.

Si en el común de las personas se supone que están informadas de la titulación de los bienes que se les van a dar en hipoteca o que van a comprar "sería ofensivo y hasta anormal no darlo por establecido en un abogado".

No es aceptable la buena fé en el doctor Delgado:

1º Porque el doctor Delgado, al denunciar el inmueble en litigio en la sucesión de José Román Turriago, estampó que éste había adquirido una mitad por compra a José Joaquín Turriago por escritura 1.180 de 20 de abril de 1920; y la mitad restante le pertenece por haber hecho todos los gastos que demandó el juicio mortuorio de María Antonia García Tejada de Santacoloma y haberse destinado para el pago la mitad de dicho lote según la escritura 2.091 de 23 de diciembre de 1918. Si conoció esta escritura, como abogado que era, hubo de convencerse que ni a José Joaquín ni a José Román Turriago se les adjudicó ninguna parte del inmueble.

2º Porque el doctor Delgado por escritura 2.961 de 18 de diciembre de 1925, Notaría Primera aceptó una hipoteca que Florinda Morales Castro constituyó a su favor sobre los inmuebles que luégo inventarió en la sucesión de José Román Turriago, y allí puso como título de adquisición del causante la escritura de protocolización del sucesorio de María Antonia García Tejada de Santacoloma y la venta de José Joaquín Turriago. Y no se concibe que como abogado no hubiere estudiado los títulos que cita.

3º Porque el doctor Delgado como hombre diligente y abogado experto, al comprarle a Florinda Morales Castro los bienes inventariados en la sucesión del doctor Turriago, si no lo hubiera hecho antes, tuvo la oportunidad de estudiar la titulación del causante de la adjudicataria Morales Castro, "ya que el abogado sabe que no se puede atender a una hijuela de adjudicación sino que se deben estudiar los títulos citados en la mortuoria".

Finalmente, cita una jurisprudencia de la Corte según la cual lo referente a la buena y a la mala fé son "cuestiones ambas de conciencia en que por no aparecer generalmente de manifiesto, ninguna regla o cartabón puede establecer la legislación civil sobre ella, y queda al buen criterio del juzgador definirlas en caso concreto".

Considerandos de la Corte:

Para mejor fijar el alcance del cargo, se transcribe lo que el Tribunal dice en el estudio de la titulación del demandado, al referirse a la adjudicación que del solar en litigio se hizo a Florinda Morales Castro en la sucesión de José Román Turriago, sobre el origen del dominio, que es: "Este lote fue adquirido por el causante así: la mitad por compra hecha a José Joaquín Turria-

go, según consta en la escritura número 1.180 de 20 de abril de 1920, de la Notaría Primera de Bogotá, y la otra mitad restante por adjudicación que se le hizo en la mortuoria de la señora María Antonia García Tejada de Santacoloma, protocolizada por la escritura número 2.091 de 23 de diciembre de 1918 de la Notaría 1ª de Bogotá".

Alude luégo a la copia de la escritura 418 de 25 de febrero de 1930, por la cual se protocolizó el sucesorio de José Román Turriago, de cuya diligencia de inventario transcribe el siguiente aparte: "En Bogotá, a nueve de octubre de mil novecientos veintiséis, siendo las diez de la mañana, nos reunimos los infrascritos Roberto Delgado A. apoderado de la señorita Florinda Morales Castro....' y más adelante: El doctor Roberto Delgado A. como representante de la señorita heredera Florinda Morales Castro hizo el denuncio de bienes así: (aquí se denuncia el bien objeto de la reivindicación). El denunciante de bienes y apoderado de Florinda es el mismo actual demandado, como lo reconoce en su alegato que obra a los folios 72 a 82 del cuaderno 3º (fol. 74 vuelto)".

En el estudio sobre la excepción de prescripción ordinaria alegada por el demandado, después de considerar los extremos que para su configuración exigen los artículos 2.528, 2.529, 764 y 766 del Código Civil dice: "De los requisitos exigidos por la ley sustantiva para que se produzca la prescripción ordinaria, es evidente que se halla establecido el tiempo, que lo es de diez años, puesto que el demandado empezó a poseer el 11 de octubre de 1930 y sólo el 31 de agosto de 1945 se le notificó la demanda. En cuanto a la posesión regular ocurren los requisitos del justo título y el de la tradición, más no sucede lo mismo en cuanto hace relación a la buena fé, puesto que de autos aparece demostrado que el demandante sabía que la cosa no pertenecía a la vendedora Florinda Morales Castro. Como ya se dijo, en la escritura 2.184, de 11 de octubre de 1930, Florinda manifestó que la finca que vendía al demandado la había adquirido por adjudicación que se le había hecho en la mortuoria de José Román Turriago. En dicha mortuoria el mismo demandado, como arriba se subrayó, en su condición de apoderado judicial de Florinda Morales Castro, inventarió como bien de la sucesión el que luégo compró a la referida Morales Castro, e indicó títulos, que, como arriba se analizó, no daban dominio alguno al causante José Román sobre el inmueble en cuestión. Sabiendo pues el demandado que no era dueña la persona que le vendía el inmueble objeto de la venta, mal podía estar persuadido de haber adquirido de quien tenía facultad de enajenar, condición en la cual no se le puede reputar poseedor de buena fé. Faltando el requisito de la buena fé no puede considerarse al demandado como poseedor regular y, por tanto, no puede configurarse la prescripción ordinaria del dominio. No está pues probada la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria que se alega".

En definitiva, el Tribunal consideró que la circunstancia de haber sido el doctor Delgado A. apoderado de Florinda Morales Castro en el sucesorio de José Román Turriago, en el cual denunció el bien sub lite, y le señaló como títulos de adquisición por el causante, la compra que de la mitad hizo a José Joaquín Turriago, y el pertenecerle la otra mitad por haber hecho todos los gastos que demandó la mortuoria de María Antonia García Tejada de Santacoloma, según escritura 2.091 de 23 de diciembre de 1918, presupone necesariamente para un abogado diligente y cumplidor de sus deberes ,que debía conocer la escritura o título últimamente citado, ya que el artículo 34 de la Ley 63 de 1936 ordena que "respecto de los inmuebles debe expresarse, además de las circunstancias de ubicación, linderos, etc. 'los títulos de propiedad'" en la diligencia de inventario y avalúo de una mortuoria. Si citó la escritura 2.091 como título del causante, debió estudiarla e informarse de que en la sucesión de García Tejada de Santacoloma a José Joaquín Turriago no se le adjudicó la mitad que dijo vender a José Román Turriago, ni que éste tuviera derecho alguno sobre el inmueble por razón de los gastos a cuyo pago se destinó, ni aparece que él los hubiera hecho. Y como el demandado Delgado A. le compró a Morales Castro el mismo inmueble, de estos hechos deduce el Tribunal que aquél sabía que ni el causante Turriago ni su heredera eran dueños del inmueble cuya entrega se le reclama. En una palabra, que a estos indicios el fallador de segunda instancia le dio el valor de plena prueba sobre la mala fé. No cabía entonces acusar la sentencia sino por un error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, que, como es sabido, sólo excepcionalmente puede ser modificada por la Corte.

Sucede que el recurrente formula el cargo en una forma incomprensible, porque primero dice, según lo transcrito, que hubo un error de hecho o manera equivocada de apreciar la prueba sobre

la mala fé, y luégo concretando el cargo dice que la sentencia violó directamente los artículos 768, 769 y 1.515 del Código Civil.

Es contradictoria la tacha, porque, o hubo un error de hecho, en la apreciación de la prueba y una violación indirecta de la ley sustantiva por consecuencia de aquél o una violación directa, pero no las dos al mismo tiempo. El error de hecho en la apreciación de la prueba, según repetida doctrina de la Corte, además de alegarlo el recurrente debe demostrar que aparece de modo manifiesto en los autos. No sólo no ha cumplido con esta formalidad, sino que ni siquiera ha expresado en que consiste el error de hecho. Al contrario, la tesis sostenida en el desarrollo del cargo es la de que el Tribunal le dio el valor de plena prueba sobre la mala fé a una que es incompleta, lo que constituiría un error de derecho y no de hecho.

Finalmente, la violación directa de la ley en que, definitivamente, hace consistir el cargo, no toca con la mala apreciación de los medios de juicio por el fallador de instancia ,sino que parte de la valoración que les dió. Lo que para el caso aquí contemplado significaría que siendo plena la prueba de la mala fe, no podía haber violación directa de los artículos 768, que excluye la buena fé en el poseedor que no tiene la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, ni el 769, que exige la plena prueba de la mala para desvirtuar la presunción contraria por él establecida.

El cargo no puede prosperar.

El tercer cargo, dentro del supuesto de que Roberto Delgado sí adquirió la mitad proindiviso del solar vendido por José Joaquín Turriago a José Román Turriago, transmitida luégo por éste a Florinda Morales Castro vendida finalmente por ésta a Delgado A. acusa la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el juicio, o sea, por la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial que no cita la demanda.

Lo funda así: aceptando la tesis del fallo de que no haya habido buena fé en cuanto a la mitad del inmueble que se dijo adjudicado a José Román Turriago en la mortuoria de María Antonia García Tejada de Santacoloma, sólo sería reivindicable esta mitad pero no la proveniente de la compra a José Joaquín Turriago.

Pero entonces tal mitad, por hallarse en común y proindiviso con la que viene de José Joaquín Turriago, no podría reivindicarse, porque "viola una de las exigencias legales que reiteradamente se han exigido en la acción reivindicatoria, o sea que verse sobre una cosa singular reivindicable debidamente identificada".

Con la reivindicación decretada sobre la mitad no adjudicada a José Román Turriago en la sucesión de García Tejada de Santacoloma, se violan los artículos 946 y 949 del Código Civil "porque implícitamente el fallo que acuso, decreta la reivindicación de una cuota proindiviso de una cosa singular, sin ser ese el objeto de la reivindicación".

El apoderado de la parte opositora considera que, decretándose como se decreta la reivindicación de todo el lote, no hay incongruencia entre lo pedido y lo decretado.

Consideraciones de la Corte:

El rechazo de los cargos anteriores pone de manifiesto la inanidad del tercero, ya que el Tribunal, al confirmar la sentencia de primer grado, condenó al demandado a restituírle el inmueble al actor y al pago de los frutos percibidos y los que hubiera podido percibir desde la fecha del contrato, declaró no probada la excepción de prescripción ordinaria, y negó las demás súplicas de la demanda.

Hay, como se advierte, una perfecta congruencia entre las peticiones de la demanda y la parte resolutiva del fallo. En la hipótesis de haberse demostrado la prescripción ordinaria de la mitad del inmueble por parte de Delgado A. indudablemente que existiría la incongruencia por no haberse declarado la usucapión alegada sobre esta mitad. Pero no habiendo prosperado la defensa sobre parte o cuota alguna del inmueble, el cargo carece de todo fundamento.

En razón de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el siete de febrero de mil novecientos cincuenta y seis en el juicio ordinario de Horacio Romero contra Roberto Delgado A.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

NO ES POR SI MISMA CAUSAL DE CASACION LA ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS JUDICIALES, SINO MEDIO POR EL CUAL PUEDE LLEGARSE AL MOTIVO QUE ES LA VIOLACION DE LA LEY SUSTANTIVA. — LIMITE DE LA SOBERANIA DE LOS TRIBUNALES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS. — ELEMENTOS CONFIGURANTES DE LA ACCION DE DOMINIO O REIVINDICATORIA.—PRESCRIPCION EXTRAORDINARIA DE DOMINIO. — OBLIGACIONES DE QUIEN LA ALEGA Y TERMINO DE AQUELLA

1.—La errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí misma causal de casación, sino medio por el cual, puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva.

2.—Las normas sobre pruebas otorgan al sentenciador facultades de apreciación para enjuiciar y valorar los medios aportados al proceso por las partes según las reglas de la sana crítica, sin que el juicio al respecto pueda modificarse en el recurso extraordinario de casación, a no ser que se demuestre error de hecho o error de derecho que justifiquen la infirmación de la sentencia recurrida.

De ahí que la Corte considere que no puede alegarse con éxito, como motivo para casar una sentencia, la circunstancia de no haberle reconocido el Tribunal a la prueba testimonial la eficacia probatoria señalada en el artículo 679 del Código Judicial, cuando después de haber hecho con sentido crítico el examen de la referida prueba ha llegado a la conclusión de no reunir aquélla las calidades necesarias para formar la convicción del sentenciador,

3.—La acción de dominio o reivindicatoria, está configurada por cuatro elementos fundamentales para que pueda prosperar. Son ellos: cosa singular reivindicable, o cuota determinada de cosa singular; derecho de dominio del reivindicante; posesión actual del demandando e identidad del bien que pretende reividicarse.

4.— Quien alega haber adquirido un inmueble a virtud de la prescripción extraordinaria, debe establecer procesalmente por los medios conducentes, su calidad de poseedor con ánimo de señor y dueño por el término señalado en nuestro Código Civil para la prescripción extraordinaria.

"La Ley 50 de 1936, que redujo a veinte años la usucapión extraordinaria, fue promulgada por su inserción en el número 23.160 del "Diario Oficial', correspondiente al 17 de abril de 1936, luego su observancia se inició, a términos del artículo 52 del C. P. M., el 17 de junio de 1936". Consiguientemente, por vía de ejemplo, si una demanda ordinaria reivindicatoria, fue notificada al demandado en el año de 1954, no puede acogerse a la prescripción de veinte años, pues aún no han transcurrido éstos, a tenor de la citada ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Mercedes Rodríguez Méndez, por medio de apoderado, demandó ante el Juzgado Civil del Circuito de Zipaquirá al señor Aniceto Guasca, para que con su citación y audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que la sociedad conyugal en liquidación formada por los esposos Benedicto Rodríguez Moncada y Mercedes Méndez de Rodríguez, y la sucesión de la señora Mercedes Méndez de Rodríguez, son dueños, por partes iguales, de un globo de terreno, junto con las edificaciones, cerramientos, anexidades, servidumbres, etc., que hace parte de la finca denominada San Benito, antes "San Isidro", "Estancias" y "Sembradero de Estancias", ubicada en la vereda de "Chítiva Abajo", jurisdicción del Municipio de Suesca, globo de terreno que se encuentra alinderado especialmente así: Por un costado, paredes al medio, con propiedades de Gumercindo Garzón; por otro costado, paredes y cerca de alambre al medio, con propiedades de Mercedes Rodríguez Méndez; por otro costado, paredes y cerca de alambre al

medio, con camino que de Suesca va a Nemocón; por otro costado, con la otra parte de la finca "San Benito", ocupada actualmente por Juan Villanueva.

"SEGUNDO. — Que el señor Aniceto Guasca debe restituír a la sociedad conyugal y a la sucesión antes citadas, por intermedio mío, tanto el globo de terreno atrás determinado como sus edificaciones, cerramientos, anexidades, servidumbres, etc. Para efectos de la entrega se servirá señalar día y hora o comisionar al señor Juez Promiscuo Municipal de Suesca.

"TERCERO.—Que el señor Aniceto Guasca es poseedor de mala fé de los bienes materia de esta demanda, y como tal, no tiene derecho a que se le abonen presuntas mejoras que hubiere podido ejecutar.

"CUARTO.—Que el señor Aniceto Guasca debe pagar a los demandantes, por partes iguales, los frutos de los bienes materia de esta reivindicación, desde la época en que aquellos son dueños hasta cuando se realice la entrega, y no sólo los percibidos sino los que hubiesen podido percibir los propietarios con mediana inteligencia y actividad.

"QUINTO.—Que el señor Aniceto Guasca debe pagar a los demandantes las costas del presente juicio".

Para fundar su acción afirmó el actor varios hechos que son en resumen los siguientes:

Durante la existencia de la sociedad conyugal, formada entre Benedicto Rodríguez y Mercedes Méndez de Rodríguez, aquél adquirió por compra a Manuel Méndez, según escritura pública número 543 de 12 de noviembre de 1935, de la Notaría de Chocontá, las fincas denominadas "San Isidro", "Estancias", y "Sembraderos de Estancias", a, las cuales por formar un solo globo se les dio el nombre de "San Benito".

Al fallecer la cónyuge, Mercedes Méndez de Rodríguez, el anterior inmueble ingresó a la sociedad conyugal en liquidación y a la sucesión de la nombrada causante.

Posteriormente por escritura número 21 de 13 de enero de 1953, de la Notaría de Sesquilé, la demandante compró a Benedicto Rodríguez Moncada, todos los derechos y acciones que pudieran corresponderle por concepto de gananciales en la sociedad conyugal en liquidación a que se ha hecho referencia.

La demandante es, además, hija legítima de la causante Mercedes Méndez de Rodríguez y por esta circunstancia representa la sucesión de dicha señora aparte del interés que tiene en ella, por la compra que hizo de los derechos y acciones que por gananciales correspondían al cónyuge sobreviviente.

Su calidad de heredera y de cesionaria las comprobó la demandante aportando al juicio copia auténtica del auto de fecha 18 de mayo de 1953, dictado por el Juzgado del Circuito de Zipaquirá, y por medio del cual le fueron reconocidas las calidades expresadas.

El demandado Antonio Guasca, quien entró como simple cuidandero de la finca que pretende reivindicar, se ha negado a restituírla, alegando haber hecho en ella mejoras y sin título alguno de dominio ha continuado como poseedor de ella.

En derecho fundó el actor su demanda en los artículos 946 del Código Civil y 734 del C. J.

El demandado al corrérsele el traslado de la demanda, negó los hechos fundamentales de ella, y propuso las excepciones de inepta demanda, prescripción de la acción, y las que resultaren probadas en el curso del juicio.

Cumplidos los trámites de la primera instancia, el Juez A-QUO, por medio de sentencia de fecha 4 de agosto de 1955, falló la litis y en su parte resolutiva hizo las siguientes declaraciones:

"1º. — Declárase que la sociedad conyugal en liquidación formada por los esposos Benedicto Rodríguez Moncada y Mercedes Méndez de Rodríguez y la sucesión de la señora Mercedes de Rodríguez, son dueños, por partes iguales, de un globo de terreno, junto con las edificaciones, cerramientos, anexidades, servidumbres, etc., que hace parte de la finca denominada "San Benito", antes "San Isidro", "Estancias" y "Sembradero de Estancias", ubicado en la vereda de Chítiva Abajo en jurisdicción del Municipio de Suesca, deslindado como se afirma en la demanda y en la parte motiva de este fallo;

"2º — Declárase que el señor Aniceto Guasca está obligado a restituír a la sociedad conyugal y a la sucesión antes citadas, dentro de los tres días siguientes a la ejecutria de esta sentencia, por intermedio de la demandante, el terreno a que se refiere el punto anterior con sus edificaciones, cerramientos, anexidades, servidumbres, etc.

"3º. — Declárase que el señor Aniceto Guasca es poseedor de mala fé de la finca y anexidades de que se trata desde el treinta y uno (31) de

julio de 1954 y como tal no tiene derecho a que se le reconozcan las mejoras que haya podido ejecutar con posterioridad a esta fecha;

"4º.—El demandado Aniceto Guasca debe pagar a los demandantes, por partes iguales, representados como se dejó dicho, los frutos de los bienes materia de esta reivindicación, desde la fecha a que se refiere el numeral tercero de este fallo y hasta cuando se realice la entrega, no sólo los percibidos sino los que hubieran podido percibir los propietarios con mediana inteligencia y actividad".

El apoderado de la parte demandada apeló de la anterior providencia que fue confirmada por el Tribunal de Bogotá, mediante sentencia de fecha 6 de diciembre de 1957 y contra ella el mismo apoderado interpuso recurso extraordinario de casación, el cual admitido y tramitado en debida forma, procede a decidirse.

LA DEMANDA

En su demanda de casación, que es un resumen de las alegaciones de instancia, el recurrente se limita acogiéndose a la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, a impugnar el fallo del Tribunal por errónea apreciación de la prueba testimonial, a consecuencia de la cual dice haberse incurrido en violación del artículo 679 del Código Judicial. Siendo éste el único aspecto por el cual se ataca la sentencia, al examen de dicho cargo habrá de concretarse el presente recurso, y a ello se procede previas las siguientes consideraciones:

Como cuestión previa conviene advertir, siguiendo a este respecto una tradicional doctrina de esta Corte, que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí misma causal de casación, sino medio por el cual, puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva.

Ahora bien: Según las súplicas impetradas en la parte petitoria del libelo, la demanda ha sido enderezada con el fin de obtener que el demandado sea condenado a restituír a la sociedad conyugal en liquidación, Rodríguez y Méndez de Rodríguez, un globo de terreno con sus anexidades y cerramientos, que hacen parte de la finca hoy denominada "San Benito", antes "San Isidro", "Estancias" y "Sembradero de Estancias", ubicado en la vereda de "Chítiva Abajo", en jurisdicción del Municipio de Suesca; es decir, es la acción reivindicatoria o de dominio consagrada en el artículo 946 del Código Civil, la que ha sido instaurada y en la norma citada ha fundado en derecho su demanda la parte demandante.

Los cuatro extremos configurativos de la expresada acción, o sean, cosa singular reivindicable, derecho de dominio del reivindicante, posesión actual del demandado, e identidad del bien que pretende reivindicarse, fueron objeto de plena comprobación judicial durante la secuela del juicio, y así hubieron de declararlo los Jueces de fondo en las motivaciones de sus respectivos fallos, que fueron ambos favorables a las pretensiones del actor, cuyo dominio sobre el inmueble, dicho sea de paso, quedó establecido en forma irrefragable, mediante una titulación legal exenta de tacha por la parte demandada y que cubre un lapso mayor de veinte años, como lo observa el Tribunal en las consideraciones de su providencia.

La única razón invocada por el reo para oponerse a la reivindicación es el haber adquirido el referido inmueble a virtud de la prescripción extraordinaria de dominio afirmando al contestar el traslado del libelo haberlo poseído con ánimo de señor y dueño por el término mayor de treinta años.

Situada la litis en los términos, correspondíanle al demandado establecer procesalmente por los medios conducentes, su calidad de poseedor con ánimo de señor y dueño por el término señalado en nuestro Código Civil para la prescripción extraordinaria.

Mas tal cosa no logró probar en debida forma, ya que las declaraciones por él aducidas, no fueron suficientes a juicio del sentenciador.

Dice el recurrente en su demanda ante la Corte, que con las declaraciones de Agustín Guacaneme, Eustasio Badel, Eliseo Méndez, Santiago Mestizo y Anselmo Cortés, se demostró haberse operado a su favor el fenómeno jurídico de la mencionada prescripción. Siendo esto así, dice el recurrente, al no haberlas apreciado debidamente el Tribunal violó el artículo 679 del Código Judicial, según el cual, dos testigos hábiles, que concuerden en el hecho y sus circunstancias, de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba.

Ciertamente la norma citada consagra el principio, pero el mencionado artículo, debe saberse, no opera mecánicamente, ni puede interpretarse, menos aún, aplicarse en la forma rígida y absoluta que se pretende. Las normas sobre pruebas otorgan al sentenciador facultades de apreciación para enjuiciar y valorar los medios aportados al proceso por las partes según las reglas de la sana crítica, sin que el juicio al respecto pueda modificarse en el recurso extraordinario de casación,

a no ser que se demuestre error de hecho o error de derecho que justifiquen la infirmación de la sentencia recurrida.

Justamente, fue en ejercicio de aquella facultad, como el Tribunal después de haber hecho un certero análisis de la prueba testimonial, llegó a la conclusión de que aquella, por sus términos ambiguos e imprecisos, no daba margen para declarar la prescripción alegada.

Dentro del orden de ideas anteriormente expuesto, y resumiendo lo dicho sobre el particular, la Corte considera que no puede alegarse con éxito, como motivo para casar una sentencia, la circunstancia de no haberle reconocido el Tribunal a la prueba testimonial la eficacia probatoria señalada en el artículo 679 del Código Judical, cuando después de haber hecho con sentido crítico, como ha ocurrido en el caso de autos, el examen de la referida prueba ha llegado a la conclusión de no reunir aquélla las calidades necesarias para formar la convicción del sentenciador.

Pero aún admitiéndose que el Tribunal hubiese incurrido en el error del cual se queja el recurrente, esta circunstancia no bastaría para quebrar la sentencia, pues obran en los autos, otras pruebas, entre ellas, la diligencia de absolución de posiciones pedidas al demandado, quien al dar respuesta a la séptima pregunta, manifestó que se hallaba en posesión del bien que pretende usucapir hacía más de 16 años, es decir, es el mismo demandado quien ha confesado durante el proceso que su posesión no llegó en ningún momento a los treinta años exigidos por la ley, para la procedencia de una declaración de prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio, de donde se deduce que la apreciación hecha por el Tribunal no pugna con la realidad procesal, y por ende, no existe por este concepto, error de hecho manifiesto.

Y no puede decirse, que el demandado hubiese adquirido el inmueble objeto de esta revindicación, a virtud de la prescripción ordinaria, porque como lo dijo el Tribunal, con todo acierto, no se adujo "título de ninguna naturaleza para adquirir por este medio". Finalmente, no opera en este caso la Ley 50 de 1936, que redujo a veinte años el término de la prescripción extraordinaria, por la razón expuesta por el Tribunal, que la Corte acoge en todas sus partes y es del siguiente tenor:

"Ahora bien, la Ley 50 de 1936, que redujo a veinte años la usucapión extraordinaria, fue promulgada por su inserción en el número 23.160 del "Diario Oficial", corespondiente al 17 de abril de 1936, luego su observancia se inició, a términos del artículo 52 del C. P. M., el 17 de junio de 1936 y de entonces a cuando fue notificada la demanda, o sea el 31 de julio de 1954, aún no habían transcurrido los veinte años exigidos por ella, luego mal puede hablarse de prescripción de veinte años".

Basta lo dicho, para concluír que no hubo error de derecho en la aprecicaión de la prueba testimonial a que alude el recurrente, y por ello no hubo infracción de la norma por él citada, y además, como tampoco se evidenció error alguno de hecho que afectare tal apreciación, es obvio concluír que el cargo formulado carece de fundamento.

Analizado en los términos anteriores el único punto suscitado en casación, no es el caso proceder a examinar los otros aspectos jurídicos de la sentencia recurrida, en la cual, se estudió a fondo el problema materia de esta controversia.

* * *

FALLO:

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha seis (6) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Mercedes Rodríguez y otros contra Aniceto Guasca.

Costas a cargo del recurrente.

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

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

INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 60 DE LA LEY 63 DE 1936, SUSTITUTIVO DEL 568 DEL CODIGO JUDICIAL. — SI BIEN AQUELLA DISPOSICION NO FORMA PARTE INTEGRANTE DE LAS NORMAS DE LA TARIFA PARA CALIFICAR EL MERITO INTRINSECO DE LAS PRUEBAS, SI CONSTITUYE CLARAMENTE UNA VIA COERCITIVA PARA OBTENER LA OPORTUNA SATISFACCION DE LOS HONORARIOS PERICIALES. — TECNICA DE CASACION. — LIMITE DE LA AUTONOMIA DE LOS TRIBUNALES EN LA ESTIMACION DE LAS PRUEBAS. — ERROR DE HECHO. — CUANDO EXISTE. — PRESCRIPCION ADQUISITIVA DE DOMINIO. — LOS HECHOS DE EXPLOTACION ECONOMICA DEL PRESCRIBIENTE NO SE DESVIRTUAN CON EL DICHO DE TESTIGOS

1.—No es por simple interpretación como debe considerase que el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 subrogó el artículo 568 del Código Judicial, pues basta leer el contenido de aquella disposición legal que dice en su encabezamiento: "El artículo 568 del Código Judicial quedará así:....." para convencerse de que el artículo 60 citado vino a sustituir íntegramente el 568 del Código Judicial.

Ni es exacto afirmar que la disposición del artículo 60 se refiere únicamente a diligencias de avalúos en juicios de sucesión y a diligencia de esta clase practicadas en otro juicio. El artículo en su conjunto, se refiere a diligencias en que intervienen intérpretes o peritos, y establece una sanción, en verdad muy rigurosa cuando ordena que en los juicios mortuorios no se podrán aprobar las diligencias de avalúos cuando no aparezca que se hayan pagado los honorarios de los peritos; y respecto de otros juicios va más allá, pues claramente preceptúa que no podrá tenerse como prueba la diligencia que se hubiere practicado por medio de peritos si no aparece que los honorarios de ellos han sido pagados o satisfactoriamente arreglados.

Quiso el legislador, sin duda, evitar que con los peritos se cometiera la injusticia de obligarlos a presentar su concepto sin seguridad alguna en cuanto al pago del valor de su trabajo. De modo que si bien el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 no forma en realidad parte integrante de las normas de la tarifa para calificar el mérito intrínseco de las pruebas, sí constituye claramente una vía coercitiva para obtener la oportuna satisfacción de los honorarios periciales. Y está en cumplimiento de la ley el sentenciador que se abstiene de considerar el dictamen cuando se halle insoluto el pago de los honorarios señalados a los peritos.

Ante la abstención así fundada no es de recibo en el recurso extraordinario cargo alguno contra el fallo de instancia con alegación de cualquier género de error, de hecho o de derecho, en la estimación probatoria del dictamen.

2.—No está por demás repetir que el recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se trata de un recurso extraordinario establecido principalmente con el fin primordial de unificar la jurisprudencia y de enmendar los agravios que por el sentenciador de instanica se hayan inferido a la ley sustantiva. No se trata en casación de reabrir el debate, que quedó clausurado con la sentencia de segunda grado, se trata sólo de examinar si esa sentencia adolece de alguna falla que atente contra la ley. En este recurso se enjuicia la sentencia del Tribunal y la acusación debe versar sobre puntos concretos. En tratándose de errores de hecho cometidos por el sentenciador y que indirectamente traen como consecuencia la violación de alguna norma sustantiva, es necesario, de toda necesidad, que el recurrente demuestre con toda evidencia que ese error de hecho aparece de modo evidente; y debe demostrar también, cuál es el motivo que determina ese error de hecho. Pero no se trata aquí de que se pueda renovar el debate sobre la estimación que haya hecho el actor en el juicio de las diversas pruebas presentadas. Si el senten-

ciador estudió el material probatorio que ha debido tener en cuenta y si de ese estudio no aparece manifiesto el error de hecho, entonces no puede pretenderse que la Corte, en Casación, pueda entrar en la consideración, en general, de las pruebas, pues esto, se repite, se surtió en la instancia.

3.—No debe olvidarse que los Tribunales tienen completa autonomía para la estimación de las probanzas y que las conclusiones a que lleguen, previo el estudio de las mismas, debe respetarse, a no ser que evidentemente hayan cometido un error de hecho tan de bulto que aparezca de modo manifiesto, que pueda afirmarse que la equivocación del Tribunal es evidente.

4.—Como es bien sabido el error de hecho puede presentarse cuando el sentenciador dá por probado un hecho a pesar de que en el proceso aparezca claramente que ese hecho no ha existido; o cuando no ve la prueba que demuestra el hecho alegado. No basta, pues, alegar en casación que el sentenciador de instancia cometió error de hecho en la apreciación de las pruebas. Es preciso demostrar claramente en dónde está el error del sentenciador, y cómo él incide en la violación de la ley sustantiva.

5.—La Ley 51 de 1943, en su artículo 1º, consagra en favor del comunero que posea materialmente en las condiciones legales el predio común o alguna parte de él, el derecho de hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva de dominio, ordinaria y 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. Y esta prescripción podrá invocarse judicialmente, como acción o como excepción.

El legislador protege muy especialmente a la institución legal de la prescripción, toda vez que ésta se considera como de orden público, pues es la base más firme del derecho de propiedad; sobre la prescripción descansa la organización del orden económico y llega a tanto su importancia, que, según el concepto de eminentes tratadistas de derecho civil "La prescripción es la transformación de un estado de hecho en un estado de derecho, la concesión del derecho al que realiza desde hace mucho tiempo sus manifestaciones exteriores" (Colin y Capitant Derecho Civil).

6.—Para desvirtuar los hechos de explotación económica alegados por el prescribiente, no basta presentar testigos que digan que tal explotación no ha existido, si en contrario obran otros testimonios que la acreditan y que fueron suficientes para llevar al juzgador a la convicción sobre la existencia de esos hechos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila).

Vicente Olivares Porras, por medio de apoderado, presentó demanda ante el Juez Segundo Civil del Circuito de San José de Cúcuta el 29 de julio de 1948, contra Esteban Nava O., Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca); Texas Petroleum Company; Tejar de Pescadero Limitada; Municipio de Cúcuta; Jorge A. Saich y Pedro León Durán D.

El demandante dice obrar en su calidad de comunero y pide para la comunidad de El Salado, afirmando que es dueño de la mayor parte de las cuotas en dicha comunidad.

La demanda se encamina a obtener que se declare que los terrenos que poseen cada uno de los demandados y que el actor singulariza en las catorce peticiones que contiene el libelo, son de la exclusiva propiedad de la por él denominada comunidad de EL SALADO, y que como consecuencia de esa declaración se ordene a los demandados que restituyan a la comunidad mencionada cada una de las porciones de terreno de que ellos están en posesión. Pide la restitución de frutos naturales y civiles, "tanto los percibidos como de aquellos que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo el inmueble en su poder".

Treinta hechos relaciona el actor para fundamentar sus peticiones y prácticamente todos ellos están expuestos para demostrar la existencia de la comunidad El Salado; hace una relación cronológica de la propiedad, que en su opinión arranca del título obtenido por Juan Gregorio Almeida mediante el remate que hizo el 2 de mayo de 1774, hasta llegar a los títulos de propiedad de los demandantes, para concluír que éstos no son propietarios de los terrenos cuya reivindicación se persigue, pues el único dueño de los tales terrenos es la comunidad de El Salado.

Resulta en verdad difícil precisar cuáles son los motivos que en derecho alega en su favor el demandante, pues en la parte del libelo que él denomina "Motivación" y que le lleva más de doce hojas de papel sellado, hace una mezcla de todos los temas jurídicos que tuvo a mano para pretender demostrar que los hechos aducidos están amparados por las disposiciones legales, que no cita en concreto, pero a las cuales se refiere tangencialmente.

En la "Motivación", aduce doctrinas de la Corte; estudia cuestiones procesales; formula tesis sobre "prórroga de jurisdicción por razón del lugar de los bienes"; comenta la "Jurisprudencia de la casación civil"; y vuelve a hacer un recuento histórico sobre títulos de propiedad; y, en fin, presenta un verdadero alegado de instancia. Pero en ninguna parte aparece claramente expresado cuál es el fundamento en derecho ni menciona las disposiciones legales con las cuales pretende amparar el derecho alegado.

No obstante tan confusa demanda, parece que el actor invoca en su favor los textos legales que se refieren al dominio y a la reivindicación, como temas principales.

Los demandados contestaron oponiéndose a las pretensiones del actor y propusieron la excepción de prescripción adquisitiva en su favor y respecto de los inmuebles reclamados a cada uno de ellos.

En el curso del juicio el actor desistió en cuanto a la Texas Petroleum Company y ese desistimiento quedó en firme.

También se presentó el caso de impedimento de uno de los Magistrados de la Corte, impedimento que en su época fue aceptado y como consecuencia se verificó el sorteo de Conjuez. Pero se advierte que como el Magistrado impedido entonces, ya no está investido del cargo, ese impedimento no tiene razón de ser y por ende tampoco la actuación del Conjuez, por este motivo actúa ahora la actual Sala de Casación Civil, de la cual no está impedido ninguno de los Magistrados que la integran.

Las partes trabadas en la litis hicieron uso del derecho de pedir y de hacer practicar las pruebas que consideraron conducentes a sus respectivas pretensiones y así se produjo un amplio material probatorio que fue detenidamente estudiado tanto por el Juez de primer grado como por el Tribunal en la segunda instancia.

El Juez del conocimiento profirió sentencia el día 28 de marzo de 1953 y en la parte resolutiva dice: "En virtud de lo expuesto el Juzgado.... declara que los demandados han probado la excepción extraordinaria adquisitiva de dominio y los absuelve de los cargos de la demanda". Condenó en costas a la parte demandante.

El apoderado del actor no se conformó con la sentencia aludida e interpuso recurso de apelación.

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona se surtió la segunda instancia y el juicio finalizó con la sentencia de dicho Tribunal, dictada el día 8 de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

Estudia el Tribunal la acumulación de acciones que se presenta en el juicio y dice: "Acumula el actor en una sola demanda varias acciones reivindicatorias contra personas distintas y sobre diferentes lotes de terreno que son parte integrante de un mismo todo, el predio común denominado El Salado". Hace un detenido examen tanto de la jurisprudencia, de la opinión de autores y de los textos legales aplicables al caso y concluye sobre este punto, así: "Todas estas consideraciones se han hecho para demostrar cómo es de infundada la excepción de petición de modo indebido propuesta por uno de los demandados como dilatoria y que el Juez a-quo con mucho acierto estimó que era perentoria, y en tal virtud, no podía ser materia de especial y previo pronunciamiento sino que debía decidirse en la sentencia.... No hay, pues, obstáculo alguno que impida el estudio a fondo de todas las cuestiones debatidas en este juicio".

Viene luégo el estudio que hace el sentenciador sobre la acción reivindicatoria, su naturaleza, objeto y consecuencias, para seguir con el examen sobre la excepción perentoria de prescripción adquisitiva, así ordinaria como extraordinaria, y finaliza el fallo en estos términos: "Merced a las consideraciones que anteceden el Tribunal en Sala Civil.... CONFIRMA en todas sus partes la sentencia de fecha 28 de marzo próximo pasado, por medio de la cual el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cúcuta absolvió a Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca), el Municipio de Cúcuta, Tejar de Pescadero Limitada, Esteban Nava Olarte, Jorge A. Saich y Pedro León Durán de todos los cargos que fueron formulados en el presente juicio ordinario sobre reivindicación promovido por el doctor Luis F. Urbina, como apoderado especial de Vicente Olivares Porras en representación y a nombre de la Comunidad de "El Salado". Condenó en costas a la parte actora.

El actor principal demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia que se acaba de mencionar, y concedido éste llegó el proceso

a la Corte en donde se han cumplido las ritualidades legales y por lo tanto se procede a resolverlo, haciendo constar que respecto a los demandantes coadyuvantes se declaró desierto el recurso, como aparece del expediente. (Folio 79 vuelto cuaderno de la Corte).

* * *

LA DEMANDA DE CASACION

En una muy extensa demanda de casación, escrita en treinta y siete hojas, ataca el recurrente la sentencia del Tribunal de Pamplona y formula cuatro cargos, que pueden enunciarse así:

"Primer cargo. ..... acuso la sentencia recurrida de violar por interpretación errónea los artículos 60, Ley 63|936; 4, Ley 169|96; 45, Ley 57 de 1887; 1 a 5 Ley 153|887; 1.757, 1.758, 1.759, y 1.769 del Código Civil; 472, 597, 721, 722, 723, y 730 del C. P. C., violación en la cual incurrió el Tribunal al estimar que, por cuanto el actor no pagó los honorarios de los peritos en la segunda instancia, el dictamen correspondiente carece de valor probatorio, habiendo, por tal motivo, dejado de aplicar en la decisión del juicio los principios generales sobre el mérito de las pruebas, los cuales están contenidos en estos preceptos. Debo repetir que dichos honorarios fueron pagados antes de que se interpusiera el recurso de casación".

La argumentación del recurrente se desarrolla así: "La Ley 63 de 1936 trata de manera especial sobre los impuestos sucesorales, y en tal sentido derogó algunos preceptos del C. P. C. ya que en esta materia impera de preferencia a otras normas. Pero el artículo 568 del C. P. C. que se dice subrogado por el 60, Ley 63|936 no tiene nada que ver con el juicio sucesorio desde cuando esta ley reglamentó íntegramente lo referente a avalúos sucesorales y pago de los peritos que lo hacen. De otra parte, tratándose de la prueba pericial en sí misma, cabe aplicar favorablemente al caso de autos la segunda regla del citado artículo 45, Ley 57|887 pues que, interpretando el Tribunal que el artículo 60 Ley 63|936 sustituye al 568 del C. P. C. quitando al avalúo pericial su fuerza probatoria sin el pago a los peritos, resulta que hay disposiciones posteriores en el mismo C. P. C. que contrayéndose a la misma materia del peritazgo le dan fuerza a éste sin consideración alguna al pago o no pago de los peritos, como son los artículos 597 numeral 3º, 721, 722, 723 y 730".

Transcribe el recurrente el texto de esos artículos y prosigue: "Si prevaleciera el artículo 60, Ley 63|936 como sustitutivo del C. P. C. sobre los transcritos, no cabría ninguna amplitud en la valoración probatoria del peritazgo.... De las disposiciones que he citado, el Tribunal tan sólo menciona el artículo 60, Ley 63|936, más las otras, por integrar la prueba respectiva en su concepción jurídica, al desestimar esas pruebas instintivamente se tuerce el sentido de aquellas disposiciones lo mismo que el citado artículo o sea, se les dá errónea interpretación. Si se descartara esta especie de violación, no cabría en ninguna de las otras que contempla el artículo 520 del C. P. C.".

Se considera:

No es por simple interpretación como debe considerarse que el Art. 60 de la Ley 63 de 1936 subrogó el artículo 568 del Código Judicial, pues basta leer el contenido de aquella disposición legal que dice en su encabezamiento: "El artículo 568 del Código Judicial quedará así:...." para convencerse de que el artículo 60 citado vino a sustituír íntegramente el 568 del Código Judicial.

No es exacto, como parece que lo pretende el recurrente, afirmar que la disposición del artículo 60 se refiere únicamente a diligencias de avalúos en juicios de sucesión y a diligencia de esta clase practicadas en otro juicio. El artículo en su conjunto, se refiere a diligencias en que intervienen intérpretes o peritos, y establece una sanción, en verdad muy rigurosa cuando ordena que en los juicios mortuorios no se podrán aprobar las diligencias de avalúos cuando no aparezca que se hayan pagado los honorarios de los peritos; y respecto de otros juicios va más allá, pues claramente preceptúa que no podrá tenerse como prueba la diligencia que se hubiere practicado por medio de peritos sino aparece que los honorarios de ellos han sido pagados o satisfactoriamente arreglados.

Quiso el legislador, sin duda, evitar que con los peritos se cometiera la injusticia de obligarlos a presentar su concepto sin seguridad alguna en cuanto al pago del valor de su trabajo. De modo que si bien el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 no forma en realidad parte integrante de las normas de la tarifa para calificar el mérito intrínseco de las pruebas, sí constituye claramente una vía coercitiva para obtener la oportuna satisfacción de los honorarios periciales. Y está en cumplimiento de la ley el sentenciador que se abs-

tiene de considerar el dictamen cuando se halla insoluto el pago de los honorarios señalados a los peritos.

Ante la abstención así fundada, no es de recibo en el recurso extraordinario cargo alguno contra el fallo de instancia con alegación de cualquier género de error, de hecho o de derecho, en la estimación probatoria del dictamen.

En el caso que se estudia consta de autos que sobre el punto se estableció controversia, para determinar por quién debían pagarse los honorarios. Cuando la prueba de inspección ocular se produjo y los peritos principales pidieron que se determinara quién debía pagar los honorarios, el Tribunal resolvió que "...el pago de los principales a cargo de cada una de las partes más la mitad para ellas de lo que corresponde al perito tercero, pago que se hará dentro del plazo legal". (Auto de 22 de diciembre de 1954. Folio 26 vuelto cuaderno de pruebas en segunda instancia).

Pero reclamada esta determinación por la parte demandada el mismo Tribunal revocó el auto suplicado, y después de un estudio más detenido de la cuestión debatida, dispuso "...que los gastos ocasionados con la prueba de que se trata, como son los correspondientes a los honorarios de los tres peritos que allí interviniéron deberán ser cubiertos únicamente por quien la solicitó, es decir por el actor". (Auto de 5 de mayo de 1954. Folio 30 del mismo cuaderno).

Entonces no puede ni siquiera alegarse que el actor no hubiera sido noticiado de que debía pagar los honorarios y no obstante no los pagó en su oportunidad. Sólo cuando interpuso el recurso de casación y ante el peligro de no ser oído por no haber satisfecho la obligación que contra él dedujo el Tribunal, hizo el pago, pero tiempo después de haber sido dictada la sentencia de segundo grado.

Si, pues, el Tribunal aplicó rectamente la disposición del artículo 60 de la Ley 36 tantas veces mencionada, no puede haber incurrido en violación indirecta de los textos legales señalados por el recurrente, aparte de que varios de tales textos no contienen disposiciones sustantivas, cuya violación den lugar al recurso de casación.

Por lo expuesto el cargo no prospera.

* * *

SEGUNDO CARGO: "Lo fundo en el segundo inciso. numeral I del artículo 520 del C. P. C., acusando la sentencia recurrida de violar indirectamente los artículos 764, 765, 789, 1.759, 2.322 del Código Civil; 630, 668, 693, 697, 722 y 730 del C. P. C. por evidente error de hecho en el cual incurrió el Tribunal al decidir, que, el actor no acreditó la "identidad de la comunidad de El Salado, para concluír lo cual, le faltó apreciar estas pruebas"; enumera, en seguida las pruebas, que según el recurrente, dejó de apreciar el Tribunal.

Se considera:

No está por demás repetir que el recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se trata de un recurso extraordinario establecido principalmente con el fin primordial de unificar la jurisprudencia y de enmendar los agravios que por el sentenciador de instancia se hayan inferido a la ley sustantiva. No se trata en casación de reabrir el debate, que quedó clausurado con la sentencia de segundo grado, se trata sólo de examinar si esa sentencia adolece de alguna falla que atente contra la ley. En este recurso se enjuicia la sentencia del Tribunal y la acusación debé versar sobre puntos concretos. En tratándose de errores de hecho cometidos por el sentenciador y que indirectamente traen como consecuencia la violación de alguna norma sustantiva, es necesario, de toda necesidad, que el recurrente demuestre con toda evidencia que ese error de hecho aparece de modo evidente; y debe demostrar también, cuál es el motivo que determina ese error de hecho. Pero no se trata aquí de que se pueda renovar el debate sobre la estimación que haya hecho el actor en el juicio de las diversas pruebas presentadas. Si el sentenciador estudió el material probatorio que ha debido tener en cuenta y si de ese estudio no aparece de manifiesto el error de hecho, entonces no puede pretenderse que la Corte, en Casación, pueda entrar en la consideración, en general, de las pruebas, pues esto, se repite, se surtió en la instancia.

Tampoco debe olvidarse que los Tribunales tienen completa autonomía para la estimación de las probanzas y que las conclusiones a que lleguen, previo el estudio de las mismas, debe respetarse, a no ser que evidentemente haya cometido un error de hecho tan de bulto que aparezca de modo manifiesto, que pueda afirmarse que la equivocación del Tribunal es evidente.

Como es bien sabido el error de hecho puede presentarse cuando el sentenciador dá por probado un hecho a pesar de que en el proceso aparezca claramente que ese hecho no ha existido; o cuando no ve la prueba que demuestra el hecho alegado. No basta, pues, alegar en casación que el sentenciador de instancia cometió error de

hecho en la apreciación de las pruebas. Es preciso demostrar claramente en dónde está el error del sentenciador, y como él incide en la violación de la ley sustantiva.

En el caso que se estudia, basta leer la extensa sentencia acusada para ver que el Tribunal fue prolijo en el examen de las diferentes piezas que constituyen el material que se trajo como probatorio a los autos.

Después de un estudio bien fundamentado sobre la acumulación de acciones, que el Tribunal hace para concluír: "... cómo es de infundada la excepción de petición de modo indebido propuesta por uno de los demandados como dilatoria y que el Juez a-quo con mucho acierto estimó que era perentoria...", entra a considerar la materia relacionada con la acción reivindicatoria, su naturaleza, objeto y consecuencias, principiando por el examen de los textos legales que con ella tienen conexión y dice: "De la definición, del objeto mismo de la acción reivindicatoria se deduce una consecuencia muy importante y es esta: la acción reivindicatoria nace del derecho de dominio pero no se confunde o identifica con él; la acción se dirige contra el actual poseedor en cuanto su posesión implica un atentado contra la propiedad y tiene por fin el cumplimiento de una obligación positiva, la de restituír el bien. La propiedad en cambio, es un derecho que se hace valer contra todos, erga omnes, implicando así una prohibición absoluta de atentar contra el derecho de dominio que no significa precisamente la existencia del sujeto pasivo de una obligación de hacer o de no hacer. En otras palabras, el contenido y la extensión o alcance del derecho de dominio y de la acción reivindicatoria no coinciden sino que son diferentes. Son de carácter general y abstracto en el primero y de carácter particular y concreto en el segundo. Cabe examinar a la luz de estos principios lo que ocurre en el caso sub-judice. Ha demostrado el actor el derecho de dominio sobre el predio de El Salado que se dice pertenecer a la Comunidad del mismo nombre?"

Y hace un detenido examen de las diferentes escrituras que llevaron a su ánimo la convicción que deja expuesta en los siguientes apartes de la sentencia: "Como el título de la parte actora arranca de la adjudicación hecha en el juicio de sucesión de Petra Peñuela de Almeida, apenas podría reivindicar, como causahabientes de Miguel Porras y Feliciana Sayago de Porras, la tercera parte de la cuota que en esa partición cupo a Ezequiela Almeida de Salas. Pero como en la demanda se habla en general de la Comunidad de EL SALADO y como ese predio nunca ha sido dividido materialmente pudiera interpretarse en el sentido de que la reivindicación se pide para toda la comunidad general sobre ese predio y no a nombre de alguna de las comunidades particulares de que antes se ha hablado. En todo caso, de lo expuesto se deduce que el actor no ha demostrado de una manera cabal, inequívoca, definitiva y precisa el derecho de dominio que invoca como fundamento de la múltiple acción reivindicatoria que ejercita".

Esta convicción a que llegó el Tribunal no se ha desvirtuado, ni demostrado que a ella lo condujo un evidente y palpable error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. Y mientras tal demostración no aparezca el juicio del Tribunal es intocable en casación, a pesar de que el recurrente pretenda ahora reabrir el debate para pretender demostrar, no el error de hecho de que se acusa la sentencia, sino que las pruebas por él aducidas y que fueron consideradas por el sentenciador, tienen más valor que aquellas que sirvieron de fundamento a la convicción del Tribunal.

El propio recurrente cita en su demanda de casación varios pasajes de la sentencia en donde el Tribunal estudia las pruebas que él considera que no fueron estimadas en esa providencia.

Lo dicho es suficiente para concluír que este cargo tampoco prospera.

Es de advertir, antes de continuar con el examen de los otros dos cargos, que la falta de demostración de las pretensiones reivindicatorias, es uno de los soportes de la sentencia acusada, y que por consiguiente, aún en el caso de que los otros dos cargos o alguno de ellos prosperara, la sentencia no podría casarse, porque el aludido soporte la haría permanecer en pie.

* * *

TERCER CARGO: "...acuso la sentencia recurrida, de violar indirectamente los artículos 752, 762, 778, 946, 947, 949, 950, 952, 957, 963 y 964 del Código Civil por error de derecho en el cual incurrió el fallador al apreciar erróneamente las siguientes pruebas aducidas oportunamente a los autos: a) Venta hecha por Rosalía Sumalabe de Almeida a Antonio de León, por escritura otorgada en Cúcuta en febrero 13|819 de un lote de El Salado llamado El Cerro; b) Inspección ocular practicada en la segunda instancia; y c) Todas las pruebas que demuestran la existencia

de la comunidad de El Salado y que ya fueron estudiadas detenidamente en el segundo cargo de casación. Por tan errada apreciación el Tribunal dejó de aplicar aquellos preceptos en la decisión de la causa".

Ya se dijo, al estudiar el cargo anterior, que el Tribunal consideró las diversas pruebas que debía estudiar y que en la apreciación que de ellas hizo no se advierte un error evidente de hecho. Al contrario las estimó lógicamente y llegó a la conclusión de que ni el actor demostró el derecho de dominio que alega para la comunidad de El Salado, ni pudo identificarse claramente y sin lugar a dudas el predio cuya reivindicación se pide. Además el cargo está mal formulado, porque va contra la técnica de casación formular un cargo como el que se estudia, sin determinar todas y cada una de las pruebas que el recurrente afirma que fueron erróneamente apreciadas.

No prospera el cargo.

* * *

CUARTO CARGO: En este cargo se ataca la principal conclusión a que llegó el Tribunal y que consiste en decir que los demandados, probaron la excepción de prescripción adquisitiva de sus respectivos predios sobre que versa la demanda de reivindicación. Dice el recurrente: "Cuarto cargo de casación. Lo baso en el segundo inciso, numeral 1º del artículo 520 del C. P. C. por lo cual, acuso el fallo recurrido de violar indirectamene los artículos 1 a 4 Ley 51 de 1943; I Ley 200 de 1936; 41, Ley 153 de 1887; 5 a 9 Ley 120 de 1928; 2.340 y 2.525 del Código Civil; 702, 705, 722 y 730 del C. P. C. por evidente error de hecho cometido por el Tribunal al decidir que los demandados, con exclusión del Municipio de Cúcuta, demostraron la excepción de prescripción respecto de los lotes de El Salado que se les demanda, ante lo cual le faltó apreciar estas pruebas: I.—Observaciones personales del Juez comisionado del Tribunal contenidas en el acta de inspección ocular practicada en la segunda instancia, sobre falta de cultivos y de actos de explotación económica en El Salado. II.—El dictamen pericial rendido uniformemente en la inspección ocular practicada en la segunda instancia sobre falta de cultivos y de otros actos de dominio sobre El Salado. III.—Testimonios de Teodoro Urbina L., Andrés Lazacano, Silvio Gómez, Crisanto Sánchez y Angel Ignacio Cuberos sobre posesión continua, pública y pacífica sobre El Salado del demandante y sus antecesores. IV.— Dictamen pericial de los peritos en la primera instancia sobre diversos hechos, particularmente, sobre falta de aptitud del terreno de El Salado, para cultivos y la no existencia de actos de explotación económica".

La argumentación del recurrente, en este cargo, se encamina a demostrar que sobre los terrenos que los demandados poseen y cuya reivindicación pide no se han ejercido actos de dominio ni por los actuales poseedores ni por sus antecesores, toda vez que esos terrenos son de tal naturaleza incultos e inútiles que hacen del todo imposible su explotación económica. Afirma que carecen de capa vegetal y que no existen en ellos corrientes de agua capaces de hacerlos utilizables para la producción de pastos o de cultivos de ninguna clase.

Pero el recurrente incurre en varias contradicciones cuando afirma que los terrenos materia de pleito no sirven para nada útil, económicamente considerados, y cuando dice que en esos mismos terrenos ha tenido el actor en el juicio ganados en pastoreo, lo mismo que otras varias personas. En algunas partes afirma el recurrente que los demandados no tienen ningún derecho sobre los terrenos y en otras dice que esos demandados son comuneros en el predio general de El Salado.

Como se dijo al principio de este fallo, el actor no invocó en la demanda inicial ninguna disposición legal en concreto, y en la demanda de casación mezcla los argumentos para rebatir la tesis del Tribunal sobre prescripción adquisitiva, estudiando tanto la usucapión ordinaria y la extraordinaria con la especial prescripción agraria y la declaración judicial de pertenencia como la disposición del artículo 1º de la Ley 51 de 1943, que consagró el derecho del comunero para adquirir por prescripción adquisitiva del dominio, ordinaria o extraordinaria, el predio común proindiviso o alguna parte de él y que posea materialmente, en las condiciones legales, derecho que puede hacer valer contra los demás comuneros.

El recurrente insiste en que el Tribunal no consideró las pruebas presentadas por el actor para demostrar la falta de actos materiales por parte de los demandados que hayan sido ejecutados por ellos en ejercicio del derecho de dominio ni tampoco las enderezadas a demostrar que no existe, por parte de los actuales poseedores ni de sus antecesores ninguna explotación económica.

En la sentencia acusada dice el Tribunal:

"De todos modos, aún suponiendo y admitiendo

que es viable y procedente la acción reivindicatoria ejercitada y que han sido demostrados todos los hechos fundamentales de la demanda es lo cierto que ella ha quedado plenamente desvirtuada porque los demandados probaron la excepción perentoria de prescripción adquisitiva, así ordinaria como extraordinaria con lo cual se extinguió el derecho de dominio de la parte actora si es que alguna vez existió. En efecto, durante el término probatorio de la primera instancia, a solicitud del apoderado de Avianca, se recibieron las declaraciones de Octaviano Prato, de 75 años de edad, Benito Labrador, de 72, Vidal Sayago, mayor de 70 años y Pedro Pastor Sanabria, todos los cuales están acordes en afirmar que conocen de manera personal y directa, identificándolo por sus linderos y durante muchos años, el predio denominado 'Totumito' sobre el cual han ejercido posesión material de modo público, continuo, no interrumpido, sin reconocer dominio ajeno y realizando actos positivos de verdadera explotación económica, durante más de treinta años y en diversas épocas las siguientes personas: Pedro e Inocencio Bosch, desde 1886, en un lapso de 7 años; José del Carmen Cuéllar y José Antonio Cantor, cerca de 30 años, de 1892 hasta fines de 1920; después José Antonio Cantor sólo durante 8 años; hasta fines de 1928; luégo Rosario Cuéllar en 1929, enseguida Rosa Delia Casadiegos, desde fines de 1929 hasta 1935 y de ahí en adelante Esteban Nava Olarte, quien a principios de 1944 vendió a Avianca parte de ese predio en una extensión aproximada de 150 hectáreas, lote en que esa empresa de aviación construyó un aeródromo, con todos sus servicios y dependencias que desde entonces viene poseyendo y explotando comercial y económicamente. Así, pues, prescindiendo de todo título inscrito y agregando su posesión a la de todos sus antecesores, se ha demostrado en forma plena y suficiente que Esteban Nava Olarte adquirió por usucapión extraordinaria el derecho de dominio sobre el predio denominado 'El Totumito', identificado como parte del inmueble 'El Salado' de que se habla en este juicio".

"Como otros de los demandados, Avianca, Jorge A. Asich y Pedro León Durán D. derivan sus derechos como causahabientes a título singular por las compras que hicieron a Esteban Nava Olarte de determinados lotes de terreno que hacían parte del predio 'El Totumito', es claro y evidente que a ellos les favorece y aprovecha igualmente ese modo de adquirir el dominio por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión".

"Para acreditar la posesión material y la explotación económica que 'Tejar Pescadero Limitada' ha ejercido sobre el lote de terreno comprado por Roberto Moreno, Jorge E. Barco, y Emilio Gaitán Martín a Pedro Rafael Salas, quien a su vez lo adquirió por compra a Rebeca Salas de Estrada y que luégo fue aportado a la sociedad mencionada, se adujeron las declaraciones de Cayetano Contreras, Esuperio Fonseca, Julio Ramírez Cuberos, Hipólito Olivares, Rámón Barrientos y José de Jesús Bohórquez, quienes afirman que les consta cómo durante más de treinta años, de manera continua, pública y no interrumpida han ejercido actos propios de dueño sobre ese inmueble. Se trajeron también las copias de algunos contratos de arrendamiento celebrados por su antigua propietaria, señora Rebeca Salas de Estrada".

"Para demostrar la posesión de Esteban Nava Olarte sobre el predio 'El Totumito' se allegó al expediente la copia de la escritura pública número 253, de fecha 9 de abril de 1943, otorgada ante la Notaría Primera del Circuito de Cúcuta, por medio de la cual se protocolizaron las diligencias o juicio sobre amparo de posesión material promovido por Nava Olarte contra Francisco García, cuyos resultados fueron favorables a aquél. Con la inspección ocular practicada durante el juicio se demostró cómo Esteban Nava Olarte había ejecutado sobre el predio 'El Totumito' ciertas obras que revelan una verdadera explotación económica tales como hechura de cercas, construcción de casas, terraplenes y lagunas para el aprovechamiento de aguas lluvias, corrales chiqueros para cabras y otros ganados etc., etc.".

"Los peritos principales que actuaron en esa diligencia están conformes en afirmar que el predio 'El Totumito' está dentro de 'El Salado' que no hay diferencia entre los linderos de 'El Totumito' a partir de la escritura pública número 157 de 24 de julio de 1886 otorgada en la Notaría Primera de Cúcuta y por medio de la cual Juan Bosch vendió algunos bienes entre ellos el nombrado predio, a Pedro e Inocencio Bosch hasta la escritura pública número 667, de 14 de diciembre de 1935 de la Notaría Segunda de Cúcuta, en que consta la venta hecha por Rosa Delia Casadiegos a Esteban Nava Olarte; que no hubo manifiesta alteración de los linderos sino que ocurrió simplemente que José Antonio Cantor al vender los derechos que tenía sobre El Salado al señor Rosario Cuéllar, sustituyó este nombre por el de 'Totumito' que todos los lotes de terreno de cuya

reivindicación se trata están comprendidos dentro de 'El Salado'; estuvieron en desacuerdo en cuanto a la determinación de la 'Quebrada Seca', de 'El Salado' o de la 'Saladera' de que habla la escritura pública sin número de fecha 13 de febrero de 1819, otorgada ante el Regidor, Alferez Real y Alcalde Ordinario de la Villa de San José de Cúcuta, por medio de la cual Rosalía Zumalabe de Almeida por medio de su apoderado don Juan Balanzó, vendió un pedazo de tierra del Hato de 'El Salado' a don Antonio de León y como consecuencia el doctor Héctor Alarcón sostuvo que los lotes de terreno de los demandados están incluídos en el inmueble que habla la escritura pública últimamente citada, en tanto que el otro perito señor José de La Luz Navas, sostuvo la tesis contraria. El perito tercero, doctor Hernando Rueda Pérez dirimió el desacuerdo adhiriendo al concepto del primero. Objetado por error grave este dictamen, durante el término de pruebas del incidente intervinieron como peritos principales los doctores Rafael Jaramillo y Luis Fernando Bermúdez, quienes también estuvieron en desacuerdo en cuanto a la determinación o identificación de la 'Quebrada Seca' que para el primero es la misma de 'La Saladera' y para el segundo es la quebrada de 'Santa Rita'. El perito tercero, doctor Pablo Vanegas Ramírez, resolvió la diferencia adhiriendo a la opinión del perito doctor Rafael Jaramillo".

"De esta suerte, si los lotes de terreno de que habla la demanda y de cuya reivindicación se trata hacen parte del inmueble o porción de 'El Salado' que Rosalía Zumalabe de Almeida, por medio de apoderado vendió a don Antonio de León según la escritura pública de 13 de febrero de 1819, otorgada ante el Regidor Alferez Real y Alcalde Ordinario de Cúcuta, es claro entonces salieron de su patrimonio y, por lo tanto, no quedaron incluídos ni podían serlo en el juicio de sucesión de Petra Peñuela de Almeida ni por lo mismo podían hacer parte de lo adjudicado a Ezequiela Almeida de Salas de donde, en último término, arranca el título de propiedad de la actora".

Esta larga transcripción se hace con el fin de demostrar que el Tribunal sentenciador hizo el estudio detenido de las pruebas que consideró pertinentes para fundamentar la conclusión a que llegó en el fallo.

Ninguna de tales pruebas fueron desvirtuadas por el actor en el juicio y si esa parte presentó otras, esas tales no convencieron al Tribunal ni fueron capaces de hacerle cambiar su convicción. No se advierte en el examen de las pruebas ningún error evidente, como lo alega el recurrente. No está por demás hacer resaltar que el fallo acusado se refiere a la excepción, alegada por los demandados, de prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria, reglamentada por el Código Civil, y, que no trata de otra clase de prescripciones adquisitivas, ni mucho menos de la declaración de pertenencia.

Del estudio que hace el Tribunal se deduce claramente que los demandados son poseedores de sus respectivos predios; que sobre tales predios, ellos y sus antecesores en el dominio han ejecutado actos de señor y dueño, entre otros los de vender y dar en arrendamiento tales bienes; que la posesión ha sido regular, pública y no interrumpida, durante más de treinta años y que han ejecutado actos de explotación económica, los cuales están debidamente demostrados, especialmente en cuanto a los demandados, no importa que la calidad de las tierras no sean aptas, como lo dice el recurrente para cultivos, pues se trata de terrenos áridos y arenosos, sin capa vegetal, pues los actos de explotación económica no son únicamente los que consisten en cultivos, sementeras o plantaciones de pastos para dedicarlos a la ceba de ganados, sino "toda otra forma de explotación económica que se manifieste por medio de hechos positivos propios de dueño", según se lee en el artículo 4º del Decreto número 59 de 1928, por el cual se reglamenta la ley de tierras. En el caso presente puede admitirse que los poseedores no cultiven los terrenos de que son dueños, pero si han ejecutado en ellos hechos positivos propios de dueño, tales como la construcción del aeródromo de Avianca, la explotación del Tejar de Pescaderos, la construcción y explotación del matadero municipal de Cúcuta (que es un servicio público) la construcción de habitaciones y el cerramiento de los predios. Esto en cuanto a la época actual; remontándose en el tiempo hasta más de veinte años atrás, aparece demostrado, como lo dice el Tribunal, fundándose para ello en pruebas que no fueron desvirtuadas en el juicio, que los anteriores dueños también cumplieron con los requisitos de explotación económica, pues está acreditado que Esteban Nava Olarte, construyó casas para habitación, terraplenes para represar las aguas lluvias, lagunas para abrevaderos; cercas, etc. Y Rosa Delia Casasdiego, daba en arrendamiento los terrenos como lo demuestran los contratos que obran en autos.

Todos estos actos de dueños hacen que sea ju-

rídica la declaratoria a favor de los demandados de la usucapión, bien se les considere como dueños absolutos de sus respectivos globos de terreno, o como comuneros que los han poseído en las condiciones legales para adquirirlos por prescripción, toda vez que la Ley 51 de 1943, en su artículo primero, consagra en favor del comunero que posea materialmetne en las condiciones legales el predio común o alguna parte de él, el derecho de hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva de dominio, ordinaria y 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. Y esta prescripción podrá invocarse judicialmente, como acción o como excepción.

El legislador protege muy especialmente a la institución legal de la prescripción, toda vez que ésta se considera como de orden público, pues es la base más firme del derecho de propiedad; sobre la prescripción descansa la organización del orden económico y llega a tanto su importancia, que, según el concepto de eminentes tratadistas de derecho civil "La prescripción es la transformación de un estado de hecho en un estado de derecho la concesión del derecho al que realiza desde hace mucho tiempo sus manifestaciones exteriores" (Colin y Capitant, Derecho Civil).

Para desvirtuar los hechos de explotación económica alegados por el prescribiente, no basta, como sucede en el caso que se estudia, presentar testigos que digan que tal explotación no ha existido, cuando en contrario obran otros testimonios que acreditan lo inverso y que fueron suficientes para llevar al juzgador a la convicción sobre la existencia de esos hechos, y que no se ha desvirtuado, pues no está demostrado ningún error de hecho en la apreciación de los elementos de prueba que el sentenciador tuvo de presente.

Es suficiente lo expuesto para decir que el cargo no prospera.

En mérito de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona dictada en el juicio ordinario de Vicente Olivares Porras contra Aerovías Nacionales de Colombia S. A. (Avianca) y otros, con fecha ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y cuatro.

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

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

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

LOS REGLAMENTOS INTERNOS DE LAS ENTIDADES OFICIALES NO PUEDEN ENTORPECER LA MARCHA DEL PROCEDIMIENTO JUDICIAL, NI TAMPOCO MODIFICAR LAS REGLAS RELACIONADAS CON LA EFICACIA DE LOS TERMINOS

Las normas procesales son de Orden Público y no pueden desatenderse por consideraciones de orden particular y mucho menos cuando se trate de términos fatales que afecten los intereses de las partes.

En nuestro derecho como en el de todos los países existe el principio de la igualdad de tratamiento para los litigantes y así lo ha resuelto la Corte en diferentes fallos, entre ellos en auto reciente dictado por esta misma Sala en el juicio de Aurelio Cadavid E. contra el Municipio de La Unión, que lleva fecha cuatro de marzo de 1958.

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

(Magistrado Ponente Dr. Alfredo Cock Arango).

El señor apoderado de la parte opositora solicita revocación del auto de 25 de octubre pasado por medio del cual se ordenó correrle traslado de la demanda de casación y que en su lugar se declare desierto el recurso por no haberse fundado en tiempo oportuno, conforme a lo preceptuado por el artículo 532 del C. J.

Al efecto expresa que el señor Procurador General de la Nación fue notificado del auto por medio del cual se ordenó darle traslado del proceso para el efecto indicado, el día treinta de agosto de 1958, según aparece de la constancia firmada por el señor Procurador Delegado en lo Civil; que conforme a la nota de la Secretaría de la Corte —Sala Civil de Casación— que corre a folios 6 del cuaderno respectivo, el expediente quedó a disposición de dicho señor Procurador el día 3 de septiembre siguiente para los efectos del mencionado traslado y que soalmente el día 17 de octubre de 1958 fue presentada la mencionada demanda, o sea cuando habían vencido los treinta días hábiles que señala el artículo 530 del citado Código, para formularla.

El señor Procurador manifiesta que el término de que se trata solamente empezó a correr el día 16 de septiembre de este año en que le fue repartido el negocio, y que por lo tanto no es el caso de darle aplicación al artículo 532 del Código Judicial, puesto que debe considerarse que la demanda fue presentada en tiempo hábil.

Se considera:

Los reglamentos internos de la Procuraduría General de la Nación no pueden entorpecer la marcha del procedimiento ni tampoco modificar las reglas relacionadas con la eficacia de los términos. En realidad, si por razón del mecanismo del reparto recibió un poco tardíamente el expediente el señor Procurador Delegado, su deber era también apresurar el trabajo para evitar incurrir en la sanción establecida por el artículo 302 citado del Código Judicial; y, efectivamente, de la fecha en que según sus afirmaciones le fue repartido el expediente y el día 9 de octubre de 1958 en que vencieron los treinta días hábiles para presentar tal demanda tuvo muy amplio tiempo para elaborarla y hacerla llegar a la Secretaría de la Corte.

Pero aun suponiendo que ello no fuera posible, hay que tener en cuenta que las normas procesales son de Orden Público y no pueden desatenderse por consideraciones de orden particular y mucho menos cuando se trata de términos fatales que afectan los intereses de las partes. Si en lugar de ser el Ministerio Público el recurrente lo fuera el que es opositor en este litigio, indudablemente el señor Procurador habría pedido la declaratoria del artículo 532 del Código Judicial y no podría negársele tal petición.

En nuestro Derecho como en el de todos los países existe el principio de la igualdad de tratamiento para los litigantes y así lo ha resuelto la Corte en diferentes fallos, entre ellos en auto reciente dictado por esta misma Sala en el juicio de Aurelio Cadavid E. contra el Municipio de La Unión que lleva fecha 4 de marzo de 1958.

De donde resulta, que el señor Procurador delegado en lo Civil, que naturalmente conoció esa providencia, estaba al corriente del modo de pensar de la Corte sobre la materia.

Por tanto, no queda otro camino que revocar el auto de 25 de octubre en el cual se mandó dar traslado del proceso a la parte opositora, como en efecto se revoca, y en su lugar declarar como se declara desierto el recurso de casación interpuesto, lo que la Corte RESUELVE administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

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

Alfredo Cock Arango.—Ignacio Escallón.—José Hernández Arbeláez.—Julio Pardo Dávila.—Alejandro Bernate, Conjuez.—**Arturo Valencia.—Zea.—Jorge Soto Soto,** Secretario.



CAUSAL SEPTIMA. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — DECLARATORIA JUDICIAL DE LA PATERNIDAD NATURAL. — CUANDO PROCEDE. — NO PUEDE EL FALLADOR ESTIMAR DEBIDAMENTE ACREDITADAS LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES, CUANDO LAS DECLARACIONES DE LOS TESTIGOS "HABLAN EN GENERAL DE QUE LAS RELACIONES SEXUALES A QUE ALUDEN ERAN NOTORIAS Y ESTABLES". — LA JURISPRUDENCIA TIENE DICHO QUE EXPRESIONES CONCEPTUALES DE ESTA CLASE NO SE PUEDEN TENER EN CONSIDERACION. — SERIA ABSURDO PENSAR QUE SI EL HECHO DE LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES SE DEMUESTRA POR EL DICHO DE PERSONAS VERACES, ESAS DECLARACIONES HAYAN DE DESECHARSE PORQUE APARECEN EN UNAS POSICIONES Y NO EN DECLARACIONES RENDIDAS CON LAS FORMALIDADES LEGALES. — RECTIFICACION DOCTRINARIA

1.—El caso previsto en la causal séptima, de las que dan motivo al recurso de casación es de muy escasa ocurrencia, porque esa causal en el fondo se refiere a casos que constituyen verdadera denegación de justicia. Se necesita, para que la causal prospere, que el Tribunal se haya abstenido de conocer de un asunto de su competencia y lo haya declarado así en el fallo.

2.—El recurrente está obligado no sólo a enunciar el cargo sino a decir, con claridad, cuál es el concepto de la violación de la ley: si es directa o indirecta, y si ella proviene por falta de aplicación o por indebida aplicación.

3.—En casos de declaración judicial sobre el estado de hijo natural, la ley, que con generoso espíritu aceptó la investigación de la paternidad, en beneficio de los hijos naturales, cuando éstos no gozaron del reconocimiento por parte del padre, es también muy exigente en cuanto a las pruebas que se deben presentar para convencer al Juez del hecho de la paternidad invocada. Esto es apenas natural, pues lo contrario podría dar origen a graves perjuicios en el seno de las familias, introduciendo a ellas elementos extraños y creando una serie de problemas que atentarían contra la organización de la familia base insustituíble del orden social.

El inciso 4º del artículo 4º de la ley sobre filiación natural, establece que procede la declaratoria judicial de la paternidad, cuando entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales estables, aún sin necesidad de demostrar la común habitación, pero "siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". Esto significa que es preciso determinar exactamente la época (no el día preciso) en que empezaron las relaciones y aquélla en que terminaron, para que, conocida la fecha del nacimiento del hijo, pueda deducirse si realmente éste nació como fruto de las tales relaciones sexuales estables.

4.—No puede el Tribunal estimar debidamente acreditadas las relaciones sexuales estables, cuando las declaraciones de los testigos "hablan en general de que las relaciones sexuales a que aluden eran notorias y estables". La jurisprudencia tiene dicho que expresiones conceptuales de esta clase no se pueden tener en consideración, porque es al Juez a quien corresponde, mediante un proceso mental, decidir si existen características de la notoriedad y la estabilidad en las relaciones sexuales; a este respecto la misión del testigo es la de proporcionarle al Juez los materiales de hecho que le permitan hacer tal afirmación.....

5.—La Ley 45 de 1936 es tan amplia en materia de pruebas que éstas son libres, de suerte que pueden acreditarse los hechos a que se refieren los artículos 4 y 5 de la ley, por cualquier medio probatorio. Lo indispensable es que ese medio sea suficiente para llevar al ánimo del sentenciador la certeza de los hechos, de donde se deriva la declaratoria judicial de paternidad natural.

El artículo 613 del Código Judicial autoriza para interrogar en posiciones a los liti-

gantes "sobre hechos personales del absolvente, o de que tiene conocimiento"; esto quiere decir, que cuando se interroga sobre hechos propios del absolvente, la respuesta es una confesión, siempre que el hecho confesado perjudique al confesante; si se trata de responder a preguntas sobre hechos de que el absolvente tiene conocimiento, entonces no se trata de una verdadera confesión, sino de una declaración sobre hechos que le constan al declarante.

Sería absurdo pensar que si el hecho de las relaciones sexuales estables se demuestra por el dicho de personas veraces, esas declaraciones hayan de desecharse porque aparecen en unas posiciones y nó en declaraciones rendidas con las formalidades legales, porque en el fondo, cuando se atestigua un hecho de que tiene conocimiento ante el Juez y bajo la gravedad del juramento, ese hecho debe tenerse por probado, así se haya depuesto sobre él en posiciones o en declaraciones.

En términos semejantes, se pronunció la Corte en fallo de 15 de septiembre último, dictado en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Mariano Torres Durán contra la sucesión de Abraham Durán Molina.

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

(Magistrado ponente: Dr. Julio Pardo Dávila).

En una bastante original y muy extensa demanda, presentada ante el Juez Civil del Circuito de Anserma, el apoderado judicial de Guillermo Giraldo Gómez y de Norma Giraldo Gómez, hablando, además, en nombre de la sucesión de Marco Tulio Giraldo Valdés, inició juicio ordinario contra Ana Sofía, Ana Julia, Juan de Jesús, Pedro Antonio, Israel, Francisco Luis, Nicolás, María Elena, Rosmira y Lázaro Giraldo Valdés; Gildardo y Libia Mejía Giraldo, Juan Cancio Mejía como representante de sus menores hijos Gustavo, Noel, Fabiola y Elena Mejía Giraldo, para obtener las declaraciones contenidas en las trece primeras súplicas principales, en las ocho subsidiarias de las trece primeras, en las cuatro segundas principales y en las cuatro subsidiarias de estas últimas, contenidas todas en la demanda, y que, en gracia de la claridad se sintetizan así:

Que los demandantes que son hijos naturales de Benilda Gómez, lo son igualmente de Marco Tulio Giraldo Valdés, y por consiguiente, legitimarios herederos universales y con mejor derecho que los demandados, en el patrimonio del citado Marco Tulio, herederos en concurrencia con los hijos de Ana Delia Díaz "de las cuotas partes de la herencia que constituyen la legítima efectiva de aquella"; que, en consecuencia pertenecen a los legitimarios Guillermo y Norma Gómez, "la totalidad de los bienes inmuebles correspondientes a la sucesión y adjudicados por medio de la hijuela en la partición respectiva", inmuebles que determina la demanda, y que deben quedar en común y proindiviso entre los demandantes Guillermo y Norma; que deben declararse nulas las adjudicaciones que por medio de las hijuelas se hicieron en favor de quienes aparecieron como beneficiarios en la partición de bienes de la sucesión de Marco Tulio Giraldo; que los demandados o sus causahabientes devuelvan a la sucesión los bienes que relaciona, junto con sus frutos civiles y naturales "y no solamente los percibidos sino los que hubieren podido percibir para la sucesión con mediana inteligencia y actividad"; que los demandados deben pagar los perjuicios provenientes de haberse hecho adjudicar los bienes en la sucesión de Giraldo Valdés, sin tener derecho para ello. Como subsidiarias presenta las mismas peticiones, pero en esta forma: "Que los demandantes o aquel de ellos de quien plenamente se acreditare, son o es hijos o hijo natural de Marco Tulio Giraldo Valdés, y legitimarios o legitimario de éste" y las correspondientes a aquel de los demandantes de quien se acredite el carácter de hijo natural del citado Marco Tulio, es heredero de mejor derecho; que deben entregársele los bienes; que son nulas las adjudicaciones anteriores, mencionadas atrás; y, que se ordenen las cancelaciones de los registros de las adjudicaciones.

En la segunda parte de las peticiones principales, formula estas: "Que es nula de nulidad absoluta o, en subsidio, relativa, o en su defecto absolutamente inexistente el contrato de compraventa de que pretende dar cuenta la escritura número 51 de 1º de febrero de 1952, otorgada en la Notaría de Belalcázar por la cual Guillermo Gómez cede a título de venta a Nicolás Giraldo Valdés, los derechos hereditarios que le correspondan en la sucesión de su padre natural señor Marco Tulio Giraldo Valdés.... nulidad que resulta de todas estas causas o de cualquiera de ellas: vicio del consentimiento, ilicitud del obje-

to, e ilicitud de la causa". Que como consecuencia Nicolás Giraldo debe restituír a Guillermo Gómez los derechos hereditarios de que trata la citada escritura, con sus frutos naturales y civiles y que el mismo Giraldo no tiene derecho a que le abonen las mejoras útiles que hubiere "hecho o incorporado en tales derechos" por ser poseedor de mala fé, y que debe ordenarse la cancelación de la escritura número 51 de 1952, tanto en la Notaría de Belalcázar como en la oficina de Registro de Anserma.

Pide también el actor que se declare que Guillermo Gómez en su carácter de cedente a título de venta, sufrió lesión enorme por cuanto que por un precio inferior a la mitad del justo apareció cediendo a título de venta el derecho de que trata la escritura 51...." y que como consecuencia debe quedar 'rescindido' el contrato ameritado, quedando Nicolás Giraldo con la facultad de consentir en la rescisión o pagar el justo precio". Como final pide: "Como petición principal, erga omnes, formula la de condenación en costas".

Los hechos para pedir los relaciona en veinte numerales, que se reducen a afirmar: Que Guillermo y Norma Gómez "nacieron de Marco Tulio Giraldo Valdés y Benilda Gómez", sin que éstos estuvieran casados; que entre los citados Marco Tulio y Benilda existieron al tiempo de la concepción y del nacimiento de Guillermo y Norma, relaciones sexuales estables y notorias, y que los dichos "nacieron después de ciento ochenta días contados desde que empezaron dichas relaciones sexuales estables y antes de que ellas cesaran"; que los demandantes han tenido la posesión notoria del estado de hijos naturales de Marco Tulio Giraldo, pues éste los trató como tales, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento y que los deudos, amigos y vecindario en general los han reputado como hijos naturales de Marco Tulio Giraldo, quien falleció en Belalcázar el 29 de mayo de 1947; que el Juez del Circuito de Anserma declaró abierto el juicio de sucesión del mencionado Giraldo Valdés, por auto de 7 de abril de 1949 y declaró herederos, los mismos que figuran como demandados en este juicio.

En la sucesión de Giraldo Valdés se inventarió como único bien la finca rural ubicada en el paraje de "Patio Bonito", en el municipio de Belalcázar, dejándose de inventariar el globo de terreno que Marco Tulio Giraldo adquirió por compra hecha a Juan Giraldo, según la escritura número 320 de 7 de mayo de 1947 de la Notaría de Anserma; que en la misma causa mortuoria se incluyó un crédito por veinte mil pesos en favor de Ana Delia Díaz "en su propio nombre y en representación de sus hijos naturales Danilo, Rosmira, María Nelly, Fanny, Luz Elena y Lilia Díaz,.... crédito que yo a mi vez, como condición puesta a Guillermo y Norma Giraldo Gómez, para aceptar el poder para este juicio, personalmente; y, como apoderado de ellos, reconozco de manera expresa, así como la adjudicación que se hizo para cancelarlo; que por virtud de la partición verificada en la sucesión de Marco Tulio Giraldo los bienes se adjudicaron a quienes figuraron como herederos, desalojando a Guillermo y Norma Giraldo Gómez, hijos naturales del causante, y es Nicolás Giraldo, quien ocupa tales bienes. En cuanto al bien no inventariado, o sea el adquirido por Giraldo mediante compra de que dá razón la escritura número 320 de 7 de mayo de 1947, lo tiene en posesión Juan Giraldo; para el pago del pasivo de la sucesión ("diferente del reconocido a favor de Ana Delia Díaz y sus hijos") no se vendieron bienes en pública subasta con lo cual Nicolás Giraldo Valdés adquirió sin causa lícita, el bien que se le adjudicó...."

Agrega el demandante que, cuando apenas había transcurrido un mes, después de llegado Guillermo Gómez a la mayor edad, "ante la fuerza de los hechos", éste recibió de Nicolás Giraldo la cantidad de dos mil pesos "a trueque de cederle a 'título de venta' los derechos hereditarios que le correspondan en la sucesión", acto o contrato que no obliga a Guillermo Gómez por ser nulo, ya que el consentimiento del vendedor adolece de vicio, "el contrato no incide sobre objeto lícito, y no hay causa lícita. Si no fuera esto suficiente, el vendedor Gómez "habría sufrido lesión enorme, puesto que el precio de que trata la escritura es inmensamente inferior a la mitad del justo, ya que no habiéndose inventariado sino uno de los bienes relictos, se avaluó en cuarenta mil pesos: y Guillermo Giraldo o Gómez como heredero universal llevaría solo, todo ese valor, si en concurrencia con su hermana Norma Giraldo, la mitad de él, amén de la finca y demás bienes muebles que para nada entraron en la sucesión".

En derecho funda la demanda el actor "En los artículos 63, 946, 947 ss. 952 s., 962 ss., 964 ss., 1008, 1037, 1041, 1055, 1061, 1064, 1226, 1239, 1240, 1241, 1244, 1245 1249, 1250, 1247, 1275, 1276, 1277, 1321, 1325, 1327, 1341, 1342, 1345, 1350, 1351, 1352, 484, 401, 1355, 1366, 1358, 1379, 1382, 1380, 1492 ss., 1502 ss., 1524, 1526, 1602 ss., 1740, 1741, 1746,

1612, 1608, 1613, 1615, 2341 ss., 2356, 2155, 2158 s., 2170, 2180, 1856 y demás disposiciones afines y contextos del Código Civil y contextos de la Ley 153 de 1887, 1, 4, 5, 6, 7, 12, 18, 20, 21, 23, 24 y concordantes de la Ley 45 de 1936, Título 20 del Libro 4º del Código Civil artículos 1502 y 1504 y contextes; 1932 y contestes Título 23 del libro 4º del C. J. en su capítulo XIII".

De los diez y siete demandados sólo contestaron la demanda y se apersonaron en el juicio, Nicolás y Juan Giraldo Valdés, quienes se opusieron a que se hicieran las declarciones pedidas; negaron la mayor parte de los hechos, y propusieron las excepciones de inepta demanda, falta de personería, carencia de acción "y todas las demás que resulten en el curso del juicio", "en especial niego el derecho de tramitar el reconocimiento de la paternidad sin la presencia del legítimo contradictor....." Las partes aportaron al juicio las pruebas que aparecen en el expediente, y el Juez, después de un amplio análisis de las cuestiones debatidas, dictó la sentencia de primer grado, el día 10 de febrero de 1956, en cuya parte resolutiva declaró no probadas las excepciones propuestas por algunos de los demandados; declaró que Guillermo y Norma Gómez "son hijos naturales del señor Marco Tulio Giraldo Valdés, con mejor derecho que los demandados en el patrimonio de dicho causante"; que en tal virtud los demandados son herederos "en concurrencia con los hijos de Ana Delia Díaz, de las cuotas partes de la herencia que constituyen la legítima efectiva de la sucesión de Marco Tulio Giraldo Valdés"; que pertenecen a los legitimarios Guillermo y Norma Gómez los inmuebles adjudicados; que los demandados deben entregar a los demandantes los inmuebles materia de la adjudicación que se les hizo en la sucesión mencionada, junto con los frutos naturales y civiles "que hubieren sido percibidos a partir de la notificación de la demanda". Ordenó las cancelaciones en la Oficina de Registro de las hijuelas de adjudicación hechas a los demandados "las cuales carecen de valor jurídico"; condenó en costas a los demandados, advirtiendo que Nicolás Giraldo sólo cubrirá la mitad de la cuota respectiva; y, no hizo las demás declarciones solicitadas por los actores.

Contra esta sentencia se interpuso el recurso de apelación, y surtida la segunda instancia el Tribunal Superior de Manizales puso fin al juicio en sentencia de fecha 20 de septiembre de 1956, revocando la de primer grado y diciendo: "1º—Declárase probada la excepción perentoria temporal de ineptitud sustantiva de la demada en lo que respecta a las acciones ejercitadas de impugnación del contrato de venta de derechos hereditarios celebrado entre el actor Guillermo Gómez y Nicolás Giraldo Valdés, constante en la escritura pública número 51 de 1º de febrero de 1952, otorgada en la Notaría de Belalcázar. 2º—No se accede a lo solicitado en las demás peticiones de la demanda, y, en consecuencia se absuelve a los demandados de los cargos que se les hacen en ésta". Condenó en costas a la parte demandante.

En la sentencia acusada, principia el Tribunal por estudiar la excepción de inepta demanda, propuesta por los demandados Nicolás y Juan Giraldo y que sustentan diciendo que la demanda es inepta, sustantivamente, porque ella contiene una indebida acumulación de acciones, manifestada, en tres sentidos: a) Las acciones acumuladas no tienen todas los mismos sujetos activos y pasivos; b) En la demanda aparecen acumuladas las acciones de petición de herencia y de reivindicación, las cuales no son acumulables; y c) Contra lo que preceptúa el artículo 209 del Código Judicial, numeral tercero, algunas de las peticiones principales de la demanda son incompatibles entre sí.

Examinando el primer enunciado, encuentra el sentenciador que de la simple lectura de la demanda aparece que los hechos en que se funda este aspecto de la excepción son evidentes, pero agrega: "Lo que cabe examinar, es pues, si ellos configuran realmente la excepción, problema que se resuelve en el de saber si de acuerdo con el artículo 209 del Código Judicial, que regula el fenómeno de la acumulación de acciones, es posible la diversidad de sujetos activos y pasivos respecto a las distintas acciones acumuladas. A falta de disposición legal que regula el punto planteado, nuestra jurisprudencia y la doctrina de nuestros autores se han ocupado de él para darle una solución. Y la solución que han encontrado es la de que en la hipótesis considerada la acumulación de acciones es procedente, pero a condición, eso sí, de que entre las diversas acciones acumuladas medie un vínculo de conexidad jurídica, de modo que en virtud de él todos los sujetos que intervinieron en el proceso vengan a tener interés en todas las acciones, comunidad de intereses que es la que precisamente viene a justificar la acumulación". Cita varias sentencias de la Corte y las opiniones de tratadistas foráneos, y continúa: "De lo expuesto se desprende con toda claridad que el hecho de que no sean unos mismos los sujetos activos o pasivos de las

distintas acciones acumuladas en una demanda, es insuficiente por sí solo para estructurar una excepción de inepta demanda por indebida acumluación, como en el caso de autos lo pretende la parte excepcionante. Sino que es indispensable penetrar en la intimidad de las acciones acumuladas, para examinar si entre ellas media o nó un vínculo de conexidad. Como en general la conexidad entre diversas acciones puede darse a través de cualquiera de sus tres distintos elementos (personas objeto y causa de pedir), debe observarse que en un caso concreto como el aquí planteado la posibilidad de una conexidad no puede existir sino en relación con el tercero de esos elementos, o sea la causa petendi. Igualmente cabe advertir que, conforme se insinuó atrás, la existencia de un vínculo de conexidad entre acciones relativas a distintos sujetos se traduce en un cointerés de todos éstos en la suerte de todas las acciones; por lo cual si el interés común falta con respecto a uno de los distintos sujetos, ello no puede ser sino manifestación de que con respecto a él la conexidad jurídica no existe, y de que por consiguiente la acción relativa a él no es acumulable a las restantes".

Aplicando estos conceptos al caso del pleito, anota el sentenciador cómo Norma Gómez, una de las demandantes, no tiene ningún interés en las acciones de nulidad, de resolución y de rescisión por lesión enorme que en la demanda ejercita Guillermo Gómez, el otro de los actores, "Para la suerte de las acciones ejercitadas por Norma Gómez, es indiferente en absoluto la relación contractual objeto de impugnación a que se ha aludido, de modo que entre ésta y aquellos no existe ni aun el más mínimo contacto de carácter jurídico... De ahí no más resulta establecida, pues, una indebida acumulación de acciones, lo que significa que por el aspecto examinado la razón acompaña plenamente al excepcionante".

Al contestar el interrogante que el sentenciador se plantea y que dice: "Qué consecuencias trae la indebida acumulación de acciones que se ha puesto de presente?" El Tribunal estima que la jurisprudencia recomienda que el juzgador debe interpretar las acciones instauradas, con criterio amplio".... a fin de que, en cuanto sea posible, se decidan a fondo aquellas que en el proceso aparezcan más adecuadas y conformes con él. No otro es, en sentir de la Sala, el alcance de la siguiente doctrina de la Corte: 'Aunque se hayan acumulado de hecho dos o más acciones sin tratarse de lo autorizado por el artículo 209 del Código Judicial, la secuela del juicio con la claridad que arrojan las alegaciones y probanzas de las partes, puede permitir el fallo de una de aquellas, y en tal evento lo procedente es establecer la escogencia y distribución a que estos elementos dan lugar a decidir el pleito en el fondo, en vez de pronunciar con olvido de la economía procesal la sentencia inhibitoria que anula los esfuerzos, expectativas y erogaciones de los interesados. Naturalmente, para ello se empieza por suponer la posibilidad legal de aquella solución. (G. J. números 2064, página 706 y 2153, página 109)' ". Aplica estos principios al caso del pleito y dice: "....Por lo demás, no siendo posible el fallo a fondo sobre la totalidad de las acciones deducidas, pues ello significaría desconocerle consecuencias procesales a la violación del artículo 209 del Código Judicial el sentido común indica que dentro de la doctrina jurisprudencial arriba expuesta las acciones que deben decidirse a fondo son las que permiten satisfacer el mayor número de intereses, o los de mayor significación jurídica entre ellos; y eso es lo que ocurre aquí si el peso de la ineptitud de la demanda, por mala acumulación de acciones, se hace recaer únicamente sobre las acciones de nulidad, resolución y rescisión antes mencionadas".

Entra, en seguida, el sentenciador a considerar si pueden aceptarse las accienos que ejercitan Guillermo Gómez y Norma Gómez, directamente, y los mismos en nombre de la sucesión de Marco Tulio Giraldo, para concluír que los citados Gómez forman una misma parte demandante, en todas las acciones propuestas, porque "Si ellos comparecen como titulares de dichas acciones, si son quienes demandan y en quienes demandan y en quienes se concreta el concepto de la parte actora (artículos 202, 227, y 228 del C. P. C.), y si por lo demás ellos son también parte actora en relación con las otras acciones que promovieron en su propio nombre, es claro que miradas todas esas acciones en su conjunto no puede decirse que la parte demandante no sea una misma en todas ellas".

Con detenimiento analiza la sentencia la situación en cuanto a las demás circunstancias alegadas por el demandado para justificar la excepción de inepta demanda, y termina esta parte así: "En síntesis, del examen de los diversos aspectos por los cuales fue propuesta la excepción de ineptitud de la demanda resulta que ella no puede darse por existente sino con respecto a las acciones de nulidad, resolución y rescisión por lesión enorme del contrato de venta de derechos hereditarios celebrado entre Guillermo Gómez y Nicolás Gi-

raldo Valdés. Y como por otros aspectos no existe obstáculo procesal ninguno que impida entrar en el examen a fondo de las acciones restantes, se pasa ahora a cumplir esa función".

Con razón considera el Tribunal que la acción que en primer término se ejercita en la demanda "y de cuya suerte depende la de las demás propuestas es la de filiación natural" que los demandados instauran para obtener que se les declare hijos naturales de Marco Tulio Giraldo Valdés. Y esta importancia es tan evidente, que si dicha acción prospera, entonces las demás que a ella se acumulan, como la de petición de herencia y reivindicación en favor de los actores de los bienes sucesorales, lógicamente serían viables; en cambio al no obtener la principal declaración anotada, entonces las demás acciones están llamadas al fracaso.

Acepta el sentenciador que en el juicio está debidamente acreditada la "legitimatio ad procesum" tanto de la parte actora como de la parte reo, lo cual es cierto, dadas las probanzas que aparecen del expediente. El Tribunal analiza las pruebas que adujeron los demandantes, para acreditar que ellos son hijos naturales de Marco Tulio Giraldo Valdés, porque en cuanto a Guillermo Gómez se acredita la posesión notoria de ese estado; y, respecto de los demandantes se dice que está acreditado su carácter de hijos naturales, por cuanto entre el presunto padre Marco Tulio Giraldo y la madre de Guillermo y de Norma que se llamó Benilda Gómez, existieron relaciones sexuales estables de las cuales nacieron los demandantes. Estos son los dos soportes que alegan los actores en orden a obtener la declaración judicial de filiación natural.

Pero el Tribunal llegó a conclusiones adversas al pedimento de la parte actora, y no accedió a hacer la declaratoria pedida, por cuanto que las pruebas presentadas no llevaron al ánimo del sentenciador el convencimiento de que realmente Marco Tulio Giraldo fuera el padre natural de Guillermo y de Norma.

o o o

LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA

Cuatro cargos formula el recurrente, el primero con fundamento en la causal séptima del artículo 520 del Código Judicial y los otros tres en la causal primera.

Considerados, separadamente estos cargos, se resuelve el recurso de casación interpuesto por la parte actora en el juicio, ya que se han cumplido las ritualidades legales, propias de tal recurso.

El primer cargo está concebido así: "La sentencia debe anularse por haberse abstenido el H. Tribunal de resolver un asunto de su competencia, como consta en el fallo, que declaró probada la excepción perentoria temporal de inepta demanda respecto a las acciones contra el contrato de venta de derechos hereditarios. Considera el H. Tribunal que estas acciones no pueden resolverse en esta litis porque no interesan a Norma Gómez". Dice que las acciones propuestas son de competencia de los Jueces civiles; que pueden sustanciarse bajo una misma cuerda; que no son incompatibles entre sí, porque todas "conspiran" (sic) a la recuperación de los bienes de los actores; que como en el juicio comparece Nicolás Giraldo, sería contrario a la economía procesal que no pudiera ventilarse con él la acción de impugnación del contrato de venta de derechos hereditarios que hacen parte de los bienes que reclama Norma; y, cita la siguiente doctrina de la Corte: "'Si en el momento de pronunciar sentencia definitiva, el Juez se encuentra con una demanda en que el actor ha acumulado objetivamente acciones que a primera vista son opuestas entre sí, debe ante todo aplicar las normas sobre interpretación racional para ver si esta oposición o contradicción es meramente aparente (julio 21 de 1954)'".

Se considera:

El caso previsto en la causal séptima, de las que dan motivo al recurso de casación es de muy escasa ocurrencia, porque esa causal en el fondo se refiere a casos que constituyen verdadera denegación de justicia. Se necesita, para que la causal prospere, que el Tribunal se haya abstenido de conocer de un asunto de su competencia y lo haya declarado así en el fallo.

En el caso que se estudia ya se dijo cómo el Tribunal hizo un detenido estudio sobre la acumulación de acciones, y en los apartes de la sentencia que se dejan transcritos en este fallo, se ve con toda evidencia que el Tribunal no se abstuvo de fallar, sin que para ello existiera alguna razón, pues si no consideró la acción contra el contrato de venta de derechos hereditarios, lo hizo porque encontró que esa acción no podía acumularse con las que fueron materia de la sentencia. Precisamente el Tribunal, con criterio amplio, interpretó la demanda, y entró a aplicar las normas sobre interpretación racional y llegó a la conclusión de que existe la contradicción entre la acción ejercitada contra el contrato de venta

mencionado y las acciones principales. Este motivo llevó al Tribunal a aceptar, respecto de esa acción, la excepción de ineptá demanda. Además la razón que dá el demandante, de que el Tribunal no fallara sobre la acción contra el contrato de venta, porque esa acción no interesa a Norma Gómez, no es exacta, toda vez que el fallo del Tribunal se fundó en la indebida acumulación de acciones. Basta lo anotado, para decir que el cargo no prospera.

* * *

SEGUNDO CARGO: "La sentencia viola el ordinal 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Proviene el quebrantamiento de errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas". Este cargo, según la técnica de la casación está mal formulado, pues el recurrente no indica cuál es el concepto de violación: si es directa o indirecta, y si ella proviene por falta de aplicación o por indebida aplicación. El recurrente está obligado no sólo a enunciár el cargo sino a decir, con claridad, cuál es el concepto de la violación de la ley. Este mismo reparo puede hacerse de los cargos tercero y cuarto de la demanda; pero pasando por alto estos errores de técnica y aplicando el criterio amplio que ha inspirado siempre a la Corte, se examinan los citados cargos, en conjunto, pues por la forma en que están presentados, ello es posible, pues en todos se afirma violación de los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936, por errores evidentes de hecho en la apreciación de las pruebas.

Los demandantes apoyan sus pretensiones alegando que respecto de Guillermo Gómez existe la posesión notoria del estado civil de hijo natural de Marco Tulio Giraldo Valdés; y que respecto del mismo Guillermo y de Norma, se demostraron las relaciones sexuales estables entre Marco Tulio, el presunto padre, y Benilda Gómez. Es decir: se invocan los ordinales 4º y 5º de la Ley 45, arriba mencionada.

En casos de declaración judicial sobre el estado de hijo natural, la ley, que con generoso espíritu aceptó la investigación de la paternidad, en beneficio de los hijos naturales, cuando éstos no gozaron del reconocimiento por parte del padre, es también muy exigente en cuanto a las pruebas que se deben presentar para convencer al Juez del hecho de la paternidad invocada. Esto es apenas natural, pues lo contrario podría dar origen a graves perjuicios en el seno de las familias, introduciendo a ellas elementos extraños y creando una serie de problemas que atentarían contra la organización de la familia base insustituíble del orden social.

El inciso 4º del artículo 4º de la ley sobre filiación natural, establece que procede la declaratoria judicial de la paterniadd natural, cuando entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales estables, aún sin necesidad de demostrar la común habitación, pero "siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". Esto significa que es preciso determinar exactamente la época (no el día preciso) en que empezaron las relaciones y aquella en que terminaron, para que, conocida la fecha del nacimiento del hijo, pueda deducirse si realmente éste nació como fruto de las tales relaciones sexuales estables.

El recurrente cita los testimonios de Pedro José Zuloaga, Hernando Javier Zuloaga, Fabio Castrillón, Oscar Zuloaga, Enrique Alvarez, quienes dicen, en su orden: Benilda Gómez dio a luz dos hijos de nombres Guillermo y Norma en la finca Patiobonito, cuando hacía vida marital con Marco Tulio Giraldo y me tocó conocerlos a ambos pequeñitos en dicha finca. Guillermo nació en 1930 y Norma en 1938; estos hechos, dice Hernando Javier, se sucedieron por ahí en el año de 1938, el tercer testigo dice que las relaciones sexuales se verificaron en el año de 1930 cuando nació Guillermo y 1938 cuando nació Norma; Oscar Zuloaga relata que vio en cinta a Benilda Gómez en la misma finca "y se trataban como marido y mujer, este embarazo que Benilda tenía dio a luz la niña Norma en 1938 o 1939"; Enrique Alvarez dice que vio a Benilda criar a los hijos de nombre Guillermo y Norma, nacido el primero en 1930 y la segunda en 1938 y agrega: "....sostenía relaciones sexuales estables y permanentes, esto sucedió más o menos en el año de 1930". Con estas declaraciones que cita el recurrente, es imposible determinar la época en que principiaron las pretendidas relaciones estables y esto fue lo que movió al Tribunal para decir que al ánimo del juzgador no lo llevaban a la convicción de la realidad del hecho alegado. Procedió rectamente el sentenciador; no cometió error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas, y su juicio es intocable en casación. No encontró tampoco el Tribunal debidamente acreditadas las relaciones sexuales estables, pues las declaraciones de los testigos "hablan en general de que las relaciones sexuales a que aluden eran notorias y estables.

Acerca de esta manera general de probar la notoriedad y la estabilidad de dichas relaciones, caben aquí, paralelamente, las mismas observaciones hechas en el aparte anterior. Por lo demás, la jurisprudencia tiene dicho, como se vio atrás, que expresiones conceptuales de esta clase no se pueden tener en consideración, porque es al Juez a quien le corresponde, mediante un proceso mental, decidir si existen características de la notoriedad y la estabilidad en las relaciones sexuales; a este respecto la misión del testigo es la de proporcionarle al Juez los materiales de hecho que le permitan hacer tal afirmación.... Las precedentes consideraciones son suficientes para darle respaldo a la afirmación, ya hecha por la Sala, de que la prueba testimonial aducida en este juicio por la parte demandante para demostrar la cuarta de las causales de investigación de la paternidad natural que contempla el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, es ineficaz para tal efecto. De todos estos testimonios solamente el de Enrique Giraldo ofrece algunos aspectos de solidez interna, pero un solo testigo, en un juicio de filiación natural menos que en cualquier otro, no hace prueba bastante".

La Corte no encuentra que en la apreciación de las pruebas el Tribunal hubiera incurrido en el error de hecho que aparezca de modo manifiesto, y que el recurrente tampoco demuestra, por lo cual el juicio del sentenciador debe ser respetado.

Varios de los testigos dicen que les constan las relaciones sexuales estables, porque vieron los hechos que narran en sus declaraciones, hechos que ocurrieron cuando alguno de los testigos tenía trece años y otro ocho años, según ellos mismos lo afirman. El Tribunal encontró que debía desecharse la prueba testimonial pues los dichos de los testigos no son exactos, responsivos y completos y el recurrente no ha demostrado que en esta apreciación haya incurrido el sentenciador en el evidente error que alega. Las interpretaciones que dá el recurrente al dicho de los testigos son muy respetables pero no desvirtúan el convencimiento a que llegó el Tribunal cuando afirma que esas declaraciones no llevan a su ánimo la certeza necesaria para declarar la filiación natural impetrada.

Tampoco estimó mal el Tribunal las pruebas que presentaron los actores para demostrar la posesión notoria del estado de hijos naturales: respecto de Norma Gómez, basta decir que si ella nació en 1939 y fue definitivamente separada del presunto padre en 1942 y que ésta falleció en 1944, mal pueden los testigos aseverar que Marco Tulio Gómez diera a Norma el trato de hija durante diez años y que hubiera provisto a su subsistencia, educación y establecimiento.

En cuanto a Guillermo, los testigos se limitan a decir que les consta que era tratado por Marco Tulio Giraldo como su hijo, dándole alimentación, educación y proveyendo a su establecimiento, desde que nació Guillermo hasta cuando Marco Tulio falleció en 1944. Pero ninguno afirma hechos concretos, que no dejen lugar a duda sobre la posesión notoria de hijo natural; es decir: no está probado, en sentir del Tribunal, de modo irrefragable y por un conjunto de testimonios, que Guillermo Gómez hubiera tenido la posesión notoria de hijo natural de Marco Tulio, y este convencimiento íntimo del Tribunal no puede ser modificado por la Corte. Entonces los cargos segundo y tercero tampoco prosperan.

En el cargo cuarto acusa el recurrente la sentencia por haber incurrido el Tribunal en errores de derecho que lo llevaron a violar los ordinales 4º y 5º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, por cuanto en el numeral 9 de la sentencia "acepta el H. Tribunal que los demandados Lázaro, Pedro Antonio y Rosmira Giraldo Valdés confiesan en posiciones que entre 1934 y 1941 existieron relaciones sexuales que dieron por fruto a Guillermo y Norma. Pero desecha estos testimonios porque sostiene que el estado civil no puede acreditarse por medio de confesiones. Tratándose de relaciones sexuales estables y notorias, la ley no ha reglamentado la prueba y aun la prescrita sería conducente".

A este propósito el Tribunal dice: "Dichos demandados contestaron la demanda así.... y Lázaro, Pedro Antonio y Rosmira aceptando ser cierto que entre 1934 y 1944 existieron dichas relaciones, y que fruto de ellas fueron Guillermo y Norma".

El Tribunal no le dá valor a estas declaraciones porque estima que ellas, por haber sido expresadas en diligencias de absolución de posiciones, constituyen confesiones que no tienen cabida en ese caso, porque ....."la confesión de hechos constitutivos del estado civil de hijo natural emanada de personas distintas al presunto padre natural, no puede ser medio idóneo y eficaz para acreditar dicho estado". Continúa el Tribunal desarrollando esta tesis, y termina así: "Por último, la confesión acerca de los hechos constitutivos de las causales de investigación de la paternidad natural, hecha por los herederos del presunto padre, no equivale a otra cosa que al reconoci-

miento de hijo natural por dichos herederos. Pero, como lo anota Josserand: 'El reconocimiento del hijo natural no puede emanar más que de los progenitores del hijo, y tiene, en lo que les conviene, un carácter estrictamente personal e individual. El reconocimiento no puede emanar, después de muerto el padre, de sus herederos".

Es evidente el error de derecho en que incurre el Tribunal al negar todo valor probatorio a las declaraciones de Lázaro, Pedro Antonio y Rosmira Giraldo, por considerar que las respuestas de estos constituyen una confesión y que el estado de hijo natural no puede probarse por este medio.

En primer lugar lo afirmado por los citados Giraldo Valdés no puede considerarse como un reconocimiento del estado de hijos naturales de Guillermo y de Norma Gómez, sino apenas del reconocimiento de hechos que darían lugar a la declaración judicial de tal estado. Ellos se limitan a decir que les consta de las relaciones sexuales estables entre Marco Tulio Giraldo y Benilda Gómez y las sitúan entre la época corrida de 1934 a 1941. Esto en ningún caso es una confesión de estado civil de los presuntos hijos naturales, sino la aseveración de hechos, cosa muy distinta a la confesión.

Además, la Ley 45 de 1936 es tan amplia en materia de pruebas que éstas son libres, de suerte que pueden acreditarse los hechos a que se refieren los artículos 4 y 5 de la ley, por cualquier medio probatorio. Lo indispensable es que ese medio sea suficiente para llevar al ánimo del sentenciador la certeza de los hechos, de donde se deriva la declaratoria judicial de paternidad natural.

En segundo término, debe considerarse que el artículo 613 del Código Judicial autoriza para interrogar en posiciones a los litigantes "sobre hechos personales del absolvente, o de qué tiene conocimiento"; esto quiere decir, que cuando se interroga sobre hechos propios del absolvente, la respuesta es una confesión, siempre que el hecho confesado perjudique al confesante; si se trata de responder a preguntas sobre hechos de que el absolvente tiene conocimiento, entonces no se trata de una verdadera confesión, sino de una declaración sobre hechos que le constan al declarante.

Sería absurdo pensar que si el hecho de las relaciones sexuales estables se demuestra por el dicho de personas veraces, esas declaraciones hayan de desecharse porque aparecen en unas posiciones y nó en declaraciones rendidas con las formalidades legales, porque en el fondo, cuando se atestigue un hecho de que se tiene conocimiento ante el Juez y bajo la gravedad del juramento, ese hecho debe tenerse por probado, así se haya depuesto sobre él en posiciones o en declaraciones.

En sentencia de fecha quince de septiembre de mil novecientos cincuenta y ocho, dijo la Corte:

"En cuanto a que se comete violación de la ley al aceptar una prueba que no es precisamente la que la ley indica, observa la Corte que la declaración jurada de las personas hecha en forma de posiciones sobre hechos de que tienen conocimiento no pierde por ello la calidad de testimonio, que en este caso, en que emana de los mismos allegados del solicitante o demandante que a la vez son demandados varios de ellos, es perfectamente admisible y produce efectos probatorios iguales por lo menos a las declaraciones de testigos extraños.

"En efecto: El artículo 613 del Código Judicial establece que en las posiciones 'las preguntas han de versar sobre hechos personales del absolvente o del que tiene conocimiento', y de donde resulta que la misma ley le otorga a las declaraciones en posiciones el carácter de testimonio, naturalmente en lo que se refiere a hechos de que tiene conocimiento el absolvente, pues en lo que respecta a hechos personales constituyen obviamente la prueba de confesión. En otros términos: la declaración en posiciones tiene carácter doble en materia probatoria, cuando se interroga sobre hechos del mismo absolvente y hechos que conoce: confesión cuando contesta afirmativamente sobre hechos personales y testimonio cuando esa contestación afirmativa cubre hechos que él no ha ejecutado, que los ha ejecutado otro pero de los cuales tiene conocimiento".

Estas consideraciones se hacen para rectificar, doctrinariamente, la estimación del Trinunal, y para decir que la sentencia debería casarse por el cargo formulado, si incidiera en la sentencia de instancia; pero, como se verá, en seguida las declaraciones de Lázaro, Pedro Antonio y Rosmira, tampoco demuestran las relaciones sexuales estables alegadas, por lo siguiente:

Los tres declarantes, cuando se les hizo la pregunta: "Diga usted como es cierto si o nó, fue de la constancia personal y directa de ustedes, o al menos de su directo conocimiento, que entre los años de 1934 y 1941, es decir durante todo ese lapso, en su finca "Patiobonito" del Municipio de Belalcázar Marco Tulio Giraldo estuvo amancebado y sostuvo por tanto relaciones sexuales

estables y notorias con Benilda Gómez?" "Sí es cierto" y cuando se les interroga "Digan ustedes como es cierto si o nó, fue de la constancia personal de usted o de su directo conocimiento al menos, que frutos de esas relaciones sexuales estables y notorias fueron dos hijos de nombre Guillermo y Norma?" Contestaron: "Sí es cierto".

Estas respuestas están en evidente contradicción en lo que respecta a Guillermo Gómez, porque los declarantes afirman que éste nació de las relaciones sexuales estables que sitúan entre los años de 1934 y 1941, y en el expediente consta que el citado Guillermo nació en 1930. Por este aspecto el dicho de los declarantes peca de inexactitud y por lo mismo hace muy sospechosa su declaración.

Ahora, si se consideran las declaraciones a la luz de las condiciones que deben reunir los dichos de los declarantes para que ellas sean consideradas con valor probatorio por el Juez, se observa que los testigos no dan razón de su dicho; no explican por qué razón les consta lo que afirman, no dan ninguna explicación, no exponen todo cuanto saben sobre los puntos que se tratan de dilucidar, en fin, no cumplen con los elementales requisitos que son indispensables para que la declaración tenga valor en juicio.

Por este aspecto, y nó por lo que dijo el Tribunal, es por lo que las declaraciones que se comentan no pueden tenerse en cuenta como demostrativas de los hechos que con ellas se pretendieron demostrar.

Entonces, a nada conduciría casar la sentencia si en instancia se llega a la misma conclusión a que llegó el Tribunal, o sea que los actores no demostraron ser hijos naturales de Marco Tulio Giraldo Valdés.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, pronunciada en el juicio ordinario de Guillermo Giraldo y otros contra Pedro A. Giraldo y otros, con fecha veinte de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis.

Sin costas en el recurso.

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

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

REPRESENTACION DEL MENOR COMO DEMANDADO EN JUICIO SOBRE FILIACION NATURAL. — A QUIEN LE CORRESPONDE ALEGAR LA INDEBIDA REPRESENTACION DE UNA DE LAS PARTES.—CARGO POR ERRONEA APRECIACION DE PRUEBAS. — EL DEBATE PROBATORIO NO PUEDE REABRIRSE EN ESTE RECURSO EXTRAORDINARIO

1.—Se predican la venia judicial y la necesidad de curador para la litis cuando aquella representación se hace imposible por consecuencia de que el hijo de familia tenga que litigar como actor precisamente contra el titular de la patria potestad, o porque le niegue su autorización o asistencia o esté imposibilitado para ello (305, 306, 307 del Código Civil). Pero si como heredero es llamado al litigio en que se pretende el reconocimiento de paternidad natural atribuída al causante y se le cita junto con los demás herederos y la cónyuge supérstite, no hay nada distinto que armonía de intereses entre quienes con el mismo y recíproco propósito afrontan conjuntamente como demandados la controversia judicial. Rige entonces sin modificación alguna el principio de que "los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales" (240 del Código Judicial).

2. — Atañe exclusivamente al interés de las personas indebidamente representadas en juicio, manifestar su inconformidad al respecto.

3. — Cuando la censura consiste en alegar errónea apreciación probatoria, no es suficiente el nuevo examen de los medios aportados al debate para obtener la prosperidad del cargo. Es ineludible que el Tribunal de instancia haya incurrido en error de derecho o en error manifiesto de hecho.

4.—Si se plantea la existencia de relaciones sexuales notorias y estables entre los progenitores o la posesión de estado por el hijo, el objeto propio de la controversia arraiga fundamentalmente en materias y circunstancias de hecho, y el juicio del sentenciador al respecto no es susceptible de reparo, salvo yerro evidente, cuya demostración, lejos de exigir ulterior ensayo crítico de las probanzas, se produce con sólo señalarlo, puesto que para ser manifiesto el error debe saltar al ojo.

5.—No es de recibo en casación la reapertura del debate de pruebas ni aun con el propósito de descubrir errores que, por lo mismo, no son manifiestos. Ni tampoco para revaluar los medios a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la concienca del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintisiete (27) de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández Arbeláez).

Cira Beiruth García en ejercicio de la patria potestad inició el presente juicio para demandar con respecto a sus hijos Walter y Lydia García el reconocimiento judicial de la paternidad natural de Hernando Montalvo Murgueitio, fallecido el 25 de febrero de 1955. Citó a Mercedes Lemos de Montalvo, cónyuge sobreviviente, y a Myriam Stella, Yolanda y Hernando Hoover Montalvo Lemos como herederos, e hizo las súplicas consecuenciales de aquel estado civil.

La acción despachada favorablemente por el Juez Primero del Circuito de Palmira el 28 de mayo de 1956, tuvo por base tres de las causales establecidas por el artículo 4º, Ley 45 de 1936: Confesión inequívoca de paternidad en escrito del pretendido padre (3ª); relaciones sexuales estables y notorias entre Hernando Montalvo Murgueitio y Cira Beiruth García durante diez y seis años (4ª); y posesión notoria de estado por parte de los dichos Walter y Lydia García (5ª).

La segunda instancia, abierta por apelación de los demandados, cerró con fallo revocatorio del 7 de noviembre de 1956, en que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali "declara que no es el caso de acceder a las peticiones solicitadas por el actor en la demanda del 13 de julio del año anterior".

* * *

La impugnación al estudio de la Corte se basa en las causales 6ª y 1ª, lo cual indica que el análisis ha de empezar por los alegados errores in procedendo.

CAUSAL SEXTA

Observa el recurrente que en el auto admisorio de la demanda el Juez advirtió a Hernando Hoover Montalvo que podía designar curador para el juicio, pero que en vez de esto el menor confirió poder a un abogado con la solicitud de que el cargo le fuese discernido, cuando el punto debió tramitarse por el artículo 241 del Código Judicial, "o sea que si tenía necesidad de comparecer en juicio, lo ha debido exponer al Juez quien debe autorizarlo y nombrarle quien lo represente o confirmar la designación hecha por el interesado".

Con relación a las impúberes Stella y Yolanda Montalvo anota que la madre solicitó que al mismo abogado le fuese discernida la curaduría para representarlas en el litigio, sin que aparezca confirmada por el Juez la designación, ni provista esa guarda en modo alguno, cuando según el artículo 463 del Código Civil toda tutela o curaduría debe ser discernida.

Es así como por ambos aspectos deduce ilegitimidad de la personería en la parte demandada, para configurar la invalidez prevista en el ordinal 2º, artículo 448, y la causal 6ª de casación contemplada por el art. 520 del Código Judicial.

SE CONSIDERA:

La seriedad del cargo desaparece con sólo ver que la representación legal del hijo de familia corresponde al padre o a la madre bajo cuya potestad vive (62 del Código Civil, 13, 14, Ley 45 de 1936)

Se predican la venia judicial y la necesidad de curador para la litis cuando aquella representación se hace imposible por consecuencia de que el hijo de familia tenga que litigar como actor precisamente contra el titular de la patria potestad, o porque le niegue su autorización o asistencia o esté imposibilitado para ello. (305, 306, 307 del Código Civil). Pero si como heredero es llamado al litigio en que se pretende el reconocimiento de paternidad natural atribuída al causante y se le cita junto con los demás herederos y la cónyuge supérstite, no hay nada distinto que armonía de intereses entre quienes con el mismo y recíproco propósito afrontan conjuntamente como demandados la controversia judicial. Rige entonces sin modificación alguna el principio de que "los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales". (240 C. J.).

Así, muerto el padre, la viuda de Montalvo Murgueitio representó en el juicio legalmente a sus hijos no emancipados Hernando Hoover, Myriam Stella y Yolanda, con lo cual es inobjetable la legitimación en el proceso de la parte demandada. En cambio, la actora no está legitimada en el recurso para aducir con base plausible la invalidez que invoca, puesto que atañe exclusivamente al interés de las personas a quienes se referiría la mala representación si la hubiese, y ellas ninguna inconformidad han manifestado al respecto.

CAUSAL PRIMERA

Está referida en la demanda a "error evidente de hecho consistente en no dar por demostrado, estándolo, que entre Hernando Montalvo y Cira Beiruth García existieron relaciones sexuales notorias, estables y continuas entre los años de 1939 y 1955". A este error llegó el Tribunal —añade el recurrente— "por falta de apreciación, de una parte, y por apreciación indebida de otra, de importantes elementos probatorios que examinaré en seguida".

Examina y comenta las declaraciones de Camilo Domínguez, Nacianceno Lemos Rengifo, Alonso Echeverri, Luis Saldarriaga, Luis López Martínez y Dolores Delgado. Alude a la prueba por indicios y los elementos que la integran lógicamente y dentro de la tarifa legal. Se refiere a que en septiembre de 1939 Hernando Montalvo dice obrar en representación de la menor Cira García en la compra de un solar en Palmira; a que en junio de 1940 Cira da a luz un niño, y a que la inscripción en el registro civil fue hecha por Omar Eberto Iza, de quien dice que es amigo íntimo y compañero de Montalvo. De donde el recurrente desprende que por presunciones sim-

ples el sentenciador debió encontrar probadas las relaciones sexuales notorias y estables entre Cira García y Hernando Montalvo, además de que "sin que mediara el más leve asomo científico" desestimó aquel conjunto de testimonios sobre la existencia de tales relaciones.

Cuanto a la posesión notoria de estado el análisis versa sobre los mismos testimonios y los de Bernardo Cardona, Víctor Orejuela, Arnoldo Lasso, José y Régulo Gutiérrez, para sustentar en definitiva la violación de los ordinales 4º y 5º, artículo 4º, Ley 45 de 1936.

SE CONSIDERA:

Cuando la censura consiste en alegar errónea apreciación probatoria, no es suficiente el nuevo examen de los medios aportados al debate para obtener la prosperidad del cargo. Es ineludible que el Tribunal de instancia haya incurrido en error de derecho o en error manifiesto de hecho.

Si se plantea la existencia de relaciones sexuales notorias y estables entre los progenitores o la posesión de estado por el hijo, el objeto propio de la controversia arraiga fundamentalmente en materias y circunstancias de hecho, y el juicio del sentenciador al respecto no es susceptible de reparo. salvo yerro evidente, cuya demostración, lejos de exigir ulterior ensayo crítico de las probanzas, se produce con sólo señalarlo, puesto que para ser manifiesto el error debe saltar al ojo.

No es de recibo en casación la reapertura del debate de pruebas ni aún con el propósito de descubrir errores que, por lo mismo, no son manifiestos Ni tampoco para revaluar los medios a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa, todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la conciencia del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte.

Como además, el Tribunal no desconció la tarifa de pruebas aplicable determinadamente a la filiación ventilada en juicio, carece de apoyo el cargo por error de derecho.

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 7 de noviembre de 1956 proferida en el presente litigio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

Alfredo Cock Arango.—Ignacio Escallón.— José Hernández Arbeláez.—Julio Pardo Dávila.—Arturo C. Posada.—Gustavo Fajardo Pinzón, Conjuez.—**Jorge Soto Soto,** Secretario.

CAUSAL SEGUNDA DE CASACION. — CU ANDO PROCEDE. — EN LA MISMA PROVIDENCIA EN QUE SE DECLARAN INFUNDADAS LAS OBJECIONES PROPUESTAS, EL JUEZ DEBE APROBAR EL TRABAJO DE PARTICION; EN CASO DE DECLARARLAS PRIMERO INFUNDADAS POR MEDIO DE AUTO INTERLOCUTORIO, Y LUEGO, POR SENTENCIA POSTERIOR APROBAR LA CUENTA DE PARTICION, VA CONTRA EL PRINCIPIO DE LA ECONOMIA PROCESAL PERO NO INCURRE EN NULIDAD ALGUNA PROCEDIMENTAL. — HABIENDOSE DECLARADO INFUNDADAS LAS OBJECIONES POR SENTENCIA EJECUTORIADA, NO PUEDE EL TRIBUNAL ESTUDIARLAS DE NUEVO, AL CONOCER EN EL RECURSO DE ALZADA DE LA SENTENCIA DEL JUEZ A-QUO APROBATORIA DE LA PARTICION. — NO ESTA ERIGIDA EN CAUSAL DE CASACION, LA CIRCUNSTANCIA DE NO HABERSE PODIDO LLEVAR A CABO UNA INSPECCION OCULAR SOLICITADA POR UNA DE LAS PARTES, POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DE LOS JUECES DE INSTANCIA

1.—La causal segunda del artículo 520 del Código Judicial procede en casación cuando en la sentencia recurrida se hubiese fallado sobre asuntos ajenos a la controversia (ultra-petita); o cuando ha dejado de resolverse sobre cuestiones que han sido objeto del litigio (mínima-petita); o cuando el sentenciador hubiese dejado de decidir sobre excepciones oportunamente alegadas como medio de defensa.

2. — Al fallarse la articulación sobre las objeciones propuestas, el Juez a-quo, si las declara infundadas, debe aprobar en la misma providencia la cuenta de partición, como lo previene el parágrafo 4o del artículo 964 del Código Judicial.

Cuando el juzgador en vez de proceder de conformidad con la norma citada, declaró primero infundadas las objeciones por medio de un auto interlocutorio, como lo es todo aquél que decide una articulación, y luégo, por sentencia posterior aprobó la cuenta de partición, al obrar en esta forma, pudo ir contra el principio de la economía procesal, pero en ningún caso incurrió en nulidad alguna procedimiental, ni incidió en la violación del artículo 471 del Código Judicial, si expresó las disposiciones y las razones en las cuales fundó su decisión, como lo previene la citada norma legal.

La Corte, mantiene vigente su doctrina, según la cual, el recurso de casación no brinda oportunidad para formular contra una sentencia aprobatoria de una partición, cargos como el formulado referente a errores procedimental que no generan nulidades de las determinadas en el artículo 448 del mismo Código.

Habiéndose declarado infundadas las objeciones por sentencia ejecutoriada, no puede el Tribunal estudiarlas de nuevo, al conocer en el recurso de alzada de la sentencia del Juez a-quo aprobatoria de la partición. Un recurso de apelación es cosa sabida, no comprende sino la materia que es objeto del auto apelado, no pudiendo el juzgador salirse de esa órbita, porque al hacerlo invadiría jurisdicción y vendría a fallar sobre asuntos que no se le han sometido en el recurso, pretermitiendo así una instancia.

3.—Si por causas ajenas a la voluntad de los Jueces de instancia, no pudo llevarse a cabo la inspección ocular solicitada por una de las partes durante la primera instancia del juicio, esta circunstancia no dá margen para infirmar el fallo, ni está erigido tal hecho en causal de casación, las cuales taxativamente determina el artículo 520 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

Ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué, Gonzalo Sandoval Saavedra, deman-

dó a Natividad Saavedra de Sandoval, Hugo Lino, Luis Evelio, Graciela, María Canaida, Margarita e Islena Sandoval Saavedra, para que previos los trámites del respectivo juicio se decretase la división material de las fincas denominadas 'La Estrella", ubicada en el Municipio de San Juan y la de "Guasimal", ubicada en jurisdlicción del Municipio de San Luis.

Cumplidas las formalidades procedimentales que regulan esta clase de juicios especiales, el Juez A-QUO por sentencia de fecha 23 de marzo de 1955; decretó la división en partes materiales de las fincas nombradas, ordenó a los interesados nombraran los peritos avaluadores y las previno además, para que hiciesen dentro del término de ocho días el nombramiento del correspodiente partidor, el cual, a la postre fue nombrado por el Juzgado, designando al ingeniero doctor Helí Melendro, quien presentó oportunamente su trabajo que fue objetado por el apoderado de Luis Evelio y Canaida Sandoval Saavedra. Las mencionadas objeciones las declaró infundadas el Juez del conocimiento por auto de fecha 24 de julio de 1956, cuya providencia confirmó el Tribunal de Ibagué el 10 de septiembre de 1956.

No habiendo prosperado, según lo expuesto anteriormente el incidente de objeciones, el Juez Primero Civil del Circuito de Ibagué, aprobó posteriormente la partición por sentencia de fecha 8 de noviembre de 1956, que habiendo sido apelada por el apoderado de Luis Evelio y Canaida Sandoval, fue confirmada por el Tribunal por sentencia de fecha 17 de septiembre de 1957 contra la cual interpuso el recurso de casación el mismo apoderado. Procede a resolverse dicho recurso por hallarse cumplidas todas las formalidades de rigor.

LA DEMANDA DE CASACION

Primer cargo.

Invocando la causal segunda del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente impugna la sentencia del Tribunal, por violación del artículo 471 del Código Judicial y para sustentar el cargo dice así,

"1º.—El carácter de rogado que tiene nuestra jurisdicción es el que entre nosotros encarna en materia civil el deber social del procedimiento atinente a la seguridad y garantía de los litigantes, lo cual se conoce con la denominación de principio de la economía procesal.

"El vicio de que adolece la sentencia que acuso es contrario a ese principio y consiste en que el Tribunal, por iniciativa del inferior, parceló arbitrariamente lo que debía constituír el contenido de ella. Incurrió, por lo tanto, en un notorio desbordamiento procesal del rito inequívocamente expresado en el penúltimo inciso del artículo 964 y 1º del 967, a los cuales, para el caso de autos, remite el artículo 1.152 del Código Judicial, preceptos éstos que desde luego, no son por su índole invocables en casación.

"La aludida parcelación consistió en desestimar las objeciones formuladas oportunamente por los recurrentes por medio de un auto simplemente interlocutorio; y después aprobar la partición, mediante la sentencia, limitada escuetamente a este fin.

"Por consiguiente, la sentencia recurrida no decidió definitivamente sobre la controversia, o sea en relación con todas las pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo, y decidiendo todos los puntos litigantes que hayan sido objeto del debate.

"2º.—La reiteradísima jurisprudencia de la Corte tiene establecido que la incongruencia debe afectar a la parte dispositiva de la sentencia y no a su fundamento, salvo cuando los considerandos sean base y premisa forzosa del fallo, como excepción del principio general.

"Esto acontece en la sentencia que acuso: los dos considerandos transcritos indican que el fundamento para que la aprobación de la partición consiste en haber sido desestimadas las objeciones a ella por providencia anterior.

"3º—La congruencia constituye, por otro extremo, una de las aplicaciones del principio procesal de contradicción, según el cual nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, principio éste configurado en el artículo 26 de la Constitución, violado también por el Tribunal.

"El auto que decidió la articulación sobre objeciones a la partición no es reclamable en casación, debido a su naturaleza. El ordinal 2º del artículo 519 del Código Judicial previene la posibilidad de acusar por medio del recurso de casación las sentencias que aprueben las particiones hechas en los juicios divisorios de bienes comunes.

"No resolver en el mismo cuerpo del fallo la desestimación de las objeciones a la partición y la aprobación de ésta, engendra un inequívoco estado de indefensión.

"El Tribunal sustrajo a la vista de la Corte el enjuiciamiento en casación de la desestimación

que hizo a las objeciones de la partición. Y con ello colocó a los litis consortes recurrentes en condición de no poder ser oídos ni vencidos en este recurso, pero sí permanecer condenados.

"No sobra observar que el fundamento de la congruencia lo constituya antes el hoy superado concepto de litis contestatio.

"4º—En la sentencia recurrida el Tribunal desconoció el principio iura novit curia.

"En efecto, basta observar que la razón que esgrime para dar no guarda equitativa correspondencia con la razón de pedir porque no aparece el acatamiento que debe prestarse a los hechos alegados y a las pretensiones deducidas.

"5º— Por el extremo del motivo genérico del quebrantamiento de forma, debo observar que la incongruencia de que adolece la sentencia caracterizó la indefensión de los recurrentes; a) Porque, como aparece de autos, el Juzgado, en vez de continuar la práctica de la inspección ocular suspendida por él, no obstante petición de parte al respecto, falló las objeciones sin consideración a la práctica pendiente de esa prueba; b) Porque en la sentencia aprobatoria de la partición la dictó el Tribunal previa negativa a abrir el proceso a pruebas en la segunda instancia, por la razón cierta de que la primera no hubo término probatorio.

"Todo lo dicho constituye violación del principio procesal dispositivo, que en tratándose de pruebas deja a la iniciativa de las partes la proposición de las que convenga a su interés".

La Corte considera:

La causal segunda del artículo 520 del Código Judicial invocada por el recurrente procede en casación cuando en la sentencia recurrida se hubiese fallado sobre asuntos ajenos a la controversia (ultra-petita); o cuando ha dejado de resolverse sobre cuestiones que han sido objeto del litigio (mínima-petita); o cuando el sentenciador hubiese dejado de decidir sobre excepciones oportunamente alegadas como medio de defensa, y nada de ello ha ocurrido en el presente caso. Sencillamente aquí se demandó la división material de unas fincas rurales, la cual fue decretada y en cumplimiento de ella, se designó al partidor, quien presentó oportunamente su trabajo, el cual fue aprobado, habiéndose antes declarado infundadas las objeciones que sobre el particular formularon algunos demandados por medio de su apoderado.

Claro está que al fallarse la articulación sobre las objeciones propuestas, el Juez A-QUO, como consecuencia de haberlas declarado infundadas ha debido aprobar la cuenta de partición, como lo previene el parágrafo 4º del artículo 964 del Código Judicial, que dice así:

"Si el Juez encuentra fundada alguna objeción ordena al partidor rehaga la cuenta, y si por el contrario, la estima infundada aprueba la partición".

El juzgador en vez de proceder de conformidad con la norma citada, declaró primero infundadas las objeciones por medio de un auto interlocutorio, como lo es todo aquél que decide una articulación, y luégo, por sentencia posterior aprobó la cuenta de partición. Al obrar en esta forma, pudo ir contra el principio de la economía procesal, pero en ningún caso incurrió en nulidad alguna procedimental, ni incidió en la violación de la norma citada por el recurrente, pues el sentenciador expresó las disposiciones legales y las razones en las cuales fundó su decisión, como lo previene el artículo 471 del Código Judicial. Y si hubiese habido alguna nulidad, como se sugiere en la demanda de casación, la Corte, debe saberse, mantiene vigente su doctrina, según la cual, el recurso de casación no brinda oportunidad para formular contra una sentencia aprobatoria de una partición, cargos como el formulado referente a errores procedimentales que no generan nulidades de las determinadas en el artículo 448 del mismo Código.

Así, pues, el Tribunal al confirmar mediante la sentencia recurrida la que dictó el Juez A-QUO aprobando la cuenta de partición, obró de acuerdo con los artículos 964, 967 y 1.152 del Código Judicial de donde se deduce que carece de razón el reparo que por ese aspecto se ha hecho a la sentencia.

Dice además el recurrente, que la sentencia materia del presente recurso, fue dictada por el Tribunal después de haber negado abrir a prueba el juicio en la segunda instancia.

Ciertamente al subir el negocio en apelación al Tribunal el apelante solicitó al Magistrado Ponente, se abriera a prueba el negocio por el término legal, en memorial de 26 de agosto de 1957. Esta solicitud fue negada por auto de fecha 30 de agosto del citado año, como fue negada la reposición que contra dicha providencia interpuso el interesado, creándose así, por razón de la ejecutoria, una situación jurídica que no podía ser modificada por el Tribunal al decidir sobre la apelación interpuesta por algunos de los demandados contra la sentencia del Juez A-QUO, aprobatoria de la partición.

Habiéndose declarado infundadas las objeciones por sentencia ejecutoriada, no podía el Tribunal

estudiarlas de nuevo, al conocer en el recurso de alzada de la sentencia del Juez A-QUO aprobatoria de la partición. Un recurso de apelación, es cosa sabida, no comprende sino la materia que es objeto del auto apelado, no pudiendo el juzgador salirse de esa órbita, porque al hacerlo invadiría jurisdicción y vendría a fallar sobre asuntos que no se le han sometido en el recurso, pretermitiendo así una instancia.

Finalmente, y si por causas ajenas a la voluntad de los Jueces de instancia, no pudo llevarse a cabo la inspección ocular solicitada por la parte demandada durante la primera instancia del juicio, ésta circunstancia no dá margen para infirmar el fallo, ni está erigido tal hecho en causal de casación, las cuales, taxativamente determina el artículo 520 del Código Judicial.

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

Segundo cargo.

Lo formula así el recurrente:

"Incurrió en manifiesto error de hecho el Tribunal al aprobar la partición, la cual contiene un lote para gastos, la cuantía de los cuales no está acreditada en autos, con lo cual violó los artículos 593, 597, 601 del Código Judicial y 2.338 del Código Civil".

La Corte considera:

El cargo formulado anteriormente, como lo reconoce el propio recurrente, y lo acredita la realidad procesal, fue materia de una de las objeciones que se formularon contra la cuenta de partición, y las cuales, declararon infundadas los Jueces de instancia, por autos de fecha 24 de julio y 10 de septiembre de 1956. Cuando sobrevino la ejecutoria de la última de las citadas providencias, el Juez A-QUO, aprobó el trabajo de partición, que como se ha dicho, fue confirmado por el Tribunal de Ibagué, por medio de la sentencia recurrida, la cual, no hizo referencia, en lo pertinente al lote de gastos, cuyo asunto había sido objeto de estudio y de decisión judicial, al resolverse sobre la articulación que se tramitó, como consecuencia de las objeciones que fueron propuestas, de donde se deduce que el cargo formulado no incide en la sentencia materia de este recurso.

En cuanto a las disposiciones del Código Judicial, citadas por el recurrente, no resulta conducente su invocación por referirse aquéllas al criterio que debe adoptar el juzgador en materia de apreciación probatoria y en el cargo que se analiza, no se ataca el fallo por errónea o indebida apreciación del acervo probatorio. Tampoco resulta pertinente, ni aparece violado por el sentenciador el artículo 2.338 del Código Civil, pues durante la secuela del juicio no se demostró en ninguna forma que el partidor al realizar su trabajo hubiese procedido con mengua de la norma sustantiva a que se ha hecho referencia.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

* * *

FALLO:

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y siete (17) de septiembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en el juicio ordinario seguido por Gonzalo Sandoval Saavedra contra Natividad Saavedra viuda de Sandoval y otros.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

No hay costas, por no aparecer causadas.

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

LIMITE DE LA AUTONOMIA DE LOS JUZGADORES EN LA APRECIACION DE LAS PRUEBAS

En un gran número de fallos, la Corte ha sostenido el principio de que la apreciación de la prueba por parte del fallador de instancia es intocable en casación por cuanto éste goza de autonomía en dicha apreciación, salvo que se le demuestre que ha incurrido en error de derecho o en manifiesto error de hecho.

Por otra parte, al acusar la sentencia, el demandante debe indicar y establecer conforme a las normas sobre casación, el error de hecho manifiesto que conduce a la violación de la ley en la apreciación de la prueba.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alfredo Cock Arango).

El 6 de septiembre de 1955, la señora Cenobia Patiño Bustamante, obrando en nombre y representación de su hija menor Idalí Patiño Bustamante promovió juicio ordinario de filiación de ésta ante el Juez Civil del Circuito de Armenia.

La demanda la enderezó contra la Sociedad conyugal "que formaron Juan Nepomuceno Montoya y Enriqueta Isazá y contra la sucesión del primero, representadas por la cónyuge supérstite y por el heredero Oscar Montoya Isaza".

Además de la declaración sobre ser la citada menor hija natural de Juan Nepomuceno Montoya se hicieron las consecuenciales sobre petición de herencia y restitución de bienes.

Cumplidos los trámites de rigor el señor Juez, en fallo que lleva fecha 11 de enero de 1957, negó las peticiones de la demanda y en consecuencia absolvió a los demandados.

Condenó en costas

En segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, confirmó en todas sus partes el fallo citado, en sentencia fechada el 25 de febrero de este año, pero se abstuvo de condenar en costas en la instancia.

Contra este fallo interpuso recurso de casación la parte demandante, recurso que fue otorgado y que se ha tramitado ante esta Corte hasta el grado de dictarse sentencia, a lo cual se procede:

Invoca el recurrente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial que desarrolla en la siguiente forma:

"Incurrió el sentenciador de segundo grado en violación indirecta de ley sustantiva por error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas. La deficiente apreciación de los elementos probatorios que luégo analizaré, llevó al Tribunal a concluír que no se ha demostrado la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias entre María Cenobia Patiño Bustamante y Juan Nepomuceno Montoya, equivocación que lo condujo a no declarar la paternidad natural demandada judicialmente y a infringir, por vía indirecta, el artículo 4º, ordinal 4º de la Ley 46 de 1936.

"Dice el precepto mencionado: Artículo 4º.—Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural..... 4º—En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron.

"El Tribunal hace el siguiente análisis para asentar que no están probadas las relaciones sexuales estables y notorias entre la Patiño y el señor Montoya:

"Va'e recordar aquí que la causal de relaciones sexuales constistuye una presunción de paternidad natural, que para serlo de veras se requiere que esas relaciones hayan tenido lugar durante el lapso en que la ley presume la concepción del hijo y además que sean notorias y estables, o sea que correspondan a una situación similar a la del concúbinato, aunque no es menester la comunidad de habitación. Ya se dijo que de los seis testimonios aducidos por la parte demandante sólo tres se refieren a hechos acaecidos antes del nacimiento de la menor María Idalí Patiño; dos a hechos coetáneos y uno a circunstancias posteriores. Las tres primeras declaraciones son las rendidas por las señoras Ana Tulia Flórez, Carola Restrepo y Ana Rosa Salazar de Correa. Estos

testigos coinciden en afirmar que el señor Juan Nepomuceno Montoya visitaba con frecuencia y en horas de la noche a María Cenobia Patiño durante los años de 1948 y 1949 y que cuando esta señora se retiró del barrio Vélez se hallaba en avanzado estado de gravidez. La declarante Salazar de Correa asevera además que varias veces el señor Montoya le pagó el valor de la lavada de la ropa de la señora Patiño. Los mismos deponentes dicen que a esta señora le llegaba mercado semanalmente y que oyeron decir que eso lo mandaba el señor Montoya, pero a ninguna de ellas le consta tal cosa, como tampoco que este señor le prestara ayuda económica permanente a la mencionada señora Patiño. Analizados estos testimonios con el cuidado que el caso demanda se nota que en ellos sólo se exponen algunos hechos concretos que no alcanzan a comprobar la existencia de las relaciones sexuales, estables y notorias, entre el señor Montoya y la señora Patiño durante el período de concepción de la menor María Idalí Patiño. Los otros tres declarantes, o sea los señores Feliciana Ramírez, Rosa Elena Villamil y Gilberto Antonio González, narran hechos sucedidos al tiempo y después del nacimiento de la niña María Idalí y referente a circunstancias reveladoras de las relaciones sexuales en mención, pero no configuran esta causal de paternidad precisamente por no haber acaecido durante el lapso de la concepción. Ya se expresó que esos hechos coetáneos y posteriores al nacimiento del presunto hijo natural sólo sirven para confirmar los sucedidos durante ese período de concepción, y como aquí no hay prueba plena de estos últimos resulta que aquellos otros nada pueden corroborar".

"Pero —continúa el recurrente— los testimonios que comenta el Tribunal en forma desfavorable, sí acreditan en forma irrebatible la existencia de las relaciones sexuales estables y notorias. Claro que no presenciaron el coito, ni eso en manera alguna es lo que exige la ley y la jurisprudencia. Pero sí la continuidad de hechos que sólo son de ocurrencia entre amantes. Y hechos que se realizaron en los años de 1948 y 1949, año este último en que hubo de tener ocurrencia la concepción de María Idalí, ya que nació el 13 de diciembre de 1949, según partida visible a folios 11 del cuaderno 1º del expediente".

Entra luégo el recurrente a comentar las declaraciones de que se ha hecho mérito y termina su demanda en la siguiente forma:

"La observación atenta de las pruebas mencionadas convence de que el Tribunal las apreció indebidamente y por ello las demeritó. La Honorable Corte volverá por el equilibrio del Derecho. Es preciso aplicar a este pleito el artículo 4º del estatuto de los hijos naturales, inciso 4º que fue indirectamente quebrantado por el fallador de Pereira.

"Reitero mi solicitud de que caséis la sentencia y pronunciés el fallo correspondiente de instancia".

SE CONSIDERA:

En un gran número de fallos, la Corte ha mantenido el principio de que la apreciación de la prueba por parte del fallador de instancia es intocable en casación por cuanto éste goza de autonomía en dicha apreciación, salvo que se le demuestre que ha incurrido en error de derecho o en manifiesto error de hecho.

Por otra parte, al acusar la sentencia el demandante en casación no indica el error de hecho manifiesto que conduce a la violación de la ley en la apreciación de la prueba, lo que ha debido indicar y establecer conforme a las normas sobre Casación.

El Tribunal hace un examen de las declaraciones de los testigos y de ese examen aparece justificada su apreciación sin que resulte que dicha Corporación ha incurrido en tal error en el mencionado examen.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia materia del recurso dictado en el juicio ordinario de María Cenobia Patiño Bustamante contra la Sociedad conyugal formada por Juan Nepomuceno Montoya y Enrique Isaza, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 25 de febrero de 1958, y condena en costas al recurrente.

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

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

ACCION DE FILIACION NATURAL. — NATURALEZA JURIDICA DE LAS RELACIONES SEXUALES ESTABLES Y NOTORIAS. — PRUEBA DE LA POSESION NOTORIA DEL ESTADO DE HIJO NATURAL Y EN QUE CONSISTE. — PODER DE APRECIACION DE LOS TRIBUNALES EN LA PRUEBA DE INDICIOS. — EN LA DUDA, NO PUEDE ENCONTRAR APOYO LA QUIEBRA DE LA SENTENCIA QUE, EN EL RECURSO DE CASACION, SE PRESUME AJUSTADA A DERECHO

1.—La organización de la familia legítima, basada en el matrimonio, se encamina de manera primordial a proporcionar certeza de la filiación con respecto a la persona del padre.

Si con el fin de que por la justicia se declare la paternidad natural está invocada la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, las condiciones de la ley para que la situación de hecho pueda equipararse, a efectos de la certeza de la paternidad, con el legítimo estado de derecho, deben llenarse a cabalidad, material y formalmente.

No es bastante que con razonable probabilidad pueda colegirse el trato carnal del pretendido padre con la mujer de quien viniera al mundo el actor en juicio de filiación natural. Es ineludible según el ordenamiento que se trate de relaciones sexuales notorias y estables, aunque no haya habido comunidad de habitación.

Si comúnmente acontece que las relaciones sexuales fuera de matrimonio se hallan envueltas en ropajes de discreción que las alejan y disimulan al testimonio de los hombres, ello es conducente a significar que la causal de la ley sólo es aplicable a las hipótesis más o menos numerosas, pero de excepción siempre, en que la notoriedad conduzca a la convicción judicial sobre la existencia de determinadas relaciones sexuales. Como es obvio, esto hace particularmente exigente el sistema probatorio al respecto, pues se tratará casi siempre de inferencias susceptibles de equívoco, de indicios más o menos graves, precisos y conexos entre sí, o de prueba simplemente circunstanciales.

Pero aún en el supuesto de la notoriedad, todavía no es suficiente establecerla para que las relaciones sexuales estén calificadas para proveer el reconocimiento judicial de la paternidad. Es preciso además que las dichas relaciones tengan el carácter de estables.

No que la estabilidad contradiga las leyes que imperan en la naturaleza humana, por entender que se trate del ininterrumpido contacto sexual en que la razón práctica nunca ha tocado la mentalidad de los hombres. Es precisamente la configuración connatural del estado de hecho que en concreto y en forma adecuada conduzca al juzgador a sentar la presunción de paternidad para suplir por su equivalente jurídico la que del matrimonio arranca en la filiación legítima.

2.—La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el padre lo haya tratado como tal ,proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio, en general, le hayan reputado como hijo de ese padre a virtud de aquel tratamiento. Debe acreditarse la posesión notoria por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, y no es de recibo como prueba del estado civil sino cuando ha durado diez años por lo menos. (6º, Ley 45 de 1936, 398, 399 del C. C.).

La amplitud en la interpretación del régimen normativo sobre reconocimiento por la justicia de la paternidad natural nunca permitiría desvanecer o en modo alguno desintegrar los elementos inseparables que deben concurrir —el uno como consecuencia del otro— en la ejecución sucesiva de los hechos posesorios de estado durante todo el lapso no inferior de diez años previsto por la ley. Son sin duda alguna los hechos posesorios específicamente determinados en la norma como provenientes del padre en cuanto a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, los que permiten

inferir en forma irrefragable a deudos y amigos o al vecindario del domicilio en general el estado civil que se impetra, por virtud de la repetición continuada en el tiempo mínimo de diez años de aquellos mismos hechos que ha debido cumplir el presunto padre El legislador es concluyente cuando dice:

"Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años por lo menos"

Si el lapso de diez años se interrumpe por cualquiera causa valedera, muerte del padre por ejemplo, no podrá acreditarse la posesión de estado, Pero de ahí no se desprende que el hijo natural quede privado de tutela jurídica, desde luego que no se trata de la única y exclusiva causal de reconocimiento de la paternidad y como quiera que el trato paterno acreditado fidedigna e irrefragablemente por tiempo que no alcance a cubrir el mínimo legal, bien puede salir en respaldo y apoyo de algún otro motivo para la declaración de paternidad

No es posible confundir la sucesión en el tiempo de hechos emanados del padre en sus relaciones con el pretenso hijo natural con el recuerdo o la opinión perdurable en diez años o más que sobre la paternidad discutida en juicio llegaran a formarse los declarantes por hechos aislados y en todo caso fuera del tracto sucesivo que el régimen legal organiza y reglamenta

3,—El convencimiento judicial formado en uso de los poderes que para valorar los medios de prueba es concedido al fallador de instancia no queda en órbita dentro de la casación como recurso extraordinario y estricta. No es posible suspeditar lo resuelto por el sentenciador en lo íntimo de su conciencia, cuando el fallo recurrido ante la Corte viene con el amparo de la presunción según la cual el derecho fue aplicado acertadamente en la instancia.

Es lo que generalmente sucede con la prueba de indicios. Al efecto dijo la Corte en fallo de casación proferido el 12 de junio de 1958:

"Los indicios, aunque pueden llegar a ser plena prueba y conducir a la convicción judicial, no son de carácter absoluto. por su naturaleza apenas probable, y su mérito se mide subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, a menos que, por excepción, el indicio obedezca a causalidad necesaria, por ser tal la correspondencia con el hecho que se averigua, que, si el uno existe, no puede menos que existir o haber existido el otro (663, C. J.).

"La correspondencia necesaria entre el hecho indicativo y el que se ventila en juicio, no difiere de la inferencia cierta que se desprende del cumplimiento invariable de leyes manifiestas de la naturaleza. Por eso, en todos los casos el indicio necesario prueba con plenitud. Habrá también hechos que, sin fundar relación necesaria de causa a efecto, son sin embargo de tal gravedad y precisión que un solo indicio sirva al Juez para disipar la duda e inclinar su ánimo de acuerdo con su propio convencimiento para proveer la declaración jurisdiccional. (664).

"Pero ello no es lo que comúnmente acontece, sino que la plenitud probatoria no llega a producirse a través de hechos indicativos si no son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí y concurrentes a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. El hecho índice no puede ser establecido por inferencias, porque entonces la serie de conjeturas sólo alcanzaría a formar un simple indicio (665, 666, 667).

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

cumplimiento de elementales leyes de la naturaleza".

Si los indicios a que la demanda se refiere no formaron convicción en el ánimo del sentenciador, no aparece que su juicio obedeciera al desconocimiento objetivo de alguna prueba que demostrara exactamente lo contrario, con lo que está exento de error manifiesto de hecho. Y como en la prudencia del juzgador descansa el sistema legal para la valoración de la gravedad, precisión, concordancia y nexo del hecho índice con el indicado, no es posible tampoco deducir error de derecho cuando el sentenciador usa precisamente de las facultades que por ley se le confían en el ámibto probatorio.

No menos discrecional para el Juez de la instancia es el poder de apreciación de los testimonios calificados que exige la prueba de la posesión notoria del estado civil: si no le son fidedignos o por falta de carácter irrefragable no le llevan a la certeza, ningún análisis ulterior ante la Corte es susceptible de conducir en casación a la quiebra del fallo recurrido, aun en el supuesto de que el nuevo empleo de principios ponderativos de la prueba dejara margen a vacilaciones. Es obvio que en base tan deleznable como la duda no podría encontrar apoyo la destrucción de una sentencia que, como viene expuesto, en el recurso extraordinario se presume ajustada a derecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, cinco (5) de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. José Hernández (Arbeláez).

Con súplicas sobre reconocimiento de filiación natural y sus consecuenciales de orden hereditario entabló demanda Arnulfo Vásquez contra Marta, Olga y Mario Lenis en calidad de herederos como hijos naturales de Carlos Azcárate Becerra, declarados por sentencia de casación proferida el 9 de septiembre de 1952.

La cuestión de hecho se debatió bajo el planteamiento de que hacia 1920 existieron relaciones sexuales estables y notorias entre el causante Azcárate Becerra y Enriqueta Lenis o Vásquez, de las que viniera al mundo en 18 de septiembre de 1921 el actor Arnulfo Vásquez, como hijo procreado fuera de matrimonio en quien se reunieran, además, las condiciones y circunstancias previstas por la ley para la posesión notoria del estado civil correspondiente.

En fallo de 10 de junio de 1955 el Juez Civil del Circuito de Buga declaró la paternidad con base en el ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Pero el Tribunal Superior, en conocimiento de apelación interpuesta por los demandados, hizo el estudio crítico de los elementos aportados al debate, y en particular de las declaraciones de Antonio María Payán, Emilio Azcárate, Francisco Vargas, Carlos Perlaza, Juan de Dios Lozano Garcés, Daniel Caicedo, Salustio Aparicio, José Macario Vergara, Carmen Vargas, Escolástico Marmolejo, Luis Felipe Zambrano, Manuel Cerón y otros, para llegar a la convicción de que la estabilidad de aquellas relaciones sexuales "no aparece afirmada aquí en hechos concretos de los cuales sin lugar a dudas pueda concluírse la existencia "de las mismas". Y sobre el particular termina así:

"De todo lo expuesto resulta imposible la declaración judicial de la paternidad natural, con base en las relaciones sexuales alegadas por la parte actora, y se hace inexplicable cómo el Juzgado sin un examen más detenido de la prueba allegada, la aceptara tan totalmente hasta declarar 'suficientemente probada en este juicio la causal prevista en el numeral 4º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936'. Tratándose de problema de tanta magnitud como el de la declaración de la filiación natural, era deber del Juez el darle al estudio del caso una detención más consciente y una menor ligereza de decisión".

El Tribunal tampoco encontró probada la posesión notoria de estado, y en 19 de diciembre de 1956 terminó la segunda instancia del proceso con fallo que revoca el de primer grado y absuelve a los demandados de los cargos de la demanda.

El actor introdujo recurso de casación que la Corte pasa a resolver, cumplido como se encuentra el respectivo trámite.

LA IMPUGNACION

Primer Cargo.

Con respecto al ordinal 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, se alega infracción directa de la norma, por cuanto el recurrente considera que la sentencia exige comunidad de habitación y vecindad geográfica para que en orden al reconocimiento judicial de la paternidad se configure

el motivo allí previsto, cuando la ley sólo se refiere a "relaciones sexuales notorias", aunque no haya comunidad de habitación.

Alude a la conducta defensiva de los demandados y al contrainterrogatorio para los testigos acerca de la alternación con que los hermanos Azcárate viajaban a la hacienda de "Realpes", sin dejar su domicilio de Buga, y dice que "todos los testigos están acordes en responder que quien más frecuentemente viajaba a la hacienda era D. Carlos Azcárate Becerra, quien aprovechaba sus viajes para dirigir los trabajos agropecuarios y además para visitar y pernoctar con doña Enriqueta Vásquez o Lenis", lo cual, en sentir del recurrente, "no contraría la existencia de las relaciones estables y notorias entre los dos amantes".

Se detiene en consideraciones referentes al progreso alcanzado por la ley colombiana sobre la ley francesa en punto de concubinato, puesto que las relaciones sexuales notorias y estables previstas por el citado ordinal 4º no exigen comunidad de habitación, resultado que en Francia apenas se ha conseguido por jurisprudencia de la Corte de Casación.

Y concluye en el sentido de que el Tribunal violó la ley al "considerar que el Juez de la primera instancia se había equivocado puesto que no había exigido para dar por demostradas las relaciones sexuales estables y notorias vecindad geográfica permanente que viene a ser casi en el fondo comunidad de habitación".

Se considera:

El sentenciador, al revisar el fallo de primera instancia, no lo encontró acertado en cuanto hace a la cuestión de hecho concerniente a la existencia de relaciones sexuales estables y notorias de la madre con el pretendido padre. Y en ese orden de ideas, expresa:

"Eso dicho, no puede olvidarse que el numeral 4º de la Ley (sic) 45 de 1936 enseña que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural: 'En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de 180 días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los 300 días siguientes a aquel en que cesaron'. Se dejó establecida allí, pues, una presunción, cuya operancia tiene que estar sujeta a estos dos hechos: relaciones sexuales estables y relaciones mantenidas de manera notoria, sin que, por lo demás, se dé la necesidad de que los testigos 'hayan presenciado la intimidad o realización del hecho de las relaciones sexuales', ya que de ellas sólo se puede hablar 'por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuye aquella clase de relaciones'. (G. J. LX, 777)".

Lo transcrito es suficiente para ver con plena claridad cómo el Tribunal no ha desconocido en modo alguno el texto mismo de la norma, de donde se desprende con igual luz que el cargo por infracción directa de la ley no está llamado a prosperar.

Segundo Cargo.

Viene formulado por errónea interpretación del dicho ordinal 4º, artículo 4º, Ley 45 de 1936.

Considera el recurrente que el proceso lógico-jurídico de la motivación expuesta por el sentenciador, incurre en el entendimiento equivocado de que la estabilidad de las relaciones sexuales corresponde a las que son ininterrumpidas y cuotidianas, y de que la notoriedad ha de ser las de "aquellas voluntariamente pregonadas por el presunto padre".

Alude a la página 2ª del libro de Savatier: **La Recherche de la Paternité**, y toma de allí:

'La familia legítima es por definición organizada y pública. La familia natural por el contrario es más o menos inorganizada y oculta.

'La familia natural permanece inorganizada porque el amante y la amada, el padre y la madre, manifiestan implícitamente la intención de guardar su libertad, esto es, de repudiar todo o parte de sus deberes orgánicos'.

Y comenta la acusación:

"Se observa pues que la jurisprudencia francesa, y la doctrina, parten de la base de que la familia natural es oculta, de que el padre o la madre quieren ocultar dicha situación. Por lo tanto las relaciones sexuales notorias no pueden ser aquellas confesadas por los amantes, sino las que llega a los sentidos de los terceros por indicios que ellos observan".

Entiende que la doctrina y jurisprudencia francesas son de recibo, porque, en sentir de la Corte (G. J., número 1.955, página 257) los cinco casos de la Ley 45 de 1936 para admitir la acción investigativa de la paternidad natural son similares en su esencia a los de la ley francesa de 1912; hace al sentenciador el reparo de retorcer

algunas doctrinas de la Corte, cita otra y en seguida manifiesta:

"Se destacan de la anterior jurisprudencia dos cosas:

"a.— Que la ley colombiana como la francesa no exige la demostración de la existencia objetiva de las relaciones sexuales. Estas simplemente se presumen por indicios;

"b.— Esos indicios según la Corte pueden ser actos o demostraciones 'que los testigos hayan visto u oído a la pareja a que se atribuye aquella clase de relaciones' ".

Hace referencia a cinco testigos que declaran en el sentido de que Carlos Azcárate Becerra les confesó que tenía relaciones sexuales con Enriqueta Vásquez o Lenis. Encuentra allí un indicio sobre las mismas, y por el aspecto de su notoriedad remata así:

"La notoriedad significa en los términos de la ley que se trate de unas relaciones de las cuales se da cuenta el vecindario por indicios. No se requiere que las pregone el padre, pero si esto sucede, aunque sea accidentalmente, implica un magnífico perfeccionamiento de la prueba".

Cuanto a la estabilidad de las susodichas relaciones, es atacado el criterio del sentenciador acerca de que lo estable es lo constante, lo durable y lo permanente, y se lee en la demanda:

"Interpretar el vocablo estable que trae la ley, por lo constante, lo durable y lo permanente, se enfrenta a la naturaleza de las relaciones sexuales. Estas son fugaces. Físicamente no pueden existir relaciones sexuales permanentes. Es un absurdo, pensarlo contradice la naturaleza humana. Cuando la ley usa esos términos se está refiriendo a relaciones amorosas serias con contacto sexual frecuente".

Dentro de la significación de **estable** según el Diccionario de la Academia Española, encuentra el recurrente que lo firme y durable de las relaciones sexuales es la frecuencia por parte del hombre y la fidelidad por parte de la mujer. Hace algunos comentarios al respecto, para concluír:

"Estas breves consideraciones demuestran que el concepto de relaciones sexuales estables traído por el Tribunal en esta sentencia se aparta del contenido de la ley porque se enfrenta a la naturaleza física del hombre y de la mujer. La disputa en casación entre el Tribunal y el legislador se convierte en una discrepancia de fondo entre el Tribunal y la vida".

SE CONSIDERA:

Sin duda, la organización de la familia legítima, basada en el matrimonio, se encamina de manera primordial a proporcionar certeza de la filiación con respecto a la persona del padre.

Dijo la Corte en fallo de casación del 7 de julio de 1954:

"En la humanidad existe la tendencia natural a perpetuarse en la prole, por lo que el matrimonio legítimo constituye la base insustituíble, no sólo para la organización de la familia en la vida civilizada de los pueblos, sino también como soporte primordial del régimen hereditario.

"En el derecho moderno, como sucedía ya en las antiguas civilizaciones, se parte de bases seguras para la determinación de la paternidad dentro de la familia legítima, lo cual destaca la importancia de la institución matrimonial; pues si la maternidad es susceptible de prueba directa en razón de que su presencia se exterioriza por signos varios y se revela en el nacimiento, la paternidad, por el contrario, es de naturaleza esotérica.

"Construída la norma invariable acerca de los períodos máximo y mínimo de la gestación y consagrado el matrimonio como institución social, dos presunciones entran en juego:

"a. — La primera, de carácter concluyente **iuris et de iure**— según la cual la concepción ha precedido al nacimiento no menos que ciento ochenta días cabales, y no más que trescientos, contados hacia atrás, y desde la media noche en que principia el día del nacimiento (92 C. C.); y

"b.—La segunda, simplemente legal —**iuris tantum**— en el sentido de que el matrimonio revela la paternidad: **pater is est quem nuptiae demonstrant.** (213 y 214 C. C.).

"Y si el padre, expresa o tácitamente, reconoce como suyo al hijo nacido durante el matrimonio, entonces la presunción de paternidad cobra fuerza concluyente, en cuanto ya ninguna persona está admitida a la demostración contraria. Mas si el padre no ha hecho ese reconocimiento, tanto él como las personas con interés actual en ello están facultadas para impugnar la paternidad, pero no más que dentro del ámbito circunscrito que por motivos de orden público está señalado en la regulación jurídica al respecto.

"Establecida la natural preeminencia de la familia legítima, existe sin embargo la necesidad de contemplar la procreación extramatrimonial, que se presenta como hecho sociológico a través de todos los tiempos y que exige también regu-

lación jurídica, en acatamiento a los principios supremos de justicia y equidad.

"Entonces el régimen legal se endereza a encontrar la certidumbre de la filiación y, en cuanto al padre, por medios que puedan reemplazar satisfactoria y razonablemnte la presunción **pater is est quem nuptiae demonstrant**".—(G. J. LXXVIII, 2144-41).

Por manera que si con el fin de que por la justicia se declare la paternidad natural está invocada la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, las condiciones de la ley para que la situación de hecho pueda equipararse, a efectos de la certeza de la paternidad, con el legítimo estado de derecho, deben llenarse a cabalidad, material y formalmente.

No es bastante que con razonable probabilidad pueda colegirse el trato carnal del pretendido padre con la mujer de quien viniera al mundo el actor en juicio de filiación natural. Es ineludible según el ordenamiento que se trate de relaciones sexuales notorias y estables, aunque no haya habido comunidad de habitación.

Si comúnmente acontece que las relaciones sexuales fuera de matrimonio se hallan envueltas en ropajes de discreción que las alejan y disimulan al testimonio de los hombres, ello es conducente a significar que la causal de la ley sólo es aplicable a las hipótesis más o menos numerosas, pero de excepción siempre, en que la notoriedad conduzca a la convicción judicial sobre la existencia de determinadas relaciones sexuales. Como es obvio, esto hace particularmente exigente el sistema probatorio al respecto, pues se tratará casi siempre de inferencias susceptibles de equívoco, de indicios más o menos graves, precisos y conexos entre sí, o de pruebas simplemente circunstanciales.

Pero aun en el supuesto de la notoriedad, todavía no es suficiente establecerla para que las relaciones sexuales estén calificadas para proveer el reconocimiento judicial de la paternidad. Es preciso además que las dichas relaciones tengan el carácter de estables.

No que la estabilidad contradiga las leyes que imperan en la naturaleza humana, por entender que se trate del ininterrumpido contacto sexual en que la razón práctica nunca ha tocado la mentalidad de los hombres. Es precisamente la configuración connatural del estado de hecho que en concreto y en forma adecuada conduzca al juzgador a sentar la presunción de paternidad para suplir por su equivalente jurídico la que del matrimonio arranca en la filiación legítima.

Si con este criterio se examina la motivación del fallo acusado no es difícil descubrir que el sentenciador en modo alguno incurrió en torcida interpretación de ley sustantiva, sino que, antes bien, tuvo a la vista doctrina de la Corte en punto de las relaciones sexuales notorias y estables como fundamento de la filiación natural. Y si las pruebas allegadas al proceso dan margen o no para la censura en casación, es algo que escapa a la continencia del cargo que acaba de examinarse.

Tercer Cargo.

Se refiere a errónea interpretación del ordinal 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936 por cuanto el recurrente considera que la sentencia examina "los hechos según la posición subjetiva del presunto padre natural" y encontrar por ello no demostrado el lapso para la posesión notoria de estado, cuando la ley mira de una parte los actos del padre "y en segundo término, pero fundamentalmente, las circunstancias de que el vecindario y las amistades hayan considerado durante un período no menor de diez años a tal persona como hijo de tal padre".

La censura se concreta a entender que de acuerdo con el criterio del fallo los hijos cuyo padre muriese antes de los diez años subsiguientes al parto "no tendrían acceso y facilidades de declaratoria de paternidad", lo que entraña "una sanción absolutamente injusta".

De donde desprende "que si el presunto padre trata al presunto hijo con tal carácter en forma que induzca a los amigos y al vecindario a reputar a tal muchacho como hijo de tal padre, se sigue que si esa situación se prolonga por espacio de diez años, se cumplen los requisitos que la ley exige. Puede el padre morir pero el hijo continúa disfrutando de la posesión notoria del estado de hijo natural de tal padre, porque así lo siguen considerando los amigos y el vecindario como consecuencia de la forma como su progenitor lo trató en un principio".

SE CONSIDERA

La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el padre le haya tratado como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio, en general, le hayan reputado como hijo de ese padre a virtud de aquel tratamiento. Debe acreditarse la posesión notoria

por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, y no es de recibo como prueba del estado civil sino cuando ha durado diez años por lo menos. (6º, L. 45 de 1936, 398, 399 C. C.).

La amplitud en la interpretación del régimen normativo sobre reconocimiento por la justicia de la paternidad natural nunca permitiría desvanecer o en modo alguno desintegrar los elementos inseparables que deben concurrir —el uno como consecuencia del otro— en la ejecución sucesiva de los hechos posesorios de estado durante todo el lapso no inferior de diez años previsto por la ley. Son sin duda alguna los hechos posesorios específicamente determinados en la norma como provenientes del padre en cuanto a la subsistencia, educación y establecimento del hijo, los que permiten inferir en forma irrefragable a deudos y amigos o al vecindario del domicilio en general el estado civil que se impetra, por virtud de la repetición continuada en el tiempo mínimo de diez años de aquellos mismos hechos que ha debido cumplir el presunto padre. El legislador es concluyente cuando dice:

"Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años por lo menos".

Si el lapso de diez años se interrumpe por cualquiera causa valedera, muerte del padre por ejemplo, no podrá acreditarse la posesión de estado. Pero de ahí no se desprende que el hijo natural quede privado de tutela jurídica, desde luego que no se trata de la única y exclusiva causal de reconocimiento de la paternidad y como quiera que el trato paterno acreditado fidedigna e irrefragablemente por tiempo que no alcance a cubrir el mínimo legal, bien puede salir en respaldo y apoyo de algún otro motivo para la declaración de paternidad.

No es posible confundir la sucesión en el tiempo de hechos emanados del padre en sus relaciones con el pretenso hijo natural con el recuerdo o la opinión perdurable en diez años o más que sobre la paternidad discutida en juicio llegaran a formarse los declarantes por hechos aislados y en todo caso fuera del tracto sucesivo que el régimen legal organiza y reglamenta.

Cuarto Cargo.

Viene propuesto por error de derecho que infringe los artículos 661, 662, 664, y 665 del Código Judicial y por consecuencia quebranta los ordinales 4º y 5º, artículo 4º, Ley 45 de 1936, por cuanto el Tribunal prescindiera "de la valoración global, en conjunto, conexa de los indicios".

Encuentra la demanda que a las relaciones sexuales estables le es propia la prueba por indicios en atención a que su intimidad no es adecuada a la prueba directa sino a la que se produce por presunciones a través de hechos externos indicativos de la existencia de aquel trato carnal.

Y con el ánimo de establecer que en el proceso aparecen indicios "en número plural, graves, precisos y conexos entre sí", sobre las alegadas relaciones sexuales estables y notorias entre Carlos Azcárate Becerra y Enriqueta Vásquez o Lenis, además de la posesión notoria de estado por parte de Arnulfo Vásquez, ensaya el recurrente el análisis de las declaraciones de Antonio María Payán, Luis Felipe Zambrano Torres, Escolástico Marmolejo, Carlos Perlaza M., Juan de Dios Lozano Garcés, Daniel Caicedo Caicedo, y Manuel Cerón, de donde desprende el invocado error de derecho no sólo por lo que hace a la valoración de los indicios sino también en cuanto a la de los testimonios sobre los hechos índices con quebranto de los artículos 696, 697 y 698 del Código Judicial. Cuanto a las normas sustantivas violadas, además de los ordinales 4º y 5º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936, señala los artículos 5o. y 6o. del mismo estatuto y el 399 del Código Civil.

SE CONSIDERA:

Al corroborar la doctrina constante de la Corte sobre estos puntos dijo el reciente fallo de 27 de noviembre de 1958:

"Cuando la censura consiste en alegar errónea apreciación probatoria, no es suficiente el nuevo examen de los medios aportados al debate para obtener la prosperidad del cargo. Es ineludible que el Tribunal de instancia haya incurrido en error de derecho o en error manifiesto de hecho.

"Si se plantea la existencia de relaciones sexuales notorias y estables entre los progenitores o la posesión de estado por el hijo, el objeto propio de la controversia arraiga fundamentalmente en materias y circunstancias de hecho, y el juicio del sentenciador al respecto no es susceptible de reparo salvo yerro evidente, cuya demostración, lejos de exigir ulterior ensayo crítico de las probanzas, se produce con sólo señalarlo, puesto que para ser manifiesto el error debe saltar al ojo.

"No es de recibo en casación la reapertura del debate de pruebas ni aún con el propósito de descubrir errores que, por lo mismo, no son manifiestos. Ni tampoco para revaluar los medios

a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la conciencia del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte".

El convencimiento judicial formado en uso de los poderes que para valorar los medios de prueba es concedido al fallador de instancia no queda en órbita dentro de la casación como recurso extraordinario y estricto. No es posible supeditar lo resuelto por el sentenciador en lo íntimo de su conciencia, cuando el fallo recurrido ante la Corte viene con el amparo de la presunción según la cual el derecho fue aplicado acertadamente en la instancia.

Es lo que generalmente sucede con la prueba de indicios. Al efecto dijo la Corte en fallo de casación proferido el 12 de junio de 1958:

"Los indicios, aunque pueden llegar a ser plena prueba y conducir a la convicción judicial, no son de carácter absoluto, por su naturaleza apenas probable, y su mérito se mide subjetivamente por la certeza moral del sentenciador, a menos que, por excepción, el indicio obedezca a causalidad necesaria, por ser tal la correspondencia con el hecho que se averigua, que, si el uno existe, no puede menos que existir o haber existido el otro. (663, C. J.).

"La correspondencia necesaria entre el hecho indicativo y el que se ventila en juicio, no difiere de la inferencia cierta que se desprende del cumplimiento invariable de leyes manifiestas de la naturaleza. Por eso, en todos los casos el indicio necesario prueba con plenitud. Habrá también hechos que, sin fundar relación necesaria de causa a efecto, son sin embargo de tal gravedad y precisión que un solo indicio sirva al Juez para disipar la duda e inclinar su ánimo de acuerdo con su propio convencimiento para proveer la declaración jurisdiccional (664).

"Pero ello no es lo que comúnmente acontece, sino que la plenitud probatoria no llega a producirse a través de hechos indicativos si no son en número plural, graves, precisos, conexos entre sí y concurrentes a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. El hecho índice no puede ser establecido por inferencias, porque entonces la serie de conjeturas sólo alcanzaría a formar un simple indicio. (665, 666, 667).

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

Si los indicios a que la demanda se refiere no formaron convicción en el ánimo del sentenciador, no aparece que su juicio obedeciera al desconocimiento objetivo de alguna prueba que demostrara exactamente lo contrario, con lo que está exento de error manifiesto de hecho. Y como en la prudencia del juzgador descansa el sistema legal para la valoración de la gravedad, precisión, concordancia y nexo del hecho índice con el indicado, no es posible tampoco deducir error de derecho cuando el sentenciador usa precisamente de las facultades que por ley se le confían en el ámbito probatorio.

No menos discrecional para el juez de la instancia es el poder de apreciación de los testimonios calificados que exige la prueba de posesión notoria del estado civil: Si no le son fidedignos o por falta de carácter irrefragable no le llevan a la certeza, ningún análisis ulterior ante la Corte es susceptible de conducir en casación a la quiebra del fallo recurrido, aun en el supuesto de que el nuevo empleo de principios ponderativos de la prueba dejara margen a vacilaciones. Es obvio que en base tan desleznable como la duda no podría encontrar apoyo la destrucción de una sentencia que, como viene expuesto, en el recurso extraordinario se presume ajustada a derecho.

Quinto Cargo.

Como el último cargo insiste en la censura del fallo por manifiesto error de hecho en la apreciación de los testimonios ya referidos, con quebranto consecuencial de los apartes 4 y 5, artículo 4º, y del artículo 6º, Ley 45 de 1936, así como

también del 399 del Código Civil, bastan las consideraciones que anteceden para decidir sobre el 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 proferida en el presente proceso por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga con fecha 19 de diciembre de 1956.

Costas en casación a cargo de la parte recurrente.

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

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

NATURALEZA Y FINALIDAD JURIDICA DE LA LEY 120 DE 1928. — PROCESALMENTE HABLANDO, LA REIVINDICACION Y LA DECLARACION DE PERTENENCIA SON DOS ACCIONES DISTINTAS, REGULADAS POR NORMAS DIFERENTES. REQUISITOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA SEGUNDA. — LA POSESION ININTERRUMPIDA CONSTITUYE FACTOR ESENCIAL PARA LA VIABILIDAD DE LA ACCION DE PERTENENCIA. — EN ESTAS ACCIONES, POR SU NATURALEZA, NO SE DISCUTEN PROPIAMENTE CUESTIONES DE DERECHO SINO DE HECHO, Y LOS OPOSITORES PARA FUNDAR SU OPOSICION NO ESTAN OBLIGADOS LEGALMENTE A PRESENTAR TITULOS DE PROPIEDAD ANTERIORES A LOS PRESENTADOS POR EL DEMANDANTE. — ERROR DE HECHO. — EN QUE CONSISTE. — A LA CORTE, EN EL RECURSO EXTRAORDINARIO, LE ESTA VEDADO PROCEDER OFICIOSAMENTE A UNA NUEVA CALIFICACION PROBATORIA. — LA DEMANDA ES LA PARTE PRINCIPAL DE TODO PROCESO Y A SUS TERMINOS DEBE AJUSTARSE EL SENTENCIADOR

1. — La acción de declaración de pertenencia consagrada expresamente en la Ley 120 de 1928, como es sabido, llenando un vacío en nuestra legislación civil, vino no sólo a crear sino a reglamentar debidamente el medio procesal adecuado en beneficio de quien teniendo a su favor una prescripción extraordinaria de dominio sobre determinado inmueble pudiera pedir al Juez la correspondiente declaración de pertenencia a fin de obtener un título de propiedad arreglado a la ley, que fue en síntesis, la finalidad jurídica de la precitada Ley 120 de 1928, con anterioridad a la cual, la prescripción adquisitiva del dominio, no podía alegarse sino por vía de excepción.

Procesalmente hablando, la reivindicación y la declaración de pertenencia son dos acciones distintas, reguladas por normas diferentes, y para la procedencia de la segunda es menester cumplir, como lo tiene establecido una tradicional jurisprudencia de la Corte, los requisitos especiales exigidos para la prescripción extraordinaria. Son los siguientes:

Primero.—Que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción.— Segundo. — Que la cosa haya sido poseída durante el término legal. Y tercero.—Que la posesión no haya sido interrumpida.

La posesión ininterrumpida constituye factor esencial para la viabilidad de la acción de pertenencia, por lo cual debe probarse por los medios adecuados; como hay que probar también plenamente tal circunstancia para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular, según lo prescribe el artículo 2.528 del Código Civil, e igualmente debe ser objeto de plena comprobación judicial cuando se alega la prescripción extraordinaria de dominio, según lo enseña el artículo 2.531 del Código Civil en su ordinal 2º del numeral 3º.

En la acción de pertenencia, por su naturaleza, no se discuten propiamente cuestiones de derecho, sino de hecho, y por ello la Ley 120 le dá acceso a tales juicios, para que pueda oponerse, a quien alegue su calidad de poseedor del inmueble a que se refiere la declaración de pertenencia.

No tratándose de una acción reivindicatoria, sino de una acción declarativa de pertenencia, es claro que los opositores para fundar su oposición no están en la obligación legal de presentar títulos de propiedad anteriores a los presentados por el demandante. La ley no exige tal cosa para estos casos. Uno de los principales objetivos de la Ley 120 de 1928, fue el de dotar, a quien demandare una declaración de pertenencia, de un título de propiedad claro y definitivo, como deben ser los que emanan de una declaración de prescripción adquisitiva de dominio, en cuyos juicios la sentencia, como lo prescribe el artículo 2.534 del Código Civil, hace las veces de escritura pública con relación al inmueble respectivo.

2.—Como reiteradamente lo ha dicho la Corte, el error de hecho en la apreciación probatoria, consiste en dar por establecido o inexistente un hecho contra la evidencia que aparece de manifiesto en los autos.

3.—Vedado le está a la Corte en el recurso extraordinario proceder oficiosamente a una nueva calificación probatoria para modificar las conclusiones del fallo recurrido.

4.—La demanda es la parte principal de todo proceso y a sus términos debe ajustarse el sentenciador.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ignacio Escallón).

AURELIO ORDOÑEZ E., por medio de apoderado en demanda presentada ante el Juez Promiscuo del Circuito de La Unión (N.) solicitó que previo el trámite establecido en el artículo 6º y siguientes de la Ley 120 de 1928, y previa citación y audiencia del Agente del Ministerio Público se declarase por sentencia definitiva lo siguiente:

a) Que pertenecen en dominio pleno y absoluto al demandante señor Aurelio Ordóñez E., por haber adquirido por prescripción extraordinaria de treinta años, dos lotes de terreno sitos en el Municipio de "El Rosario" Corregimiento de "Las Delicias", del Departamento de Nariño, denominados "Mamaconde" y "Guayabillas" y "Santa Bárbara", cuyos linderos se expresan en el respectivo libelo:

b) Inscribir la sentencia en el Libro número Primero de la Oficina de Registro del Circuito de La Unión, (N.) para los efectos señalados en el artículo 2.534 del Código Civil.

Fundó su demanda en varios hechos que pueden resumirse así:

PRIMERO.—Que en la sucesión testada del causante Fermín Erazo protocolizada por escritura pública número 251 de 11 de julio de 1913, de la Notaría del Circuito de La Unión, se le adjudicó a Mercedes Erazo por concepto de herencia, e hijuela de deudas y de gastos los lotes de terreno ya mencionados.

SEGUNDO.—Que los referidos lotes los vendió la señora Mercedes Erazo viuda de Ordóñez al demandante Aurelio Ordóñez E. por escritura pública número 24 de febrero 24 de 1936, de la Notaría del Circuito de Patía, siendo de advertir que desde antes de protocolizarse el ya citado sucesorio o sea desde el mes de julio de 1913 la señora Erazo viuda de Ordóñez, venía ejerciendo actos positivos propios de dueño sobre los lotes citados, los cuales hasta el mes de julio de 1936, cuidó, cultivó, y mantuvo en buen estado.

TERCERO.—Que después del año de 1936, todos los actos de dominio, tales como plantaciones, sementeras, siembras de pastos artificiales, cerramientos, etc. etc. han venido siendo ejercidos por el demandante sin solución de continuidad cubriendo su posesión y la de su antecesora, señora Erazo de Ordóñez, un lapso mayor de cuarenta años.

CUARTO.—Que como consecuencia de los hechos anteriores, el demandante de conformidad con lo prescrito en la ley, tiene derecho a que se declare judicialmente a su favor la pertenencia de los inmuebles a que se ha hecho mención.

Aceptada la demanda se ordenó correr traslado de ella al Agente del Ministerio Público, quien al descorrerlo no hizo objeción alguna a las peticiones de la demanda.

Durante el término del emplazamiento ordenado por la ley, y en escrito de fecha 5 de noviembre de 1951, los señores Eduardo Rodríguez, Ruperto y Laurentino Ibarra Mera, por conducto de apoderado presentaron oposición a las pretensiones del demandante. A su vez Buenaventura González por medio de apoderado y en tiempo oportuno, se hizo presente como opositor (folio 56). Igualmente, fueron presentadas otras oposiciones, pero de todas aquéllas sólo vinieron a la postre a prosperar las de los Ibarra, Rodríguez y González.

Agotado el procedimiento de instancia, el Juzgado Promiscuo del Circuito de La Unión desató la litis, declarando pertenecer en dominio pleno y absoluto al señor Aurelio Ordóñez E. el lote de terreno denominado "Mamaconde" y "Guayabillas", pero se abstuvo el Juzgado de hacer igual declaración con respecto al lote de "Santa Bárbara", por no haber probado debidamente el demandante los hechos que son esenciales para casos como el presente. De esta providencia apelaron los apoderados de la parte demandante y de los opositores. El Tribunal de Pasto después de cumplidos los trámites de la segunda instancia falló el negocio por sentencia de fecha 11 de agosto de 1956, confirmando en todas sus partes la sentencia

del Juzgado, y es contra esta providencia contra la cual el apoderado de la parte demandante, ha interpuesto el recurso extraordinario de casación que procede a resolverse, por hllarse cumplidos todos los trámites que al efecto señala la ley.

LA DEMANDA

Dos cargos han sido formulados contra la sentencia del Tribunal de Pasto, los cuales, procede la Corte a estudiarlos en su orden.

Primer Cargo.

Invocando el recurrente la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, acusa la sentencia por violación de ley sustantiva, consistente en haber dejado de aplicar con respecto al fundo de "Santa Bárbara" los artículos 2.512, 2.518, 2.527, 2.531, 2.532 del Código Civil, y el artículo 2º de la Ley 120 de 1928.

Para fundar su cargo, dice el recurrente:

"El Tribunal de Pasto, infiere profundo agravio al derecho en las disposiciones sustantivas citadas, y como es natural, menoscaba hondamente los intereses del actor sobre el fundo de "Santa Bárbara", desde luego que resulta vencido como si se tratara de juicio reivindicatorio, sin que los reivindicantes (Ibarra, González y Rodríguez) hayan tenido que demostrar titularidad, esto es, el primero y primordial elemento de la acción restitutoria de dominio".

La Corte considera:

La acción incoada por el actor ha sido la de declaración de pertenencia consagrada expresamente en la Ley 120 de 1928, la cual, como es sabido, llenando un vacío en nuestra legislación civil vino no sólo a crear sino a reglamentar debidamente el medio procesal adecuado en beneficio de quien teniendo a su favor una prescripción extraordinaria de dominio sobre determinado inmueble pudiera pedir al Juez la correspondiente declaración de pertenencia a fin de obtener un título de propiedad arreglado a la ley, que fue en síntesis, la finalidad jurídica de la precitada Ley 120 de 1928, con anterioridad a la cual, la prescripción adquisitiva del dominio, no podía alegarse sino por vía de excepción.

Procesalmente hablando la reivindicación y la declaración de pertenencia son dos acciones distintas, reguladas por normas diferentes, y para la procedencia de la segunda es menester cumplir, como lo tiene establecido una tradicional jurisprudencia de la Corte los requisitos especiales exigidos para la prescripción extraordinaria. Son los siguientes:

Primero. — Que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción. Segundo.—Que la cosa haya sido poseída durante el término legal. Y tercero. Que la posesión no haya sido interrumpida.

En el caso sub-judice, los requisitos mencionados los comprobó amplia y adecuadamente el actor del juicio con respecto al lote de terreno denominado "Mamaconde" y "Guayabillas". Por ello, los Jueces de instancia, dándole cabal cumplimiento a las normas que gobiernan en nuestro Derecho Civil el fenómeno jurídico de la prescripción extraordinaria y a las disposiciones de la Ley 120 de 1928, declaró la pertenencia de tales lotes en pleno dominio y propiedad a favor del demandante Ordóñez. Mas como el actor no logró durante la secuela del juicio presentar la prueba eficaz para demostrar que había poseído integralmente y sin interrupción durante treinta años el fundo de Santa Bárbara, el sentenciador dándole justamente aplicación a las disposiciones que el recurrente considera haber sido infringidas, negó la declaración de pertenencia, solicitada en cuanto hace relación al fundo de "Santa Bárbara".

Y es que aquella posesión ininterrumpida que no acertó a demostrar el demandante constituye factor esencial para la viabilidad de la acción de pertenencia, como hay que probar también plenamente tal circunstancia para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular, según lo prescribe el artículo 2.528 del Código Civil, así como también debe ser objeto de plena comprobación judicial cuando se alega la prescripción extraordinaria de dominio, según lo enseña el artículo 2.531 del Código Civil en su ordinal 2º del numeral 3º.

En sentir del sentenciador las pruebas presentadas en el presente caso por el demandante carecían del mérito probatorio suficiente para formar en el ánimo del juzgador la convicción judicial de que el demandante había poseído el lote de "Santa Bárbara" sin interrupción y durante un lapso de treinta años. Al efecto, dice así la parte motiva del fallo:

"II — En relación al lote "Santa Bárbara" no demostró el demandante la posesión exclusiva que sí demostró con relación al otro fundo, por cuanto

frente a las declaraciones de Octavio Agredo y Gregorio Angulo que no hacen reserva alguna al declarar sobre la posesión de ambos fundos, hay una abundante prueba demostrativa de que en el fundo "Santa Bárbara" no tuvo el actor ni su causante posesión exclusiva durante el lapso necesario para adquirir por prescripción. Ni concretó su demostración en forma precisa a la parte que en dicho fundo haya poseído exclusivamente".

A la conclusión anteriormente transcrita llegó el sentenciador, después de haber hecho un prolijo examen de los numerosos testimonios aducidos por las partes durante el debate judicial y de haber examinado con sereno juicio a través de los principios generales de la sana crítica los distintos elementos probatorios aportados por las partes durante la controversia.

Mas, como la mencionada apreciación no ha sido acusada en el cargo que se estudia, por error de derecho ni tampoco se ha alegado error alguno de hecho que aparezca evidenciado en el proceso, vedado le está a la Corte en este recurso, proceder oficiosamente a una nueva calificación probatoria para modificar las conclusiones del fallo recurrido.

Agrega el recurrente:

"Nada demuestra en los autos, ni el sentenciador lo resuelve o proclama o expresa, en el sentido de que los Ibarras, González y Rodríguez tengan titularidad preferente a la de Aurelio Ordóñez sobre la heredad de "Santa Bárbara". Por el contrario, es muy explícito el Tribunal cuando dice que el demandante no demostró la "posesión exclusiva" sobre ese inmueble. De otra manera el sentenciador habría declarado la pertenencia en favor de los dichos Rodríguez, Ibarra y González. No fue así, sencillamente porque no acreditaron su posición preferencial".

No está de acuerdo la Corte con el reparo hecho por el recurrente a la sentencia, porque en estas acciones no cabe estudiar el problema a través de la prioridad de titulaciones, sino que la posesión material ininterrumpida por el término prescrito en la ley, es el asunto central en torno al cual debe girar la controversia y adoptando tal criterio fue como el sentenciador dio solución al litigio.

Consta de autos que los señores Rodríguez, González e Ibarra, por medio de apoderados y en escritos presentados ante el Juez de la causa, se opusieron dentro del término legal, a las súplicas impetradas por el actor del juicio. No se concretaron a formular su oposición, sino que mediante elementos probatorios aptos lograron acreditar a satisfacción de los Jueces de instancia que cuando estaba en proceso o en curso la prescripción alegada por el demandante, ellos habían venido cultivando, sembrando y explotando económicamente varias parcelas incluídas en el lote de terreno denominado "Santa Bárbara", es decir, desvirtuaron la afirmación hecha por el demandante en su libelo de haber poseído integral e ininterrumpidamente el citado lote por el tiempo requerido para obtener la declaración judicial de pertenencia.

Y como no se trataba aquí de una acción reivindicatoria, es claro que los opositores para fundar su oposición no estaban en la obligación legal de presentar títulos de propiedad anteriores a los presentados por el demandante. La ley no exige tal cosa para estos casos. En la acción de pertenencia, por su naturaleza, no se discuten propiamente cuestiones de derecho, sino de hecho, y por ello, la Ley 120 le dá acceso a tales juicios para que puedan oponerse a quien alegue su calidad de poseedor del inmueble a que se refiere la declaración de pertenencia. Dentro de este orden de ideas, el sentenciador dio estricto cumplimiento a la precitada Ley 120, al haber reconocido su calidad de poseedores a los señores Ibarra, González y Rodríguez, porque la posesión, debe saberse, es una situación jurídica que nuestro régimen civil ampara y protege expresamente en varias disposiciones, entre las cuales se halla el parágrafo del artículo 762 de la obra citada, que dice así:

"El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

Así las cosas, no resulta fundada la afirmación del recurrente, cuando dice que los opositores no acreditaron en esta litis una posesión preferencial.

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

Segundo Cargo.

Se halla formulado así:

"Consiste en violación indirecta de los artículos 2.512, 2.518, 2.527, 2.531, 2.532 del Código Civil, artículo 2º y 5º de la Ley 120 de 1928, y sus concordantes, por falta de aplicación como consecuencia de error manifiesto de hecho en que incurrió el Tribunal a la prueba que se puntualiza". Se refiere el recurrente a la inspección ocular practicada el día 30 de septiembre de 1953.

Para fundamentar su impugación, dice en síntesis, que el Tribunal al valorar tal prueba confundió el todo con la parte, puesto que habiéndose

establecido que los oposicionistas ocupaban apenas algunas parcelas del fundo de Santa Bárbara, esta circunstancia no era suficiente para que el sentenciador hubiera negado la declaración de pertenencia con respecto a la totalidad del mencionado globo, siendo así que la ley, expresamente dice, que la pertenencia puede hacerse con respecto a una parte del inmueble.

La Sala considera:

A los folios 72, 73, 74 y 75 del cuaderno número 3, obra la inspección ocular a que alude el recurrente. Consta allí que una vez identificado por sus linderos el lote en cuestión, se presentó Ruperto Ibarra, quien formuló oposición manifestando que tanto él como su familia poseía una parcela dentro del globo de Santa Báárbara, lo cual fue constatado por el Juzgado, el cual observó que había allí cultivos y cercas. Virgilio Ordóñez o González, hijo de Buenaventura González, manifestó también que su padre tenía allí una porción de tierra cultivada, de lo cual tomó nota el Juzgado. Declaración del mismo tenor hizo Eduardo Rodríguez y de ello dejó la correspondiente constancia el juzgador, observando haber visto en la referida parcela ganados y aves de corral.

Cuanto quedó establecido en la citada inspección ocular, fue asunto aceptado por los peritos y corroborado, como lo advierte en su parte motiva el sentenciador, con las declaraciones de Lorenzo Fandiño, Faustino Yáñez, José Leonardo Díaz, Abacuc Daza, Jorge Añez, Abraham Mecías O., todos los cuales, declaran ser cierto que Eduardo Rodríguez poseía la parcela sobre la cual hizo oposición y la había venido explotando económicamente desde hacía varios años. Con respecto a la oposición de Buenaventura González, los testigos Anselmo y Arcelio Rodríguez declaran que el opositor tenía dentro de su parcela casa de habitación y cultivos, e igual declaración hacen los nombrados declarantes con respecto a las oposiciones de los señores Ibarra. Quiere todo esto decir, que tanto la inspección ocular, como el dictamen pericial y las declaraciones mencionadas concuerdan en cuanto al hecho de que los opositores ya nombrados son poseedores de los predios a que se ha hecho ya mención, los cuales han sembrado y explotado.

Y fue basado en el anterior y concluyente acervo probatorio detenidamente analizado en la motivación del fallo, como el sentenciador dedujo lo siguiente:

"Sobre esta parte de la hacienda de "Santa Bárbara" no puede admitirse demostración de una posesión exclusiva por parte del actor en un lapso mayor de treinta años que dé lugar a la declaratoria de prescripción".

Si el error de hecho en la apreciación probatoria, consiste, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, en dar por establecido o inexistente un hecho contra la evidencia que aparece de manifiesto en los autos, es obvio, que tal error no lo hubo en el caso de autos; pues lo afirmado por el Tribunal constituye un hecho incontrovertible, conforme con la realidad procesal y que quedó plenamente establecido con las pruebas a que se ha hecho referencia, luego no procede la impugnación al fallo ni por la causal mencionada, ni por el motivo expuesto por el recurrente, quien dice además, que la sentencia recurrida ha debido declarar la pertenencia del fundo de "Santa Bárbara", con exclusión de las parcelas ocupadas por quienes se presentaron a la litis, como opositores. A este respecto no está de acuerdo la Corte con la tesis propugnada por el recurrente, porque la demanda que es la parte principal de todo proceso, y a cuyos términos debe ajustarse el sentenciador, no dá margen para ello. En el libelo se impetró la declaración integral de pertenencia del lote de "Santa Bárbara", de acuerdo con los linderos generales allí expresados y sin excepción alguna.

Y tampoco hubiera resultado procedente que el sentenciador hubiese declarado la pertenencia total del globo de "Santa Bárbara", advirtiendo que dentro de la declaración de pertenencia no quedaban incluídos los lotes pertenecientes a los opositores. De haberse hecho así, resultaría un título de propiedad confuso, deficiente y equívoco, lo cual es contrario al espíritu de la Ley 120 de 1928, uno de cuyos principales objetivos fue el de dotar a quien demandare una declaración de pertenencia de un título de propiedad claro y definitivo, como deben ser los que emanan de una declaración de prescripción adquisitiva de dominio, en cuyos juicios la sentencia, como lo prescribe el artículo 2.534 del Código Civil, hace las veces de escritura pública con relación al inmueble respectivo.

Todo lo expuesto anteriormente, lleva a la Corte a concluír que las normas sustantivas citadas por el recurrente, no fueron infringidas en la sentencia acusada. Aquellas normas prescriben los requisitos esenciales para la declaración de una prescripción o de una pertenencia de dominio, y aquéllas exigencias legales no fueron, como se ha dicho, debidamente acreditadas en su totalidad por el actor del juicio y de ahí el que no hubiese

prosperado la acción incoada en lo referente al globo de terreno denominado "Santa Bárbara".

Por las razones expuestas, no se acepta el cargo.

RESOLUCION:

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once (11) de agosto de mil novecientos cincuenta y seis (1956), pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario iniciado por Aurelio Ordóñez E. contra el Personero Municipal de La Unión y otros.

No hay costas.

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

Alfredo Cock Arango.—Ignacio Escallón.—Julio Pardo Dávila.—Arturo C. Posada.—Arturo Valencia Zea.—Antonio Rocha, Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

CUANDO A UNA ACCION PRINCIPAL SE LE ACUMULA COMO CONSECUENCIAL OTRA ACCION, SI EL TRIBUNAL ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA PRIMERA Y NO DE LA SEGUNDA, DEBE FALLAR EN EL FONDO, Y NO ABSTENERSE SO PRETEXTO DE QUE NO ES COMPETENTE PARA CONOCER DE LA CONSECUENCIAL. — EXIGELO ASI LA ECONOMIA PROCESAL Y LA NECESIDAD QUE HAY DE EVITAR QUE LOS JUZGADORES, PARA AHORRARSE TRABAJO, CONTINUEN CON LA EXTRAÑA Y EXOTICA COSTUMBRE DE INHIBIRSE DE FALLAR, TODAS LAS VECES QUE ENCUENTREN LA MAS MINIMA DEFICIENCIA EN LA ACUMULACION DE ACCIONES.—CONFESION DE LA PATERNIDAD NATURAL EN LA CONTESTACION DE LA DEMANDA. — EL ADJETIVO INEQUIVOCO O INEQUIVOCA NO ESTA DEFINIDO POR LA LEY

1.—Es verdad que la llamada doctrina de los presupuestos procesales se ha generalizado en su aplicación jurisprudencial hasta el punto de que se admite por buena en derecho la inhibición de los Jueces para conocer y decidir de un litigio cuando a éstos les falta competencia para decidir de alguna de las acciones incoadas, o cuando no hay capacidad de una de las partes para comparecer en juicio o para legitimar el poder con que obra, o la demanda no está en forma.

Pero en cuanto el fallador se coloca en la discriminación de condiciones o requisitos internos o intrínsecos para cada uno de estos presupuestos, ya no no es tan general la tesis como para tenerla por doctrina ejemplar.

Aquí se concreta la Corte a lo que fue nervio decisorio del fallo de instancia y que es el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial, en cuanto prevé como requisito de acumulación de acciones en una misma demanda (acumulación originaria) "que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial".

Al fallador le bastó para el efecto de sentirse inhibido para fallar, la circunstancia de que al lado de una acción de filiación natural se hubiese presentado en instancia la solicitud de fijación de una pensión alimenticia mientras tanto.

Lo efectivo y sustantivo de las acciones ejercitadas en la demanda es la filiación natural. La de alimentos es insustancialmente adjetiva al lado de aquélla. Si la de filiación prosperare, la alimentaria fluiría de ella como elemental consecuencia. Sólo faltaría regular la cuantía "según las facultades y circunstancias" del padre, como dice el artículo 62 de la Ley 153 de 1887, pero ya no sería discutible el derecho a obtenerlos por parte del hijo. Esto era así, aun antes de que los naturales figuraran con dignidad en la familia.

No se entiende pues cómo el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial pueda aplicarse en el sentido de que lo adjetivo y consecuencial, como acción meramente contable y cuantitativa impida estudiar el derecho sustancial que la explica y sustenta y que por falta de competencia para lo que fluye se desconozca la evidente competencia para debatir la causa primaria.

En general debe tenerse como principio institucional de derecho procesal aquél de que lo útil no se vicia por lo inútil. Normas elementales de economía procesal le prestan sentido y fin al enunciado principio.

La Corte no extiende en este fallo esa consideración a casos en que la acción para la cual el Tribunal sí tenga competencia esté acumulada originalmente con acción o acciones tramitables por cuerdas distintas y que no sean consecuencia de aquélla, que si de ello se tratara, en su caso se vería si el contenido del razonamiento doctrinario de hoy podría extenderse o nó a esa hipótesis vecina, aunque distinta.

2.—Si en un documento tan serio y grave como la contestación de la demanda, preguntada una persona si es padre de otra, responde que no niega que lo sea, en realidad está admitiendo serlo. No negar la paternidad es afirmar que sí crée tenerla. De

nada vale el agregar que tampoco admite.

3. — El adjetivo inequívoco o inequívoca es, según el diccionario de la lengua, pues no está definido por la ley, lo que no admite duda o equivocación. Pocas cosas y nociones no admiten duda, y cuando la admiten, si se pueden ciertamente despejar, resultan inequívocas. Lo fundamental es que, despejada la duda, no subsista la posibilidad de error.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Valencia Zea).

I.— ANTECEDENTES

La señora ABIGAIL CELY R. demandó al señor Alfredo Cubides G. ante el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá para que se declarase que es padre natural de la niña Nelly Cely, la cual fue procreada por la demandante; y para que fuera condenado a suministrarle alimentos.

Alegó los siguientes hechos:

Que la demandante en abril de 1951 le pidió al Juez de Menores de Bogotá que hiciera comparecer al demandado para que manifestase si se hacía cargo de la niña Nelly Cely, procreada por demandante y demandado sin ser casado; que en mayo del mismo año el Juez de Menores decretó en conformidad con lo pedido; pero al no encontrarse el demandado en Bogotá sino en el Municipio de Nobsa (Departamento de Boyacá) el Juez de Menores comisionó al Juez Municipal de aquel Municipio para la práctica de la diligencia, la que se realizó el 13 de octubre de 1952.

Las anteriores súplicas fueron negadas por el Juez Quinto Civil del Circuito de Bogotá con fundamento en que el actor no invocó ninguna de las causales del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, sino que en abstracto se pidió que se declarase que el demandado era padre natural de la menor Nelly Celi.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia fechada el 6 de agosto de 1956, revocó la sentencia del Juzgado Quinto Civil del Circuito del mismo lugar, y en su lugar "se inhibió de fallar el negocio en el fondo".

Advierte la sentencia del Tribunal que la acumulación de acciones en una misma demanda exige, según el artículo 209 del Código Judicial, entre otros requisitos, que pueden sustanciarse bajo una misma cuerda, por seguir el mismo procedimiento judicial. Por tanto, falta el presupuesto de la demanda en forma y no es posible entrar a considerar la relación jurídica sustancial.

II—DEMANDA DE CASACION

La demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de segundo grado del Tribunal de Bogotá y le formula dos cargos:

El primero, por la causal 1ª, se hace consistir en que la sentencia recurrida interpretó erróneamente el artículo 209, ordinales 1º y 2º del Código Judicial, y 736 de la misma obra.

Dice el recurrente que la acción de condena de alimentos por la cuantía de $ 35.00 mensuales, es acción de ínfima cuantía, y que se encuentra entre las acciones de menor cuantía, del ordinal 1º del artículo 209 del Código Judicial, acción que según aquella disposición se puede juntar a la otra y seguir la tramitación de la de mayor cuantía. Que las dos acciones no son contrarias e incompatibles, sino que por el contrario, se complementan, ya que quien tiene derecho a que se le reconozca como a hijo lo tiene a que se le reconozcan alimentos.

III—CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Se observa que el Tribunal se inhibió de fallar la cuestión de fondo fundado en que la demanda contiene dos acciones, la declarativa de filiación natural y la condenatoria de suministro de alimentos, siendo aquella propia de la vía ordinaria (artículo 736 del Código Judicial), y de procedimiento especial la de alimentos (831 y siguientes, **ibidem**); pero como el artículo 209 exige en el numeral 2º el requisito de que las dos acciones pueden sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, y no siendo éste el caso de autos, faltó el presupuesto procesal de la demanda en forma; de donde se deriva su decisión de inhibirse de fallar el fondo del negocio.

Para resolver se considera:

Es verdad que, y en esto tiene razón el Tribunal, la llamada doctrina de los presupuestos procesales se ha generalizado en su aplicación jurisprudencial hasta el punto de que se admite por buena en derecho la inhibición de los Jueces para conocer y decidir de un litigio cuando a éstos les falta competencia para decidir de alguna de las acciones incoadas, o cuando no hay capacidad de una de las partes para comparecer en juicio o

para legitimar el poder con que obra, o la demanda no está en forma.

Pero en cuanto el fallador se coloca en la discriminación de condiciones o requisitos internos o intrínsecos para cada uno de estos presupuestos, ya no es tan general la tesis como para tenerla por doctrina ejemplar.

Aquí se concreta la Corte a lo que fue nervio decisorio del fallo de instancia y que es el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial, en cuanto prevé como requisito de acumulación de acciones en una misma demanda (acumulación originaria) "que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial".

Al fallador le bastó para el efecto de sentirse inhibido para fallar, la circunstancia de que al lado de una acción de filiación natural se hubiese presentado en instancia la solicitud de fijación de una pensión alimenticia mientras tanto.

Lo efectivo y sustantivo de las acciones ejercitadas en la demanda es la filiación natural. La de alimentos es insustancialmente adjetiva al lado de aquélla. Si la de filiación prosperare, la alimentaria fluiría de él como elemental consecuencia. Sólo faltaría regular la cuantía "según las facultades y circunstancias" del padre, como dice el artículo 62 de la Ley 153 de 1887, pero ya no sería discutible el derecho a obtenerlos por parte del hijo. Esto era así, aun antes de que los naturales figuraron con dignidad en la familia.

No se entiende pues cómo el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial pueda aplicarse en el sentido de que lo adjetivo y consecuencial, como acción meramente contable y cuantitativa impida estudiar el derecho sustancial que la explica y sustenta y que por falta de competencia para lo que fluye se desconozca la evidente competencia para debatir la causa primaria.

En general debe tenerse como principio institucional de derecho procesal aquel de que lo útil no se vicia por lo inútil. Normas elementales de economía procesal le prestan sentido y fin al enunciado principio.

La Corte no extiende en este fallo esa consideración a casos en que la acción para la cual el Tribunal sí tenga competencia esté acumulada originalmente con acción o acciones tramitables por cuerdas distintas y que no sean consecuencia de aquélla, que si de ello se tratara, en su caso se vería si el contenido del razonamiento doctrinario de hoy podría extenderse o no a esa hipótesis vecina, aunque distinta.

Las consideraciones hechas imponen, pues, la casación del fallo recurrido.

IV— SENTENCIA DE INSTANCIA

La demanda de instancia, con todo y su evidente falta de tecnicismo procesal sí contiene un hecho fundamental en relación con la acción de filiación, que es la invocación de una manifestación escrita y judicial que el actor estima como confesión suficiente de paternidad. Con esa intención se aduce un hecho y se solicita la declaración judicial de paternidad natural.

Sucedió que en abril de 1951 pidió Abigaíl Cely, con tarjeta de identidad postal número 32538 de Bogotá, por escrito presentado personalmente por ella al Juez de Menores de Bogotá que "se sirva señalar día y hora para que presentándose en su Despacho el señor Alfredo Cubides, mayor y vecino, y previa la notificación personal de la providencia se ponga por escrito una acta en la que se haga constar que como yo no tengo medios suficientes para atender a la manutención y crianza de la niña Nelly Cely de dos años y medio de edad, hija mía y del compareciente señor Alfredo Cubides, procreada en estado de soltería, bautizada y registrada en el libro notarial de nacimientos con el nombre de Nelly Cubides, diga él, Alfredo Cubides, si querría hacerse cargo de la expresada niña con la condición de que me la deje ver siquiera dos veces al mes, y devolvérmela en caso de que yo mejore de fortuna".

El Juez Municipal de Nobsa, comisionado al efecto por el de Menores de Bogotá, hizo comparecer personalmente a Alfredo Cubides G. y sentó la siguiente acta:

"En Nobsa, a trece de octubre de 1952, presente en el despacho del Juzgado Promiscuo Municipal el señor Alfredo Cubides, el señor Juez le notificó los autos a que se refiere el Despacho número 91, procedente del Juzgado de Menores del Distrito Judicial de Bogotá, autos de fechas agosto veinticinco de mil novecientos cincuenta y dos, y mayo veintidós de mil novecientos cincuenta y uno, respectivamente, y se impuso de la demanda presentada ante dicho Juzgado, por la señora Abigaíl Cely. Impuesto Cubides del contenido de la demanda expuso: Que está en todo conforme con ésta, es decir, que recibe la niña menor llamada María Nely, y que permite que la madre la visite cuando tenga a bien, pero que entregársela posteriormente sí no convengo porque naturalmente yo tengo que someterla a una educación cristiana y moral de acuerdo con mis capacidades, y que ya sería imposible para mí desprenderme de ella. Solicito del señor Juez de Menores de Bogotá, que si se me concede la en-

trega de la niña en las condiciones anteriormente dichas, se sirva comunicarme por medio del Juzgado de este Municipio, si debo ir a recibirla a Bogotá, en qué fecha precisa debo hacerlo y siempre que haya seguridad de la entrega de la niña, pues no estoy en condiciones de hacer gastos sin resultado ninguno. Para constancia se firma la presente diligencia como aparece.—El Juez, (Fdo.) Gonzalo Escobar. — El exponente (Fdo.) Afredo Cubides.—El Secretario, (firma ilegible)".

Bien se ve que lo fundamental de la petición de la Cely fue que Cubides se hiciera cargo de la niña con ciertas condiciones, pero también que la razón de la guarda fue el ser hija de Cubides y de la Cely, procreada por ambos. Esta aseveración de la madre, razonada además en cortos renglones de la demanda leída a Cubides, no podía pasarle inadvertida a Cubides, y es indudable que con esta conciencia de imputársele la paternidad aceptó recibir a la niña y ayudarle así a la madre, agregando al mismo tiempo que se encargaría de ella definitiva y no temporalmente, sin restricciones de tiempo y número de visitas para la madre. En otras palabras, el motivo determinante, el que lo indujo a aceptar la mal llamada "guarda", fue la palabra invocada tan real y sencillamente por la madre.

Posteriormente a esta manifestación del demandado vino la que hizo al contestar la demanda ordinaria de filiación, a saber:

"Paso pues a contestar la demanda en la forma siguiente:

"a) Ni afirmo ni niego que yo sea el padre natural de la niña Nelly Cely, hija de Abigaíl Cely; la parte demandante debe suministrar la prueba legal en oportunidad para sostener su afirmación".

Se echa de ver a primera vista que ya aquí Cubides no usa el lenguaje sencillo y campesino que caracteriza a su anterior manifestación ante el Juez Municipal de Nobsa, por comisión del de Menores de Bogotá. Ya aquí en esta nueva oportunidad, aunque protestando de carecer de fondos para pagar abogado, es sin duda éste quien redacta la respuesta, con la maña característica de quien mide el alcance de sus respuestas al trabarse un litigio en juicio ordinario. Con este criterio debe analizarse la transcripción hecha, en donde abundan nociones de derecho, bien o mal traídas a cuenta, como los referentes a la carga de la prueba, a la obligación consecuencial de suministrar alimentos sólo a los hijos cuya paternidad se declare, y a la siguiente frase textual:

"Ni afirmo ni niego que yo sea el padre natural de la niña Nelly Cely, hija de Abigaíl Cely".

Contando con la malicia de la respuesta, es cierto que si en un documento tan serio y grave como la contestación de la demanda, preguntada una persona si es padre de otra, responde que no niega que lo sea, en realidad está admitiendo serlo. No negar la paternidad es afirmar que sí cree tenerla. De nada vale el agregar que tampoco admite.

En este caso concreto se disipa toda duda si se anota que luégo, abogadilmente, trata Cubides de desvirtuar, no en los hechos sino dialécticamente, la confesión o manifestación que había hecho ante el Juez de Menores, o su comisionado de Nobsa, acerca de la paternidad: "Ello no implica, razona, un reconocimiento expreso de paternidad". La paternidad que antes había confesado no lo preocupa ahora hasta el punto de "no negarla", sino de las consecuencias económicas que ello le traería, como la alimentación y educación, siendo él, como se pinta, un campesino de jornal y que atiende a otros hijos que afirma ser legítimos, con todo lo cual está dispuesto a compartir la comida y a que su esposa sea, como lo asegura, "para la pequeña Nelly una segunda madre cariñosa y solícita". En todo esto hay un razonamiento de sinceridad campesina, mezclado con reticencias no suyas sino del abogado consultor, pero que, en vez de desvirtuar o desfigurar su confesión, la hace indudable.

Como la Sala ve como causal invocada en la demanda, más que la parte final del primer cólon del artículo 2º de la Ley 45 de 1936, un hecho fundamental que encuadra justamente en el ordinal 3º del artículo 4º ibídem, cree del caso examinar si la confesión que ha dicho ver en la conformidad de Cubides a las aseveraciones de la Cely, según el acta de Nobsa, reúne la calidad de "inequívoca" exigida por la ley.

El adjetivo inequívoco o inequívoca es, según el diccionario de la lengua, pues no está definido por la ley, lo que no admite duda o equivocación. Pocas cosas y nociones no admiten duda, y cuando la admiten, si se pueden ciertamente despejar, resultan inequívocas. Lo fundamental es que, despejada la duda, no subsista la posibilidad de error.

Las dudas que pudiera suscitar la manifestación de Cubides ante las afirmaciones y peticiones de la Cely, serían las siguientes:

Que las razones que ella da, en ocho escasos renglones, tienden a conseguir que Cubides se haga cargo de la "guarda" de la niña, adjetivo al cual a su vez se concretó la atención de la respuesta de Cubides al empezar diciendo "que está en un

todo conforme con ésta". Mas esta duda se descarta al observar que el motivo de su conformidad, sin salvedades a lo aseverado en tan pocos renglones, tenía que ser la paternidad y procreación tan enfáticamente invocadas; no habiendo dado Cubides, para mayor abundamiento, otra razón ni tampoco protestas de no ser cierto la causa o motivo; Que posteriormente Cubides, al contestar la demanda formal de filiación no ratifica expresamente la confesión de paternidad al contestar el hecho así: "a) Ni afirmo ni niego que sea yo el padre natural de la niña Nely Cely, hija de Abigaíl Cely", sino que parece rehuír la afirmación. Pero como ya se observó, el no atreverse a negar que sea el padre más equivale a aceptar y por tanto a ratificar lo antes afirmado tan de buena voluntad y concientemente razonado, siendo además, como también se observó, esta redacción muy propia del consejero legal, dada la personalidad tan campesina como resulta del resto de sus afirmaciones, y la manera, esa sí decidida y franca, como acepta recibir la niña para siempre y no por temporadas, admitiendo las visitas sin limitación que quisiera hacerle la madre y en la seguridad de que la esposa que dice ahora tener será para la niña una segunda madre.

No hay para qué entrar en las razones corroborantes, que se resumen en dos: en ninguna de las oportunidades judiciales el demandado Cubides niega ser el padre de la niña Nelly; y, al contrario, manifiesta a la madre peticionaria su deseo de tenerla consigo y darle hogar; la única salvedad que hace se refiere a su pobreza, lo cual no le impide, dice, con la redacción del consejero, "darle una formación moral estructurada en la práctica de creencias religiosas que han sido y son norte de mi vida".

FALLO

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del seis de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, revoca la del Juez de primera instancia, y

RESUELVE:

El señor Alfredo Cubides es padre natural de la menor Nely Celi, nacida en Bogotá el día 10 de noviembre de 1951, cuyo nacimiento fue registrado al folio 148 del libro del estado civil de nacimientos del año de 1951 de la Notaría 1ª de Bogotá.

Inscríbase esta sentencia en los libros de registro del estado civil de las personas.

Notifíquese, publíquese y cópiese.

Alfredo Cock Arango.—Ignacio Escallón.—José Hernández Arbeláez.—Julio Pardo Dávila.—Arturo Valencia Zea.—Antonio Rocha, Conjuez.—Jorge Soto Soto, Secretario.

EL MANDATARIO JUDICIAL ACREDITADO PARA ACTUAR EN REPRESENTACION DE UNA DE LAS PARTES DURANTE EL JUICIO, NO NECESITA FACULTAD EXPRESA PARA INTERPONER, SUSTENTAR U OPONERSE AL RECURSO DE CASACION. — LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA ADJETIVA, COMO CAUSAL DE NULIDAD PROCESAL Y MOTIVO DE CASACION. — LA NULIDAD POR FALTA DE CITACION Y EMPLAZAMIENTO, COMO CAUSAL DE CASACION, NO PUEDE SER INVOCADA SINO POR LA PARTE NO CITADA Y EMPLAZADA. — SON TOTALMENTE DISTINTAS Y CONTRADICTORIAS O EXCLUYENTES, LAS ACCIONES DE FALSEDAD DE UNA ESCRITURA Y LA DE SIMULACION DEL CONTRATO DE VENTA CONTENIDO EN ELLA, CUANDO BAJO EL NOMBRE DE NULIDAD SE INICIAN EN UN MISMO PROCESO. — FACULTADES DEL FALLADOR PARA INTERPRETAR LA DEMANDA CUANDO NO ES SUFICIENTEMENTE CLARA EN SUS PETICIONES

1.—Si bien en todo juicio, por regla general, hay dos instancias, y la segunda se surte hasta que "se resuelve el recurso o la consulta", es lo cierto que el litigante que confiere una representación, si no la limita expresamente, se entiende que ella va hasta la terminación del negocio. La voluntad de las partes en todo juicio es la de que su apoderado agote en él todos los medios que la ley procesal les confiere en guarda de sus derechos.

De ahí por qué el artículo 263 del Código Judicial dispone que "El poder otorgado para un juicio (subraya la Sala) se entiende conferido para el de la ejecución de la sentencia que puede subseguir".

De suerte que si en los negocios amparados con el recurso de casación, el apoderado para el juicio tiene representación para pedir la ejecución de la sentencia, que es posterior al fallo de casación, con mayor razón la tiene para interponer, sustentar u oponerse a este recurso de carácter extraordinario.

Esta por lo demás ha sido la noctrina de la Corte, que en auto de 14 de diciembre de 1955, dijo: ".....la ley no requiere que se faculte expresamente al mandatario judicial para recurrir en casación, lo que sí se exigía en la ley de casación anterior al Código Judicial vigente".

Y repitió doctrina expuesta en providencia anterior, que reza: "La ley no exige en parte alguna que para ejercitar el recurso de casación el apoderado necesita facultad expresa. Por el contrario, la manera como está redactado el artículo 522 del Código Judicial antes citado confirma el concepto de que el apoderado judicial goza de las facultades necesarias para interponerlo y representar a su poderdante ante la Corte en etapa subsiguiente.

2.—Como lo dice el artículo 520 del Código Judicial en su ordinal 6º, las nulidades que pueden invocarse como causal de casación son aquéllas de que trata el artículo 448 del mismo estatuto. Y de éstas, la de ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado, mira solamente a la personería adjetiva o a la facultad de representar en el juicio a las partes y no a la mal llamada personería sustantiva, que toca con el fondo mismo de la cuestión sometida al juzgador, como que constituye el presupuesto de la acción, conocido con la denominación de la legitimación para obrar.

3.—Habiendo sido notificado debidamente el demandado del auto que ordena darle traslado de la demanda y de la denuncia del pleito, no se puede hablar de falta de citación o emplazamiento, que propiamente toca con aquellos demandados a quienes no se ha podido notificar del auto admisorio de la demanda por ser desconocida su residencia, por ser personas inciertas o por ocultarse (artículo 317 del Código Judicial). El artículo 199 ibídem dice que traslado es el conocimiento que se da a las partes demandadas.... para que expongan lo que ten-

gan a bien El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo el proceso a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlo o para estudiarlo, según el caso. El artículo 312 ibídem manda hacer personalmente al demandado la notificación del auto que le confiere el traslado de la demanda. El 739 ibídem, en relación con el juicio ordinario de mayor cuantía, dice que, admitida la demanda, se ordena dar traslado de ella a la persona o personas contra quienes se dirige, por el término de diez días a cada una y en la forma indicada en los artículos 312 a 318, para que dentro de él, la contestem. En caso de denuncia del pleito, si el Juez la halla fundada "la manda notificar al demandado, señalándole un término de cinco días, si reside en el mismo lugar, para que se presente a estar a derecho en el juicio".

La nulidad por falta de citación y emplazamiento, como causal de casación, no puede ser invocada sino por la parte no citada y emplazada, que lo sería la demandada, según lo ha sostenido la Corte en constante doctrina.

Dada la índole de este recurso, si la nulidad procesal no fue alegada en instancias, no cabe en casación, por ser medio nuevo, y a su vez no ser la casación una tercera instancia.

4.—Es doctrina constante de la Corte que, cuando la demanda en sus peticiones no es suficientemente clara, el fallador, debe interpretarla con base en los hechos de la misma de los cuales se derivan aquéllas, en las normas de derecho invocadas y en los demás elementos del proceso que contribuyan a fijar con claridad qué es lo pedido por el actor.

5.—Cuando bajo el nombre de nulidad se inicien en un mismo proceso las acciones de falsedad de una escritura y la de simulación del contrato de venta contenido en ella, aunque el demandante las respalde en el artículo 1.740 y concordantes del Código Civil, son totalmente distintas y contradictorias o excluyentes, porque la de simulación descarta la falsedad del instrumento, y ésta excluiría a aquélla.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá diciembre quince de mil novecientos cincuena y ocho.

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

Ante el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Medellín, en libelo de 14 de agosto de 1953, Francisco Vásquez inició acción contra Isabel Castrillón de Vásquez y Antonio Velásquez Rico, para que se decretara la nulidad de la escritura pública número 3.353 de 6 de septiembre de 1943, Notaría Primera de Medellín, en la cual Francisco María Vásquez Calle aparece vendiendo los predios determinados en el hecho primero de la demanda a la señora Isabel Castrillón de Vásquez; y para que se haga la misma declaración con relación al instrumento público número 883 de 6 de marzo de 1944, corrido en la misma Notaría, por medio del cual doña Isabel Castrillón de Vásquez transfirió los mismos bienes a Antonio Velásquez Rico, a fin de que entren a "formar la masa herencial", y se obtenga además la condena al pago de los frutos civiles, debiendo volver las cosas al estado que tenían antes de la celebración del contrato de que dá cuenta la escritura 3.353, "por no haberse llenado los requisitos exigidos por el artículo 1.740 del Código Civil".

Los hechos expuestos en el libelo se resumen así:

1º. Por escritura 3.353 de 6 de septiembre de 1943, autorizada por el Notario Primero de Medellín, Francisco María Vásquez Calle, padre del demandante, vendió a la señora Isabel Castrillón de Vásquez tres inmuebles, situados en el Municipio de Titiribí, paraje de La Peña, alindados como rezan la demanda y la escritura.

2º El precio de la venta fue la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000.00), pagaderos así: $ 14.000.00 de contado, y $ 6.000.00, el resto, para cancelar un crédito hipotecario que gravaba los inmuebles.

3º. El precio estipulado daba lugar a pedir la rescisión por lesión enorme pero el término venció con mucho "quedando sólo otras vías que también son legales para acreditar la simulación del contrato celebrado entre el vendedor y la compradora".

4º El precio fijado a los predios no fue cubierto al señor Francisco María Vásquez, y además la firma estampada por el vendedor en la escritura de venta "no es de su puño y letra, pues existe suplantación". Estos hechos constituyen "falta deleno (sic) de los requisitos indispensables para la legalidad del acto llevado a cabo por medio de la escritura" mencionada, "y por consiguiente, para que tenga valor legal".

5º La señora Isabel Castrillón de Vásquez, por medio de la escritura 883 de 6 de marzo de 1944, de la misma Notaría, vendió los mismos inmuebles a Antonio Velásquez Rico en la cantidad de diez y séis mil pesos ($ 16.000.00).

6º El actor es hijo legítimo de Francisco María Vásquez Calle y en esa calidad tiene derecho de pedir la nulidad de las citadas escrituras.

7º. "En la primera de las operaciones efectuadas con los inmuebles delimitados, hubo simulación y si ello es así, es lógico concluír que son absolutamente nulas las escrituras mencionadas y nulas las operaciones de que ellas dan cuenta".

8º Si es nula la escritura otorgada por mi padre a la señora Castrillón de Vásquez es igualmente nula la que ella otorgó al señor Velásquez Rico.

Concluyó el litigio en primera instancia con fallo del 29 de marzo de 1955 que "no accede a las solicitudes contenidas en la demanda inicial de este juicio".

Se alzó el actor, y terminó la segunda instancia en 17 de octubre de 1955, mediante sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito de Medellín, que confirmó la de primer grado.

El apoderado del demandante interpuso contra el fallo del Tribunal el recurso extraordinario de casación, que, habiendo sido concedido, fundado y tramitado debidamente, entra a resolver la Corte, previa consideración de la cuestión planteada por el procurador de la parte opositora en su alegato, referente a si el representante judicial del actor en las instancias tiene o no facultad para interponer el recurso de casación.

Dice el opositor en síntesis:

El actor al final de su demanda dio poder al doctor Teódulo Duque Ramírez para que lo representara en el juicio.

Luego en el memorial en que solicita la práctica de pruebas, también en su parte final, dijo: "Como en la actualidad mi apoderado se encuentra ausente de la ciudad, revoco el poder que le había conferido, y en su lugar confiero poder al doctor Luis E. Hoyos G. mayor de edad y vecino, abogado titulado e inscrito en este Juzgado, el que en prueba de aceptación, firma también el presente memorial".

El doctor Hoyos con la representación concedida en este memorial de pruebas, actuó en las dos instancias, e interpuso ante el Tribunal el recurso de casación que le fue concedido.

Asimismo sustituyó en el abogado que sustenta el recurso el poder que se le tenía conferido "en el juicio ordinario", advirtiéndo que el sustituto "queda investido de todas las facultades contenidas en el poder que sustituyo". ¿Cuáles facultades?, pregunta el opositor. Y contesta "ya se vio: ninguna especial".

Acepta que haya tenido facultades para representar al actor en el juicio, pero como en éste, de acuerdo con el artículo 198 del Código Judicial no hay sino dos instancias, y la segunda termina con la resolución de la apelación o de la consulta, el poder no se extiende a la casación, para la cual se requiere una autorización especial, que no tenía el representante en las instancias, ni su sustituto en el recurso de casación.

Se considera:

Es verdad que el actor en el mismo libelo de demanda le dio poder al abogado Teódulo Duque Ramírez, quien lo suscribió con aquél, para que lo representara en el juicio.

La ausencia de este apoderado, obligó al demandante en el memorial de pruebas a revocar este poder y conferírselo al que desde ese estado hasta la interposición del recurso de casación tuvo el juicio a su cargo. Para aceptar que esta representación la confirió para el juicio, es necesario tener en cuenta no solamente la parte transcrita por el procurador de la parte opositora, sino el encabezamiento del escrito de que hace parte, y que dice: "Me refiero con todo respeto y acatamiento al juicio ordinario que en su Juzgado vengo agitando con la señora doña Isabel Castrillón de V. y otro".

Si el segundo poder lo hubiera conferido solamente para la presentación del memorial de pruebas, lo habría dicho expresamente, pero, dados los términos generales en que está concebido, y por haberse otorgado como consecuencia de la revocatoria impuesta por la ausencia del primer apoderado, es natural entender que la segunda procuración se dio para representar al demandado en todo el juicio.

Concedida en estos términos la representación objetada, el abogado investido de ella tenía facultad para interponer el recurso de casación y para representar al demandante en éste, ya directamente, ya por medio de sustituto: Lo segundo, por la facultad que al mandatario le confiere el artículo 2.161 del Código Civil, y lo primero, por cuanto si bien en todo juicio, por regla general, hay dos instancias, y la segunda se surte hasta que "se resuelve el recurso o la consulta", es lo cierto que el litigante que confiere una representación, si no la limita expresamente, se entiende que ella va hasta la terminación del negocio. La voluntad de las partes en todo juicio es la de que su apoderado agote en él todos los

medios que la ley procesal les confiere en guarda de sus derechos.

De ahí por qué el artículo 263 del Código Judicial dispone que "El poder otorgado para un juicio (subraya la Sala) se entiende conferido para el de la ejecución de la sentencia que puede subseguir".

De suerte que si en los negocios amparados con el recurso de casación, el apoderado para el juicio tiene representación para pedir la ejecución de la sentencia, que es posterior al fallo de casación, con mayor razón la tiene para interponer, sustentar u oponerse a este recurso de carácter extraordinario.

Esta, por lo demás, ha sido la doctrina de la Corte, que en auto de catorce de dicembre de mil novecientos cincuenta y cinco, dijo: "....la ley no requiere que se faculte expresamente al mandatario judicial para recurrir en casación, lo que sí se exigía en la ley de casación anterior al Código Judicial vigente".

Y repitió la doctrina expuesta en providencia anterior, que reza: "La ley no exige en parte alguna que para ejercitar el recurso de casación el apoderado necesita facultad expresa. Por el contrario, la manera como está redactado el artículo 522 del Código Judicial antes citado, confirma el concepto de que el apoderado judicial goza de las facultades necesarias para interponerlo y representar a su poderdante ante la Corte en etapa subsiguiente.

DEMANDA DE CASACION

Primer Cargo.

El primer cargo lo hace por la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial por "falta de citación y emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio", definida como causal tercera de nulidad en el artículo 448 del mismo cuerpo legal.

La falta de citación y emplazamiento de la demandada Isabel Castrillón de Vásquez la hace consistir en que la contestación de la demanda, en que confiere poder al abogado Diofanor Sánchez V. la presentó ante un Inspector de Policía con violación de los artículos 256 y 223 del Código Judicial que disponen la presentación del poder ante el Secretario del Juez a quien se dirige, y del 257 ibídem, que autoriza al otorgante, cuando no reside en el lugar donde se halle el Juez respectivo, presentar el memorial al Juez del Municipio donde se encuentre el poderdante, para que le ponga la nota de presentación personal. Posteriormente, al descorrer el traslado de la denuncia del pleito hecha por el demandado Velásquez Rico, reiteró el poder la demandada Castrillón de Vásquez conferido al contestar la demanda. El Secretario a este escrito le puso la nota de presentación agregando "con exhibición de la cédula", pero de ella no se infiere que la presentación haya sido personal, pues la identificación de la mujer debía ser entonces con tarjeta y no con cédula.

Con esta doble infracción de la ley en la presentación del poder, el Juez no podía dictar el auto de ocho de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, por el cual reconoció la personería del representante de la demandada.

Pero habiéndolo dictado, es una providencia ilegal que no vincula al Juez ni a las partes e "inidóneo para causar efectos procesales". Esto equivale a decir que no se operó la denuncia del pleito, ni se alegó oportunamente la excepción de prescripción y demás alegadas.

De aquí también se desprende la ilegitimidad de la personería de la parte demandada, que es asimismo causal de casación. Y estas causales invaildan el juicio "a partir de las notificaciones del libelo demandador".

Si toda nulidad, continúa el recurrente, no obra en casación, las contempladas en el artículo 448 en relación con el 520 —causal 6ª— del Código Judicial sí operan con entera plenitud: Así la ilegitimidad de cualquiera de las partes "hace innocuo e incapaz el fallo que no puede ligar ni obligar sino a quienes son titulares del derecho activa o pasivamente considerados". La falta de citación y emplazamiento de las personas que han debido ser llamadas a juicio, constituye la negación de la garantía de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído ni vencido en juicio. Existiendo cualquiera de estas dos causales o la de incompetencia de jurisdicción, la casación del fallo se impone para resguardar los principios que tutelan los procesos.

Termina el recurrente pidiendo se case la sentencia por la causal del artículo 520 del Código Judicial y se disponga la remisión de los autos al Juzgado Sexto del Circuito Civil de Medellín, para que proceda conforme a las normas procesales a partir de la notificación de la demanda.

Se considera:

Como lo dice el artículo 520 del Código Judicial

en su ordinal 6º, las nulidades que pueden invocarse como causal de casación son aquéllas de que trata el artículo 448 del mismo estatuto. Y de éstas, la de ilegtimidad de la personería de cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado, mira solamente a la personería adjetiva o a la facultad de representar en el juicio a las partes y no a la mal llamada personería sustantiva, que toca con el fondo mismo de la cuestión sometida al juzgador, como que constituye el presupuesto de la acción, conocido con la denominación de legitimación para obrar. Se hace esta aclaración, porque el recurrente en la exposición del cargo pretende involucrar la representación de la demandada Isabel Castrillón de Vásquez en el juicio con la personería de ella como sujeto pasivo del derecho reclamado.

Por lo que mira a la falta de citación y emplazamiento de la demandada, basta observar que ella fue notificada debidamente del auto que ordena darle traslado de la demanda y de la denuncia del pleito. Cumplido este requisito, no se puede hablar de falta de citación o emplazamiento, que propiamente toca con aquellos demandados a quienes no se ha pedido notificar del auto admisorio de la demanda por ser desconocida su residencia, por ser personas inciertas o por ocultarse (artículo 317 del Código Judicial). El artículo 199 ibídem dice que traslado es el conocimiento que se da a las partes demandadas..... para que expongan lo que tengan a bien. El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo el proceso a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlo o para estudiarlo, según el caso. El artículo 312 ibídem manda hacer personalmente al demandado la notificación del auto que le confiere el traslado de la demanda. El 739 ibídem, en relación con el juicio ordinario de mayor cuantía, dice que, admitida la demanda, se ordena dar traslado de ella a la persona o personas contra quienes se dirige, por el término de diez días a cada una y en la forma indicada en los artículos 312 a 318, para que dentro de él, la contesten. En caso de denuncia del pleito, si el Juez la halla fundada "la manda notificar al demandado, señalándole un término de cinco días, si reside en el mismo lugar, para que se presente a estar a derecho en el juicio".

La demandada Castrillón de Vásquez fue notificada personalmente de la providencia admisoria de la demanda y "se le entregó el juicio en traslado" (Folio 6, cuaderno principal). Ella contestó el libelo directamente con la autorización del apoderado que en la respuesta designa (folios 7 y 7 vuelto ibídem). También fue notificada personalmente del auto en que se admitió la denuncia del pleito (folio 17 ibídem), y la contestó también directamente y con autorización del mismo apoderado, al cual le ratifica la representación. La notificación personal de estas providencias y la contestación que dio directamente a la demanda y al escrito de denuncia del pleito, al tenor de las normas citadas, indican que la demandada fue citada para comparecer al juicio en la forma en que debe hacerse con las personas ciertas cuya residencia es conocida y no se ocultan.

Además de que la nulidad por falta de citación y emplazamiento de la demandada no existe, ella, como causal de casación, no puede ser invocada sino por la parte no citada y emplazada, que lo sería la demandada, según lo ha sostenido la Corte en constante doctrina.

Las irregularidades que el recurrente anota como hechos constitutivos de falta de citación y emplazamiento, y que son: que el poder contenido en la contestación de la demanda no fue presentado personalmente ante el Juez del conocimiento sino ante un Inspector Municipal, y que la ratificación del mismo, expresada en la contestación del traslado de la denuncia del pleito, no se puede considerar presentada ante el secretario del Juzgado respectivo porque habla de la exhibición de la cédula y no de la tarjeta, podrían constituír una nulidad por ilegaimidad de la personería del representante judicial, pero jamás una falta de citación o emplazamiento, por lo dicho atrás.

En el supuesto de que las irregularidades anotadas alcanzaran a configurar ilegitimidad en la personería del apoderado judicial de la demandada, no hay la menor duda de que ella ha consentido en que el que designó como su apoderado en los escritos mencionados represente sus derechos en el juicio, toda vez que no hizo ninguna otra designación ni reclamo alguno. Por lo demás tal nulidad no podía invocarla en las instancias ni proponerla como causal de casación sino la propia demandada, que es quien tiene el interés jurídico para demandar la invalidación del juicio. Además, el actor aceptó discutir y litigar su acción con la personería adjetiva del demandado que sólo ahora, y no antes, desconoce en casación. Dada la índole de este recurso, si la nulidad procesal no fue alegada en instancias, no cabe en casación, por ser medio nuevo, y, a su vez no ser la casación una tercera instancia.

E cargo debe rechazarse.

Segundo Cargo.

Funda el segundo cargo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, por ser violadora de ley sustantiva. Y lo expone así:

Aunque la demanda es un tanto confusa así en los hechos como en las peticiones, según el hecho cuarto, la acción emana como primer motivo de que la demandada no pagó a su vendedor Francisco María Vásquez el precio que se asignó a los inmuebles, y que la firma estampada por el vendedor en la escritura no es de su puño y letra, como segundo motivo. "Cuando a la petitoria solicita que se declare la nulidad, invalidez, inexistencia, inoponibilidad por no haberse llenado los requisitos exigidos por el artículo 1.740 del Código Civil' que se cancelen los registros una vez que se hagan las declaraciones impetradas en cuanto a las dos escrituras, y que los bienes ingresen a la masa herencial para distribuírlos entre los herederos de Francisco María Vásquez".

Tal imprecisión, agrega el recurso, impone la interpretación de la demanda, ya que tanto el Juez de instancia como el Tribunal y las partes se acomodaron a entenderla sólo en el sentido de que las súplicas se circunscribían a comprobarse o no la suplantación de la firma del vendedor. Y en torno a este aspecto se desarrolló todo el debate. Pero no hay razón para que la acción se haya interpretado solamente por este aspecto y no como acción resolutoria por falta de pago, pues el hecho cuarto permite interpretar que el actor pretendió ejercitar está acción, porque la compradora no pagó el precio íntegro y, en subsidio, la de invalidez por suplantación de la firma del vendedor. Y en caso de prosperar cualquiera de éstas, declarar todas las demás que presenta el libelo, como consecuenciales.

De la copia de la escritura 3.354 de 6 de septiembre de 1943, Notaría Primera de Medellín, traída al proceso, aparece que Francisco María Vásquez Calle vendió a la demandada los inmuebles situados en Titiribí, por la suma de $ 20.000. de los cuales declaró recibidos el vendedor $ 14.000.00, y dejó en poder de aquélla $ 6.000.00 para pagarle a Pedro Pablo Posada V. un crédito a cargo del vendedor, garantizado con hipoteca.

La demandada Castrillón de Vásquez, cuando vendió los mismos bienes a Velásquez Rico, no había cubierto la parte del precio que quedó debiendo, dado que el adquirente Velásquez Rico se hizo cargo de hacer el pago, pero era el caso de que aquélla había incumplido su obligación, y no aparece prueba de que ese crédito haya sido cancelado ni por ella ni por Velásquez Rico.

La condición resolutoria tácita tiene en este negocio la totalidad de su imperio, puesto que la principal obligación de la compradora, al tenor del artículo 1.928 del Código Civil, era la de pagar todo el precio.

Esta condición, por constar en la escritura 2.353, "obligaba a todos los adquirentes que sucedieron en el dominio a la señora Castrillón de Vásquez".

De esto concluye el recurrente que la sentencia es violadora de las siguientes disposiciones legales:

A) Del artículo 1.928 citado, por no haberlo aplicado al pleito, siendo aplicable, a causa de error de hecho que aparece de modo manifiesto en autos, consistente en haber dejado de apreciar el sentenciador el mérito probatorio de las escrituras 3.353 y 883, citadas, en cuanto demuestran la existencia de un saldo del precio que la compradora quedó debiendo al vendedor, el cual no se ha demostrado que haya sido satisfecho.

B) Del artículo 1.546 del Código Civil por no haberlo aplicado en razón del error de hecho que resulta de modo manifiesto en los autos, proveniente de no haber examinado ni haberse pronunciado sobre las dos escrituras, a que alude el aparte A) de las cuales resulta que ninguno de los demandados comprobó haber pagado la parte del precio que la opositora quedó a deber a su vendedor.

C) Del artículo 1.548 del C. C. dado que no fue aplicado al litigio ni se decidió, con fundamento en él, que el demandado Velásquez Rico quedaba afectado con la resolución del contrato contenido en la escritura 3.353 de 6 de septiembre de 1943, en la cual constaba la condición resolutoria tácita. Esta violación de la norma invocada provino del error de hecho, consistente en haber dejado de apreciar las escrituras 3.353 y 883 varias veces individualizadas, en cuanto en ellas consta que se quedó debiendo parte del precio de la primera venta y no se probó que hubiera sido pagado.

Considera la Corte:

Es doctrina constante de la Corte que, cuando la demanda en sus peticiones no es suficientemente clara, el fallador, debe interpretarla con base en los hechos de la misma de los cuales se derivan aquéllas, en las normas de derecho invocadas y en los demás elementos del proceso que contribuyan a fijar con claridad qué es lo pedido por el actor.

El demandante invocó como hechos o causa de las súplicas que contiene el libelo, los siguientes:

1º La venta de Vásquez Calle a Castrillón de Vásquez de los inmuebles de que dá cuenta la escritura 3.353 o 3.354.

2º—El precio pactado de $ 20.000.00 y la forma de pago.

3º. Alude el libelo en este hecho a que, si el precio acordado daba margen para la acción rescisoria por lesión enorme, el término de ella venció, pero quedan, agrega, "otras vías que también son legales para acreditar la simulación del contrato celebrado entre el vendedor y la compradora".

4º Terminantemente dice que las causas que favorecen a los interesados en el juicio que promueve comprenden: "Falta del lleno de los requisitos indispensables para la legalidad del contrato" celebrado por medio de la escritura 3.353....." y por consiguiente para que tenga valor". Consiste éste en que el precio que se asignó a los inmuebles no fue cubierto a su vendedor señor Francisco María Vásquez Calle, como lo acreditaré dentro del término probatorio. Otra de las causales por las cuales es nulo el título, es la de que la firma estampada por el vendedor en la escritura mencionada, no es de su puño y letra, pues existe suplantación, suplantación que también demostraré en la debida oportunidad.

5º. Posteriormente a la venta de que tratan los hechos anteriores por escritura 883 de 6 de marzo de 1944 Castrillón de Vásquez vendió los mismos inmuebles a Velásquez Rico por $ 16.000.000 perdiendo $ 4.000.00 .

6º El demandante es hijo legítimo de Vásquez Calle, por tanto, autorizado legalmente para pedir la nulidad de las dos escrituras.

7º. "En la primera de las operaciones efectuadas con los inmuebles delimitados, hubo simulación y si ello es así, es lógico concluír que son absolutamente nulas, las escrituras mencionadas y nulas las operaciones de que ellas dan cuenta".

8º. Si es nula la escritura otorgada por mi padre a favor de Castrillón de V. es igualmente nula la que ella otorgó al señor Velásquez Rico.

Con fundamento en estos hechos pide se declare A) la nulidad absoluta de la escritura 3.353 por la cual Vásquez Calle vendió a Castrillón de Vásquez los inmuebles delimitados en ella, por no haberse llenado los requisitos exigidos por el artículo 1.740 del Código Civil.

B) Como consecuencia de lo anterior, la nulidad de la escritura 883, mediante la cual Castrillón de Vásquez a su turno dio en venta los mismos bienes a Velásquez Rico.

D), E) y F), las prestaciones consiguientes a frutos, restitución de las fincas y cancelación de registros.

Es evidente que la nulidad impetrada para la primera escritura con respaldo en el artículo 1.740 del Código Civil tiene como causa dos hechos: 1º La falsedad del instrumento, por cuanto el que aparece como vendedor no fue quien lo suscribió, o sea, que la firma, no es de su puño y letra y 2º En que el precio estipulado no fue cubierto. Pero este segundo hecho es necesario entenderlo con las manifestaciones que el libelo contiene en los relacionados de tercero y séptimo, según los cuales, vencido el término de la acción rescisoria por lesión enorme, queda la indicada para acreditar la simulación del contrato celebrado entre vendedor y compradora, puesto que en esta operación hubo simulación.

Es incontrovertible que los dos hechos fundamentales originan dos acciones: la de falsedad, de la escritura 3.353 y la de simulación del contrato de venta contenido en ella, las que, aunque el demandante las cobija con la denominación de nulidad y respaldo en el artículo 1.740 y concordantes del Código Civil son totalmente distintas y contradictorias o excluyenes, porque la de simulación descarta la falsedad del instrumento, y ésta excluiría a aquélla. Pero este punto no es materia del recurso de casación, sino el de saber cuál acción instauró en razón de no haberse pagado el precio de la primera compraventa.

A los hechos claramente enunciados, de los cuales resulta que la acción incoada es la llamada acción de simulación o de prevalencia, se agrega la conducta probatoria del demandante, quien en la primera instancia hizo absolver a la demandada un pliego de quince posiciones, cuyas primeras diez se encaminaron a obtener la confesión de que la demandada no tenía la suma de catorce mil pesos ($ 14.000.00) que aparece dando como parte del precio, que no entregó esa suma directa ni indirectamente; que ella aceptó la escritura por insinuación de su esposo, pero no porque hubiera efectuado el contrato de que dá cuenta la escritura; que éste fue simulado, y que el objeto de éste fue que el esposo de la absolvente se quedara como dueño de los bienes inmuebles, objeto del contrato, que en realidad de verdad no se efectuó.

Lo expuesto indica de modo incontrovertible que bajo el nombre de nulidad se iniciaron en este proceso dos acciones, no sólo diferentes sino contradictorias o excluyentes, la de falsedad de la escrictura 3.354 y la de simulación del contrato contenida en ella, pero, en manera alguna,

la de resolución del mismo por no haber pagado la compradora el saldo de seis mil pesos ($ 6.000.00) que se obligó cubrir al acreedor hipotecario Pedro Pablo Posada V.

En esta forma, el Tribunal no cometió error de hecho al no tener en cuenta las escrituras que contienen las convenciones sub judice, para los efectos de estimar el no pago del saldo del precio de que se acaba de hablar a fin de declarar resuelta la primera venta, ni, por lo mismo, violó las normas civiles invocadas por el recurrente. La falta de pago del precio está invocada como hecho indicio de simulación no como acción resolutoria.

Lo indicado basta para rechazar el cargo.

La Sala, sin embargo, pone de presente que, si bien el Tribunal no se detuvo en hacer un estudio a fondo de la acción de simulación, como lo hizo con la de falsedad, sí la consideró en el único hecho expuesto en la demanda relativa a ella, que fue el no pago del precio. En efecto, al estimar las pruebas de la parte demandante, dijo: "Posiciones absueltas por la señora Isabel Castrillón de V. de las que no es posible deducir nada favorable a la parte demandante, pues reiteradamente asegura que pagó en dinero al señor Francisco María Vásquez Calle el precio de la compra de los inmuebles de La Peña en el Municipio de Titiribí y que tenía dinero para ello y no intervinieron otras personas en este contrato, el cual celebró con todas las formalidades legales habiendo el Notario y los testigos asistido a su casa de habitación donde residía su suegro el vendedor".

Tercer Cargo.

Este cargo lo hace el recurrente con respaldo en la causal 2ª del artículo 520 del Código Judicial por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Lo funda en estos términos: "Lo primero que afirmó el actor en el libelo demandador fue el hecho principal de que don Francisco María Vásquez Calle no había recibido el precio asignado al inmueble que vendió a doña Isabel Castrillón por la escritura número 3.353, y que se invalidara el contrato por esa causa primera.

"De ese hecho se dio traslado a los demandados, quienes no negaron, y ese hecho se comprobó por medio de las dos escrituras 3.353 y 883, varias veces individualizadas sin que los demandados hubieran destruído esa prueba plena, que con todo su vasto imperio se alza en los autos, y a pesar de esta circunstancia en el fallador de instancia, ni el H. Tribunal sentenciador se ocupó de este frente principal del litigio, ni de estas pruebas plenas, no combatidas, ni desvirtuadas, lo cual equivale a no estar la sentencia acusada en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Consideraciones de la Corte:

En el fondo, es el mismo cargo anterior en cuanto dice que el Tribunal no consideró la petición de nulidad por motivo de no haber pagado la demandada el precio de la venta celebrada con Francisco María Vásquez Calle. Y ya se vio que sí la tuvo en cuenta, al estudiar la prueba de posiciones, única al respecto, de la cual no pudo deducir nada favorable a la parte demandante, razón por la cual llegó a la absolución, ante la cual, como lo ha sostenido constantemente la Corte, no cabe la causal 2ª de casación.

Se rechaza también el cargo.

No prosperando ninguno de los cargos formulados, no puede casarse el fallo recurrido.

La Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en este juicio el diez y seis de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco.

Condénase en costas a la parte recurrente.

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

José Hernández Arbeláez.—Ignacio Escallón.—Arturo C. Posada.—Julio Pardo Dávila.—Antonio Rocha, Conjuez.—Arturo Valencia Zea.—Jorge Soto Soto, Secretario.

SALA DE CASACION PENAL

LA DOCTRINA DEL DERECHO PROCESAL MODERNO, CON JUSTIFICADA UNIFORMIDAD, PROCLAMA LA AUTONOMIA TANTO DE LA ACCION PENAL COMO DE LA CIVIL ENCAMINADA AL RESARCIMIENTO DE PERJUICIOS. — LA CARACTERISTICA DE AMBAS ACCIONES IMPIDE DE SUYO QUE SE INTERFIERAN AUNQUE, POR SU NATURALEZA, LA PRIMERA NECESARIAMENTE TIENE QUE CONDICIONAR EL DESENLACE DE LA SEGUNDA, POR RAZON DE QUE SI NO SE ACREDITA EL HECHO GENERADOR DE AQUELLA CON SUS DEBIDAS NOTAS DE ILICITO, EL DAÑO POR RESARCIR TAMPOCO PUEDE AFIRMARSE DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO. — CAUSAL 4ª DE CASACION PENAL

1.—La doctrina del derecho procesal moderno, con justificada uniformidad, proclama la autonomía tanto de la acción penal como de la civil encaminada al resarcimiento de perjuicios. Aquella es autónoma porque aunque se genera en el delito, tomado en su acepción simplemente formal, y recibe el impulso de la función punitiva del Estado, formulada como derecho y como obligación, no se subordina a que material mente se pruebe la ilicitud, ni mucho menos a una culminación irrevocablemente condenatoria. La otra reviste esa misma peculiaridad porque aunque también tiene su origen en el reato y el impulso lo recibe del derecho que corresponde a cada cual para que se le indemnice del daño sufrido, tampoco se subordina a la comprobación efectiva de ese daño que como enunciado le ha servido de fundamento para su ejercicio. Semejante característica de ambas acciones impide de suyo que se interfieran aunque, por su naturaleza, la primera necesariamente tiene que condicionar el desenlace de la segunda, por razón de que si no se acredita el hecho generador de aquélla con sus debidas notas de ilícito, el daño por resarcir tampoco puede afirmarse desde el punto de vista jurídico.

Estos principios, como es obvio, se recogen en la legislación penal vigente, como que de otra manera no se explicaría que tántos procesos diligenciados en el ejercicio de la acción penal culminaran en sobreseimiento definitivo, en absolución y en no pocos casos con declaración expresa de que no ha existido delito y que por lo tanto no hay lugar a proseguir el procedimiento; ni mucho menos que el inciso 2º del artículo 100 del Código Penal disponga que la muerte del procesado aunque extingue la acción penal no impide, en cambio, que se "haga efectiva la idemnización de los perjuicios sobre los bienes del causante", ni que el 101 de la misma obra indique que "la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción, se regirá por el Código Civil", ni que en la ley procedimental se disciplinen las dos acciones por separado y conforme a criterios distintos, ni que el inciso 2º del artículo 25 de la predicha ley autorice el ejercicio de la acción encamida a resarcimiento de perjuicios fuera del proceso penal, ante los Jueces civiles y, por último, que el artículo 122 del mismo estatuto señale que la acción penal no se entraba ni perturba ni se detiene siquiera por razón de las contingencias y alternativas que pueda sufrir la civil, enderezada a conseguir la indemnización de los perjuicios que pudo causar el delito al particular.

Aplicados estos principios que la ley y la doctrina consagran, a un proceso por falsedad en documentos públicos, bien fácil se deduce que aún en la suposición de que fuera inadmisible la constitución de parte civil

en el mismo, o que se hubieran acogido las partes civiles constituídas sin el previo requisito del interés legítimo o en forma irregular, ello no significaría ninguna alteración, pretermisión o desconocimiento de las formas del juicio que debían seguirse para el juzgamiento del acusado por el delito contra la fé pública a virtud del cual se le condenó en las dos instancias. Esas formas quedaron garantizadas y no podían sufrir ninguna consecuencia como reflejo de lo que pasara en la esfera de la acción civil, la que por ser autónoma y no poder interferir a la penal, cualquiera que fuese la condición de su ejercicio, ni directa ni indirectamente podía alterar el ámbito del predicho juicio. Las anteriores sólidas e incontrastables razones son de suyo suficientes para llegar a la conclusión de que no se configuraría ninguna nulidad constitucional en proceso tal por los motivos que se acaban de anotar, y de consiguiente que sería improcedente alegar en evento igual la causal 4º del artículo 567 del C. de P. P.

2. — Cuando aparece demostrado que el acto que concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia no se notificó a todas las partes, por cuya razón no hizo tránsito a ejecutoria y así no pudo trasladar la jurisdicción al Tribunal para que procediera a pronunciarse sobre aquella apelación que se interpuso y concedió, la nulidad, en estos términos, es patente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimento Penal. Invocada la causal 4ª de casación, por razón de esa nulidad, es lógico que prospere y entonces debe invalidarse el fallo de la segunda instancia materia del recurso, declarando como consecuencia nulo todo lo actuado en el proceso, a partir del auto en que se concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Simón Montero Torres)

VISTOS:

Se procede a resolver el recurso de casación que interpuso el inculpado JOSE URBANO PATIÑO, por conducto de su defensor, contra la sentencia del diez y seis de diciembre del año próximo pasado, por medio de la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la que con fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis dictó el Juzgado Quinto Superior, condenándolo por el delito de falsedad en documentos públicos, a la pena de cinco años de presidio y accesorias consiguientes.

ANTECEDENTES

El primero de junio de mil novecientos cuarenta y tres José Urbano Patiño y Elvira Prieto de Patiño, quienes habían contraído matrimonio el veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta, adquirieron para la sociedad conyugal por ellos formada la casa lote de la carrera 20 sur distinguida con el número 24-63 de esta ciudad, conforme a compra que hicieron de ese bien a la señora Claudina Patiño de Valderrama, según consta en la escritura número 1.776 de dicha fecha pasada en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá. Los cónyuges en cuestión se fueron a vivir en esa casa lote y allí se encontraban cuando el 28 de febrero de 1950 doña Elvira de Patiño tuvo que hospitalizarse en el Instituto Nacional de Radium para el tratamiento de una enfermedad cancerosa. En marzo salió de esa Institución y regresó a su casa pero en el mayo siguiente su marido la echó y entonces, viéndose en apurada situación, enferma y sin dinero, procedió a gestionar la venta de su parte en aquella casa lote que adquirió la sociedad conyugal el mencionado 1º de junio de 1943. En el desarrollo de estas gestiones vino a enterarse de que su marido Patiño, por medio de la escritura número 3.982 de 23 de noviembre de 1950, pasada a su turno en la Notaría Primera, con la colaboración de una mujer que la suplantó, había transmitido la casa lote al señor Moisés Enrique Ruiz Bernal, sujeto que con fecha veintiséis de enero de 1951 y por medio de la escritura número 186, pasada también en la Notaría Primera, se la devolvió en la forma de un contrato de compraventa, contrato en que se estipuló que Patiño adquiría el inmueble con caudales propios, es decir, no pertenecientes a la sociedad conyugal.

CALIFICACION DE LOS HECHOS

El Juzgado Quinto Superior, a quien correspondió el conocimiento, por medio de auto de fecha 16 de noviembre de 1955, calificó el mérito del

sumario, llamando a juicio, por los delitos de falsedad en documentos y estafa, a los sindicados José Urbano Patiño y Moisés Enrique Ruiz. Esa determinación fue recurrida y entonces el Tribunal Superior de Bogotá, al revisarla, confirmó la vocación a juicio contra ambos inculpados por el delito de falsedad en documentos y en cambio revocó la medida con respecto al delito de estafa para en su lugar sobreseer definitivamente por ese ilícito a favor de los dos acusados.

FALLO DE SEGUNDA INSTANCIA

El juicio sobre la base del auto de proceder que quedó en firme, se tramitó conforme a los preceptos legales y luégo de la correspondiente audiencia pública, el Juzgado de Instancia lo calificó por medio de la sentencia del 18 de septiembre de 1956, en la cual condenó a José Urbano Patiño, por el delito de falsedad en documentos públicos, a la pena principal de cinco años de presidio, a las penas accesorias consecuenciales y le impuso en abstracto la obligación de indemnizar los perjuicios causados con la infracción, fijando como titular de ellos a Martín Prieto Benavides, constituído como parte civil en el proceso. En cambio se absolvió a Moisés Enrique Ruiz Bernal por la imputada falsedad y por los daños y perjuicios generados en ella. El señor defensor de Patiño, al notificarse del fallo, interpuso el recurso de apelación, y se le concedió en auto de 25 de octubre, el cual sólo se notificó al señor Agente del Ministerio Público. En estas condiciones el expediente pasó al Tribunal Superior en donde una vez que se agotaron los trámites de la segunda instancia, se expidió la sentencia que es materia del recurso de casación, confirmando todas las determinaciones del inferior.

DEMANDA DE CASACION

El recurrente José Urbano Patiño, por conducto de su apoderado, invoca contra la sentencia del recurso las causales 4ª, 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, precisamente dentro del orden en que se anotan. Con respecto a la cuarta, que es la primera que debe ser estudiada, manifiesta que ella prospera porque dentro del juicio aparecen dos nulidades: una por violación de las formas propias del mismo, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución, y otra porque la sentencia de segunda instancia la profirió el Tribunal sin jurisdicción, lo que quiere decir que por este aspecto el fallo es nulo de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 198 del C. de P. P.

La primera de esas pretendidas nulidades, vale decir, la de orden constitucional, se hace consistir en que dentro del proceso se aceptó la constitución de parte civil, lo que a juicio del demandante es ilegal e injurídico, toda vez que en los delitos contra la fé pública, a cuya especie corresponde el que se imputa a Patiño, no cabe parte civil en fuerza de que no existe daño particular resarcible. De este modo, según el discurrir propuesto, se violaron las formas propias del juicio y, por lo tanto, el artículo 26 de la Carta, puesto que con la admisión de la parte civil se introdujo un factor por completo extraño a la relación jurídico-procesal. De otro lado —prosigue la argumentación— aún en el caso de que en los delitos contra la fé pública pueda haber constitución de parte civil, la verdad es que el señor Martín Prieto Benavides, admitido en ese carácter dentro del proceso, carece de interés jurídico para aducir semejante condición y, además, el poder que confirió con esos fines no lo firmó sino que pretendió autenticarlo con un simple sello en el que aparece su nombre y apellido, cuando ha debido hacerlo con su firma, y si no sabía, valerse de otro para que a su nombre lo hiciera, ya que sólo así el escrito-poder podía quedar con arreglo a las prescripciones legales y, por lo mismo, en capacidad de dar personería para que el abogado designado pudiera representarlo en la constitución de la parte civil. De todo esto deduce el recurrente que Martín Prieto Benavides es una persona extraña en el proceso que con su intervención alteró las formas propias del juicio en que se condenó a José Urbano Patiño por el delito de falsedad en documentos públicos.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal conceptúa que de las causales de casación invocadas por el recurrente debe prosperar la 4ª, de acuerdo con lo siguiente que se reproduce:

"Es evidente que el referido auto que concedió el recurso de apelación contra la sentencia no fue notificado a **todas** las partes, pues la constancia de notificación por estado a quienes personalmente no la recibieron, no se encuentra suscrita por el Secretario, como lo dispone el último inciso del artículo 310 del Código de Procedimiento Civil (Inciso 2º del artículo 167 del C. de P. P.).

'En estas circunstancias los términos procesales correspondientes no pudieron empezar a correr y

en tal virtud aquella providencia no quedó ejecutoriada (Artículos 177 y 196 del C. de P. P.).

"Ahora bien: de acuerdo con el artículo 147 sobre Organización Judicial, la jurisdicción se suspende, 'Por apelación concedida en el efecto suspensivo, desde que se ejecutorie el auto en que se otorga'.

"Se tiene, pues, que no se suspendió la jurisdicción para el Juez Superior y que, consecuencialmente, no la adquirió el Tribunal para conocer del proceso por la apelación relacionada.

"Y así, no hay duda de que es nulo lo actuado por este Juez ad-quem en la jornada del juicio que ahora nos ocupa, como lo dispone el numeral 1º del artículo 198 ibidem".

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

La doctrina del derecho procesal moderno, con justificada uniformidad, proclama la autonomía tanto de la acción penal como de la civil encaminada al resarcimiento de perjuicios. Aquella es autónoma porque aunque se genera en el delito, tomado en su acepción simplemente formal, y recibe el impulso de la función punitiva del Estado, formulada como derecho y como obligación, no se subordina a que materiamente se pruebe la ilicitud, ni mucho menos a una culminación irrevocablemente condenatoria. La otra reviste esa misma peculiaridad porque aunque también tiene su origen en el reato y el impulso lo recibe del derecho que corresponde a cada cual para que se le indemnice del daño sufrido, tampoco se subordina a la comprobación efectiva de ese daño que como enunciado le ha servido de fundamento para su ejercicio. Semejante característica de ambas acciones impide de suyo que se interfieran aunque por su naturaleza, la primera necesariamente tiene que condicionar el desenlace de la segunda, por razón de que si no se acredita el hecho generador de aquella con sus debidas notas de ilícito, el daño por resarcir tampoco puede afirmarse desde el punto de vista jurídico.

Estos principios, como es obvio, se recogen en la legislación penal vigente, como que de otra manera no se explicaría que tantos procesos diligenciados en el ejercicio de la acción penal culminaran en sobreseimiento definitivo, en absolución y en no pocos casos con declaración expresa de que no ha existido delito y que por lo tanto no hay lugar a proseguir el procedimento; ni mucho menos que el inciso 2º del artículo 100 del Código Penal disponga que la muerte del procesado aunque extingue la acción penal no impide, en cambio, que se "haga efectiva la indemnización de los perjuicios sobre los bienes del causante" ni que el 101 de la misma obra indique que "la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción, se regirá por el Código Civil", ni que en la ley procedimental se disciplinen las dos acciones por separado y conforme a criterios distintos, ni que el inciso 2º del artículo 25 de la predicha ley autorice el ejercicio de la acción encaminada a resarcimiento de perjuicios fuera del proceso penal, ante los Jueces Civiles y, por último, que el artículo 122 del mismo estatuto señale que la acción penal no se entraba ni perturba ni se detiene siquiera por razón de las contingencias y alternativas que pueda sufrir la civil, enderezada a conseguir la indemnización de los perjuicios que pudo causar el delito al particular.

Ahora, aplicados estos principios que la doctrina y la ley consagran, al caso que se estudia, bien fácil se deduce que aún en la suposición de que fuera inadmisible la constitución de parte civil en el proceso contra José Urbano Patiño o que se hubieran acogido las partes civiles constituídas sin el previo requisito del interés legítimo o en forma irregular, ello no significaría ninguna alteración, pretermisión o desconocimiento de las formas del juicio que debían seguirse para el juzgamiento de aquel acusado por el delito contra la fé pública a virtud del cual se le condenó en las dos instancias. Esas formas quedaron garantizadas y no podían sufrir ninguna consecuencia como reflejo de lo que pasara en la esfera de la acción civil, la que por ser autónoma y no poder interferir a la penal, cualquiera que fuese la condición de su ejercicio, ni directa ni indirectamente podía alterar el ámbito del predicho juicio.

Las anteriores sólidas e incontrastables razones son de suyo suficientes para llegar a la conclusión de que no se configura ninguna nulidad constitucional en este proceso. Ellas, de otra parte, establecen que no es necesario entrar a estudiar la forma y condiciones en que fueron admitidos como partes civiles Elvira Prieto de Patiño y Martín Prieto Benavides dentro del negocio. Ese aspecto de acuerdo con el examen realizado, cualquiera que hubiera sido su desarrollo, en nada modifica ni altera el juicio en que fue condenado José Urbano Patiño.

Pero si no se configura ninguna nulidad de carácter constitucional en este negocio para que pueda prosperar la causal 4ª que se invoca, en cambio no puede decirse lo mismo en relación a la nulidad simplemente legal que también se plantea. Ello porque, como lo sostiene el señor Pro-

curador Primero Delegado en lo Penal, evidentemente aparece demostrado que el auto que concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia no se notificó a todas las partes, por cuya razón no hizo tránsito a ejecutoria y así no pudo trasladar la jurisdicción al Tribunal para que procediera a pronunciarse, como lo hizo, sobre aquella apelación que se interpuso y concedió. La nulidad, en estos términos, es patente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Luego la citada causal 4ª de casación, por razón de esa nulidad, prospera y entonces debe invalidarse el fallo de la segunda instancia y que es materia del recurso, declarando como consecuencia nulo todo lo actuado en el proceso a partir del auto del 25 de octubre de 1956 en que se concedió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

° ° °

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por utoridad de la ley, CASA la sentencia del 16 de diciembre de 1957 dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio, y DECLARA NULO todo lo actuado en el proceso a partir del auto del 25 de octubre de 1956, exclusivo, en que se concedió el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Gabriel Carreño Mallarino.— Luis Eduardo Mejía Jiménez.— Simón Montero Torres.—Pedro Pacheco Osorio.— Alejandro Camacho Latorre, Conjuez. — Pioquinto León L, Secretario.

SI UNA SENTENCIA DEFINITIVA Y EJECUTORIADA SE FUNDA EN UNA DECLARACION U OTRA PRUEBA QUE LUEGO RESULTA SER FALSA, NO SOLO HAY LUGAR A LA REVISION DEL PROCESO SINO QUE ES NECESARIO INVESTIGAR PARA REPRIMIR DEBIDAMENTE EL DELITO DE FALSEDAD. — INCURRE TAMBIEN EN FALSEDAD EL JUZGADOR CUANDO DECIDE SIN PRUEBA, O DEDUCIENDO, POR ERROR SIMPLEMENTE DIALECTICO, UN HECHO DE UN TESTIMONIO QUE NO INCRIMINA AL PROCESADO. — LA TECNICA SE HIZO PARA SERVIR AL DERECHO Y NO EL DERECHO PARA SERVIR A LA TECNICA. — LIMITE DE LA AUTONOMIA DE LOS JUZGADORES PARA APRECIAR LA PRUEBA

1.—A la luz de la causal 3ª del artículo 571 de la Ley 94 de 1938, es claro que si una sentencia definitiva y ejecutoriada se funda en una declaración u otra prueba que luégo resulta ser falsa, no sólo hay lugar a la revisión del proceso sino que es necesario investigar para reprimir debidamente el delito de falsedad. La letra, el espíritu y el propósito del legislador concurren en general a evitar que sobre una falsedad cualquiera se funde una condena judicial. En materia penal es de subidísima importancia no perder de vista esta premisa; porque es sin duda más grave condenar a un inocente que absolver a un criminal.

Dentro de lo humano, puede ocurrir que la sentencia se funde en un testimonio o documento que luégo resulte falso; o que el fallo condenatorio sobrevenga precisamente como consecuencia de otro género de falsedad: falsedad en que puede incurrir el juzgador cuando falla sin prueba o deduciendo, por error simplemente dialéctico, un hecho de un testimonio que en manera alguna sirve para incriminar al procesado.

2.—Todo juicio penal se resume en un silogismo en que la premisa mayor es el auto de proceder o su equivalente; la menor es el acervo probatorio; el término medio, la relación entre esas dos premisas; y la conclusión o fallo es la consecuencia lógica de los tres anteriores elementos del raciocinio.

El pensamiento del artículo 472 del Código Judicial —que contiene una norma sabia que no debe desatenderse en ningún caso—, es el de que la técnica se hizo para servir al derecho y no el derecho para servir a la técnica.

El procedimiento sui-géneris del Decreto 0014 de 1955 en que los intereses del procesado están circuídos en un estrechísimo campo de defensa, obliga a la Sala a obrar con amplitud cuando a una persona se la ha condenado no por lo que dijo el único testigo en el proceso sino por lo que el Juez, contra toda evidencia, creyó que ese testigo había dicho.

3.—La autonomía de los juzgadores para apreciar la prueba, no los faculta para crear hechos totalmente ausentes de la prueba misma. En el instante de ocurrir esto, ya se ha introducido un elemento de falsedad que sería extravagante justificar con aquella autonomía y que, si se toma como fundamento de imputación y condena, entraña una de las falsedades probatorias de que trata el ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. No es, en consecuencia, lo mismo apreciar erradamente un testimonio u otra prueba apta (lo cual cabe dentro de la autonomía del fallador), que introducir en la prueba o testimonio elementos en un todo ajenos a su contenido. En el primer caso, hay error, mas no falsedad; en el segundo, la falsedad aparece de bulto, como secuela inevitable del grave defecto dialéctico del sentenciador.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal—Bogotá, octubre siete de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

Con arreglo al capítulo II, Título IV, libro III del Código de Procedimiento Penal se han cumplido en esta Corporación todos los trámites del recurso extraordinario de revisión interpuesto por el doctor Gustavo Medina Nivia a nombre de JORGE o ANIBAL CASTRO o ARCE, contra la sentencia de segundo grado, en virtud de la cual el Juez Primero Superior de Policía de Bogotá, condenó a Castro o Arce, como infractor del numeral 20 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955, "a relegación en colonia agrícola y penal de tres a ocho años". El mismo Juez, en la expresada sentencia que tiene fecha 14 de diciembre de 1956, dispuso que la pena debía cumplirse desde el 3 de octubre del propio año, o sea desde la captura de Castro o Arce. El condenado lleva, pues, dos años de privación de la libertad.

Siendo oportuno decidir lo que sea legal acerca del recurso, a ello se procede mediante las siguientes consideraciones:

En el expediente obran, auténticas, las siguientes piezas:

El fallo absolutorio de 5 de diciembre de 1956 proferido por el Juzgado Primero Nacional de Policía de Bogotá; la supradicha sentencia de segunda instancia; la indagatoria de Castro o Arce rendida el 10 de octubre de 1956; la declaración de Jesús Rigoberto Hernández León tomada el 8 de los mismos mes y año ante el propio Juez Primero Nacional de Policía de Bogotá; el poder de Castro o Arce al abogado doctor Gustavo Medina Nivia y la demanda de revisión suscrita y redactada por éste.

Durante el término correspondiente las partes no pidieron pruebas adicionales.

ANTECEDENTES

No son otros que los que constan en la declaración del Agente de la Policía Nacional, señor Jesús Rigoberto Hernández León.

Dicho testigo después de prestar el juramento y cumplir las demás formalidades de rigor, se limitó a exponer lo siguiente:

"Encontrándome de servicio en el primer turno de vigilancia, a las once y media de la mañana, me encontraba (sic) en el parque "España", cuando se acercó uno de los equipajeros pertenecientes a los transportes "Bolívar Rápido Duitama" y me informó que se habían robado una maleta, del bus de la flota norte, el cual (sic) con dos compañeros más me puse en la búsqueda del sujeto quien se había robado dicha maleta, el cual como diez minutos más tarde y como a unos cincuenta metros del bus y dentro de la plaza Peraza que queda junta al parque "España", fue capturado dicho sujeto quien dijo llamarse Jorge Castro y portaba la maleta robada dentro de un costal de fique y minutos después fue llevado al permanente de occidente junto con el denunciante, eso es todo lo que me consta".

Por su parte el sindicado, en su indagatoria, dijo que "el tres de octubre del presente año (1956), me encontraba en la carrera 19 con calle 11 como a eso de las doce del día, y entré a una galería donde un señor desconocido para mí me dijo que le sacara un paquete y le consiguiera un carro, yo le hice el servicio y cuando salí a la calle, dos agentes de la Policía me detuvieron diciéndome que esa maleta era robada y me llevaron al permanente de occidente .... Al tercer día .... me condujeron a la cárcel, eso es todo lo que me consta".

El fallador de primera instancia para absolver a Castro o Arce expuso:

"Tenemos, pues, que ninguno de los exponentes afirma haber visto que el sujeto sustrajo la maleta del vehículo; que con posterioridad fue capturado un sujeto que portaba la dicha maleta y que ese sujeto afirma le fue entregada por un señor desconocido a fin de que le consiguiera un vehículo en el cual transportarse: vemos que hay una gran duda sobre si el sujeto capturado es el mismo que hurtó la maleta del bus flota norte, duda que teniendo en cuenta que el sindicado no registra ninguna clase de antecedentes, con mayor razón debe resolverse a favor del sindicado".

Llegado el proceso en consulta al Juzgado Superior de Policía, esta entidad, para revocar lo resuelto en primera instancia y condenar en cambio a Castro o Arce, se fundó en la misma declaración del Agente Hernández León, ya transcrita, y que para dicho fallador constituyó **plena prueba** en contra del acusado.

"No pretendo —asevera el demandante— que el dicho del Agente de Policía sea falso desde el punto de vista de la crítica del testimonio, no. Lo que pretendo es que se establezca la falsedad de la plena prueba que sirvió de base para estimar que se debía condenar a mi defendido, y en cambio se estime el dicho del Agente de Policía en su estricto valor...." o sea, en el de "informar que lo había encontrado con una maleta que según otros informes era robada, sin informar por quién".

Así fundó el demandante la causal 3ª del artículo 571 del C. de P. P.

CRITERIO DE LA PROCURADURIA

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal sitúa el problema de la revisión dentro de un marco estrictamente técnico. (Folios 26 y 27).

"No parece equivocado entender —dice— que lo que el demandante pretende es que se declare insuficiente para condenar, la prueba en que se basó la sentencia.

"El recurso de revisión —prosigue— no tiene el carácter de instancia y en tal virtud su objeto no es corregir el error en que el Juez haya incurrido al valorar algún elemento de juicio, al apreciar algún testimonio .... u otra prueba no falsa que haya determinado el fallo.

"Si el testimonio repetidamente anotado fue el único elemento de convicción en que se basó el Juez para ver al procesado plenamente responsable.... la demostración de la falsedad de tal probanza sería lo conducente. Pero ocurre que el mismo demandante ... descarta la mendacidad de esa declaración".

DOCTRINA DE LA SALA

"En materia penal —dice entre otras cosas el artículo 571 de la Ley 94 de 1938— hay lugar a recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas, en los casos siguientes: ..... 3º— Cuando alguno esté cumpliendo condena y se demuestre que es falso algún testimonio ... o prueba de cualquier otra clase que haya podido determinar el fallo respectivo".

A la luz de esta causal es claro que si una sentencia definitiva y ejecutoriada se funda en una declaración u otra prueba que luégo resulta ser falsa, no sólo hay lugar a la revisión del proceso sino que es necesario investigar para reprimir debidamente el delito de falsedad. La letra, el espíritu y el propósito del legislador concurren en general a evitar que sobre una falsedad cualquiera se funde una condena judicial. En materia penal es de subidísima importancia no perder de vista esta premisa; porque es sin duda más grave condenar a un inocente que absolver a un criminal.

Dentro de lo humano, puede ocurrir que la sentencia se funde en un testimonio o documento que luégo resulte falso; o que el fallo condenatorio sobrevenga precisamente como consecuencia de otro género de falsedad: falsedad en que puede incurrir el juzgador cuando falla sin prueba o deduciendo, por error simplemente dialéctico, un hecho de un testimonio que en manera alguna sirve para incriminar al procesado.

Todo juicio penal se resume en un silogismo en que la premisa mayor es el auto de proceder o su equivalente; la menor es el acervo probatorio; el término medio, la relación entre esas dos premisas; y la conclusión o fallo es la consecuencia lógica de los tres anteriores elementos del raciocinio.

En el presente caso es falso el término medio del silogismo, con falsedad que acarrea la de la conclusión o sentencia condenatoria.

El artículo 472 del Código Judicial contiene una norma sabia que no debe desatenderse en ningún caso. Dice así: "Los funcionarios del orden judicial, al proferir sus decisiones deben tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva y, por consiguiente, con este criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas de los hechos que se aduzcan como fundamento del derecho".

Es verdad que desde un punto de vista meramente técnico tienen cierta fuerza aparente las razones de la Procuraduría para solicitar que no se acceda a la revisión de este proceso. Pero no es menos cierto que la técnica se hizo para servir al derecho y no el derecho para servir a la técnica. No es otro el pensamiento del artículo 472 del Código Judicial.

El procedimiento sui-géneris del Decreto 0014 de 1955 en que los intereses del procesado están circuídos en un estrechísimo campo de defensa, obliga a la Sala a obrar con alguna amplitud cuando, como en el presente caso, a una persona se la ha condenado no por lo que dijo el único testigo en el proceso sino por lo que el Juez, contra toda evidencia, creyó que ese testigo había dicho.

El artículo 7º del mencionado decreto extraordinario 0014 dice: "Se considera en estado de especial peligrosidad .....— 20. Quien sea sorprendido en el acto de sustraer ilícitamente, o pretender sustraer, a las personas, dinero u otros efectos que impliquen provecho económico".

Pero Castro o Arce, que no tiene antecedentes penales no fue sorprendido por nadie "en el acto" de robar o sustraer la maleta, sino en el acto de transportarla a un vehículo por encargo de una tercera persona desconocida.

La causal 3ª del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal debe prosperar.

La autonomía de los juzgadores para apreciar

la prueba, no los faculta para crear hechos totalmente ausentes de la prueba misma. En el instante de ocurrir esto, ya se ha introducido un elemento de falsedad que sería extravagante justificar con aquella autonomía y que, si se toma como fundamento de imputación y condena, entraña una de las falsedades probatorias de que trata el ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. No es, en consecuencia, lo mismo apreciar erradamente un testimonio u otra prueba apta (lo cual cabe dentro de la autonomía del fallador), que introducir en la prueba o testimonio elementos en un todo ajenos a su contenido. En el primer caso, hay error, mas no falsedad; en el segundo, la falsedad aparece de bulto, como secuela inevitable del grave defecto dialéctico del sentenciador.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— oída la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ORDENA: 1º Revisar la causa de que trata la parte motiva de esta providencia; 2º Remitir, para tal efecto, el expediente al Juzgado Segundo Nacional de Policía de Bogotá; y 3º Poner en libertad provisional al procesado Jorge o Aníbal Castro o Arce, sin caución, en cuanto él acredite ante el referido Juez, las circunstancias de que trata el artículo 415 del C. de P. P.

Notifíquese, publíquese en la GACETA, comuníquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Luis Eduardo Mejía Jiménez.—Simón Montero Torres.— Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

ESCALA PROGRESIVA EN CUANTO A LAS CONSECUENCIAS DE LAS LESIONES PARA EFECTOS DE AJUSTAR LAS PENAS A ESA EVALUACION. — TODA HERIDA —SI ES DE ALGUNA IMPORTANCIA— TIENE UN PROCESO EVOLUTIVO, EL PERIODO DE LA ENFERMEDAD, QUE SE TOMA COMO INDICE PARA FIJAR EL TIEMPO EN QUE EL OFENDIDO SE INCAPACITA PARA EL TRABAJO. — LAS EXPRESIONES "ENFERMEDAD" E "INCAPACIDAD", SE CONFUNDEN EN LA TERMINOLOGIA PENAL. — EN CASOS DE EFECTOS MULTIPLES DE LAS LESIONES, EL JUZGADOR DEBE ATENDER AL DE MAYOR GRAVEDAD, POR MANDAMIENTO DEL ARTICULO 377 DEL C. PENAL. — LA PERTURBACION FUNCIONAL TAMBIEN ADMITE GRADOS. — ES INJURIDICO DEDUCIR LA PENA DE UNA DISPOSICION DISTINTA DE LA QUE CONCIERNE AL DELITO SUB JUDICE

El Código Penal Colombiano ha establecido una especie de escala progresiva en cuanto a las consecuencias de las lesiones, para efectos de ajustar las penas a esa evaluación.

Toda herida —si es de alguna importancia— tiene un proceso evolutivo, el período de la enfermedad, que se toma como índice para fijar el tiempo en que el ofendido se incapacita para el trabajo. Por eso, en la terminología penal, se confunden las expresiones "enfermedad" e "incapacidad". Y este proceso mórbido puede terminar sin secuelas ulteriores o, por el contrario, con resultados más o menos graves, como, por ejemplo, desfiguraciones, deformidades físicas, perturbaciones psíquicas o funcionales —de carácter transitorio o permanente— o pérdidas de órganos o miembro, que es la más grave consecuencia, no sólo por lo que significa el verse privado de cualquiera de las partes del cuerpo humano que ejercen una función determinada y necesaria para la buena marcha fisiológica del organismo, sino porque generalmente la falta de un órgano (enucleación de ambos ojos, vr. gr.) o de un miembro (amputación de un brazo), implica además una deformidad física, si por ésta se entiende en medicina legal todo lo que cambia la figura o conformación exterior de la anatomía de una persona. En esos casos de efectos múltiples de las lesiones, el juzgador debe atender al de mayor gravedad, por mandamiento del artículo 377 del Código Penal. Es un error afirmar que una función no se perturba sino cuando se compromete la totalidad del órgano o miembro que la representa, puesto que si el funcionamiento normal queda anulado porque se suprima o extirpe el órgano o el miembro destinado a cumplirla, también se disminuye o debilita por mutilación parcial de uno de aquellos, o por otra causa que los afecte y sea capaz de mermar sus facultades. Y viene entonces el trastorno o desarreglo respectivo, es decir la perturbación funcional. Así, la falta de los dedos de una mano o de alguna de las falanges de estos últimos constituye —además de un defecto físico— una perturbación de la potencia aprehensora, porque es innegable que ésta no se ejercita plenamente si se destruye una de las partes que componen el respectivo miembro.

Es claro que la perturbación funcional también admite grados, puesto que no es lo mismo perder dos dedos que perder cuatro o cinco, o sufrir la sección de la falange de uno solo que sufrir la de varios en el mismo o en dos o más. En cualesquiera de estas ocurrencias el Juez, dentro del margen de que dispone para sancionar el hecho, podrá llegar a una equitativa individualización de la pena. Precisamente, para evitar el casuísmo, en el que se caería al incluír un catálogo de todas las consecuencias posibles de las heridas, el Código Penal amplió el espacio (mínimo o máximo) en el cual el juzgador puede aplicar convenientemente su criterio. Pero lo que sí resulta injurídico es deducir la pena de una disposición distinta de la que concierne al delito sub judice. El artículo 373 habla de "desfiguración facial", deformidad física, etc., pero no de perturbación funcional.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

El 27 de enero de 1957, Marco Tulio Granada Castaño irrumpió en el establecimiento de Joel Molina, situado en Moralia, Municipio de Tulúa, y con un machete le causó a Julio Ramón Parra las heridas que en el primer reconocimiento médico legal se describen así:

"Presenta herida cortante de forma circular con pérdida del cuero cabelludo en un área de seis centímetros de diámetro a nivel de la región temporal izquierda. Herida de un centímetro a nivel de la segunda falange del dedo anular que interesó piel, sección de los dedos medio e índice en la segunda falange de la mano izquierda; herida de tres centímetros a nivel de la segunda falange del pulgar izquierdo...."

Como consecuencia de estas lesiones, al ofendido "le quedó depilada la zona temporal interesada, cicatriz visible, permanente y queloidiana del lóbulo del pabellón auricular y mejilla derechos y la falta de las falanges del índice y medio izquierdos seccionadas".

Por este delito, que se ejecutó sin que los testigos que lo presenciaron hubieran advertido incitación de parte del agredido y quien se limitó a intentar una ineficaz defensa con arma análoga a la empleada por el agresor, fue condenado el mencionado Granada por el Juez Segundo Penal del Circuito de Tuluá a la sanción mínima señalada en el inciso segundo del artículo 374 del Código Penal (2 años de presidio), la que el Tribunal de Buga, en sentencia de 5 de marzo del año en curso, modificó, imponiéndole al procesado un año de prisión solamente, por considerar que el artículo aplicable era el 373 ibídem, según el siguiente raciocinio:

"Es norma de este Tribunal en casos como el estudiado, cuando al ofendido le quedan lesiones" (sic) "como las determinadas para Julio Ramón Parra, es injusto imponer al procesado la pena señalada por el artículo 374 en su inciso segundo. En este caso la desfiguración no es de aquellas que afean propiamente el rostro por estar localizada en parte lateral (pabellón auricular izquierdo) donde es menos visible, siendo además de más leve gravedad" (sic) "en el hombre que en la mujer, que anatómicamente quiere ser perfectamente bella. En cuanto a la falta de las falanges de los dedos índice y medio, son igualmente menos graves en la mano izquierda que en la derecha, comúnmente más usada por el hombre, lesión que no impide a una persona como Parra que se dedica al agro empuñar cualquiera de las herramientas de diario manejo, empuñamiento que únicamente quedará limitado, pero sin mayor perjuicio. Diferente sería si la herida deja como consecuencia perturbación de toda la mano" (sic) "que afectara el órgano casi totalmente. Estas las razones para que la infracción se ubique como una mera deformidad y se imponga la sanción establecida en el inciso segundo del artículo 373 del estatuto represivo, o sea la mínima de un año de prisión..."

No conforme el representante del Ministerio Público con lo resuelto en la segunda instancia, interpuso recurso de casación, con apoyo en la causal primera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que en la demanda sustenta diciendo que si es indudable que la pérdida de las falanges de los dedos medio e índice de la mano izquierda constituye una perturbación funcional permanente, por cuanto limita la capacidad aprehensora de dicha mano, la pena privativa de la libertad estuvo mal deducida y debió imponerse de acuerdo con el artículo que contempla la mencionada consecuencia, o sea, el 374.

La Procuraduría, por medio de su primer delegado en lo penal, a quien se le dio traslado de la demanda para los efectos del artículo 3º del Decreto 1.154 de 1954, prohija la tesis del recurrente, y en esa virtud le solicita a la Sala "que invalide aquel fallo y, con base en el inciso segundo del artículo 374 del Código Penal dicte la correspondiente sentencia". Petición que viene precedida de la siguiente cita del Instituto de Medicina Legal de Bogotá:

"La deformidad física se entiende que existe cuando hay falta de proporción o de regularidad en la forma, y se refiere de modo muy especial a las deformaciones estéticas. La perturbación funcional se refiere a la limitación o supresión de una función, sin tener en cuenta la imperfección estética o alteración de la forma, y la tercera clase, o sea la que participa de una y otra, es aquella en que se causa la deformidad y se perturba la función, como sería el caso de que al ofendido se le corte una mano".

* * *

SE CONSIDERA:

Podría hacérsele a la demanda del Fiscal del

Tribunal Superior de Buga un reparo de carácter técnico, que no fue salvado por el Procurador, y es el haber prescindido de la causal segunda, que debió invocarse en primer lugar, puesto que si se critica la cantidad y calidad de la pena que el fallo contiene, no es por otra razón que por la de haberse apreciado erradamente los hechos relativos a las consecuencias del delito, error que condujo a la indebida aplicación de la ley penal. Pero esta informalidad no tiene en el caso que se examina una importancia decisiva, ni es de tal naturaleza que determine a la Sala a declarar improcedente la demanda, porque el cargo se ha formulado concretamente y los motivos se han expuesto con exactitud.

En suma, la impugnación al fallo se funda en haber aplicado indebidamente la ley sustantiva, y eso es lo que debe estudiarse en el recurso extraordinario que ahora se va a resolver.

* * *

El Código Penal Colombiano ha establecido una especie de escala progresiva en cuanto a las consecuencias de las lesiones, para efectos de ajustar las penas a esa evaluación.

Toda herida —si es de alguna importancia— tiene un proceso evolutivo, el período de la enfermedad, que se toma como índice para fijar el tiempo en que el ofendido se incapacita para el trabajo. Por eso, en la terminología penal, se confunden las expresiones "enfermedad" e "incapacidad". Y este proceso mórbido puede terminar sin secuelas ulteriores o, por el contrario, con resultados más o menos graves, como, por ejemplo, desfiguraciones, deformidades físicas, perturbaciones psíquicas o funcionales —de carácter transitorio o permanente— o pérdidas de órgano o miembro, que es la más grave consecuencia, no sólo por lo que significa el verse privado de cualquiera de las partes del cuerpo humano que ejercen una función determinada y necesaria para la buena marcha fisiológica del organismo, sino porque generalmente la falta de un órgano (enucleación de ambos ojos, vr. gr.) o de un miembro (amputación de un brazo), implica además una deformidad física, si por ésta se entiende en medicina legal todo lo que cambia la figura o conformación exterior de la anatomía de una persona. En esos casos de efectos múltiples de las lesiones, el juzgador debe atender al de mayor gravedad, por mandato del artículo 377 del Código Penal. Y esto fue precisamente lo que no hizo el Tribunal Superior de Buga en la sentencia recurrida, entendiendo quizá que una función no se perturba sino cuando se compromete la totalidad del órgano o miembro que la representa. Pero si el funcionamiento normal queda anulado porque se suprima o extirpe el órgano o el miembro destinado a cumplirla, también se disminuye o debilita por mutilación parcial de uno de aquellos, o por otra causa que los afecte y sea capaz de mermar sus facultades. Y viene entonces el trastorno o desarreglo respectivo, es decir la perturbación funcional. Así, la falta de los dedos de una mano o de alguna de las falanges de estos últimos constituye —además de un defecto físico— una perturbación de la potencia aprehensora, porque es innegable que ésta no se ejercita plenamente si se destruye una de las partes que componen el respectivo miembro.

Es claro que la perturbación funcional también admite grados, puesto que no es lo mismo perder dos dedos que perder cuatro o cinco, o sufrir la sección de la falange de uno solo que sufrir la de varios en el mismo o en dos o más. En cualesquiera de estas ocurrencias el Juez, dentro del margen de que dispone para sancionar el hecho, podrá llegar a una equitativa individualización de la pena. Precisamente, para evitar el casuísmo, en el que se caería al incluír un catálogo de todas las consecuencias posibles de las heridas, el Código Penal amplió el espacio (mínimo a máximo) en el cual el juzgador puede aplicar convenientemente su criterio. Pero lo que sí resulta injurídico es deducir la pena de una disposición distinta de la que concierne al delito **sub judice**. El artículo 373 habla de "desfiguración facial", deformidad física etc., pero no de perturbación funcional. De ésta trata el artículo siguiente (374), que era el aplicable. Luego el cargo expuesto en la demanda es fundado, y debe invalidarse la sentencia acusada, dictando en su reemplazo la que corresponda (artículo 570 —letra a— del C. de P. P.).

* * *

En el auto de proceder del Juez del conocimiento se encuentran analizadas las modalidades del hecho y las condiciones personales del infractor, como se verá a continuación:

"Las circunstancias y forma como se perpetró el ilícito revelan al enjuiciado como persona belicosa y altamente peligrosa. Los motivos subjetivos que impulsaron a actuar a Granada no son fácilmente explicables y en nada atenúan la gravedad de su proceder. Está demostrado que ac-

tuó cuando el lesionado se encontraba sentado e indefenso, provocándolo con palabras injuriosas... Está demostrado ... que ... estaba en completo goce de sus facultades y no había ingerido bebidas alcohólicas. Gozando por otra parte de fama como elemento pendenciero...."

Este pliego de cargos, que tiene suficiente respaldo testimonial, no se modificó en el curso regular del juicio. De modo que quedan en pié las declaraciones de los testigos presenciales (Joel Molina, Carlos Juio Reyes Mancera y Mario Velandia), quienes afirman que Granada ofendió gravemente de palabra a Parra y a renglón seguido —hallándose éste sentado— lo atacó con el machete; y tampoco han sufrido cambio los testimonios de Pedro Marín, Pedro Pareja, Leonidas Torres y Guillermo Salgado, en los cuales se dice que Granada es un sujeto buscarruidos y que, a causa de su temperamento belicoso había herido en ocasión anterior a Rigoberto López. Lo cual quiere decir, que ni la personalidad peligrosa del procesado, ni las modalidades del delito (artículo 36 y numeral 6º del artículo 37 del Código Penal) permiten imponer la mínima sanción señalada en el inciso segundo del artículo 374 ibídem, la que se fija en tres años de presidio.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, atendida la voz del Ministerio Público, resuelve:

1º Invalídase el fallo de 5 de marzo de este año del Tribunal Superior de Buga; y

2º Condénase a Marco Tulio Granada Castaño, de 25 años de edad, natural de Aguila (Valle), agricultor y vecino de Tuluá, por el delito de lesiones personales por el cual fue llamado a responder en juicio, a las siguientes sanciones: tres años de presidio, como principal, y a las accesorias que en seguida se enumeran: interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término; pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; pérdida de la patria potestad, si la tuviere; a pagar al ofendido los perjuicios ocasionados con el delito y a la publicación especial de la sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Luis Eduardo Mejía.—Simón Montero Torres.—Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

EL JUZGADOR DEBE EXAMINAR A FONDO, ANTES DE DECLARASE LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL, LAS CUESTIONES SUSTANTIVAS PLANTEADAS EN LOS PROCESOS CON EL OBJETO DE PREFERIR EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, LA ABSOLUCION U OTRA DECLARACION ANALOGA, SI EXISTE FUNDAMENTO PARA ELLO, A LA DECLARACION DE PRESCRIPCION

La Sala ha venido reiterando la doctrina de que, antes de declararse la prescripción de la acción penal, el juzgador debe examinar a fondo las cuestiones sustantivas planteadas en los procesos, con el objeto de preferir el sobresimiento definitivo, la absolución u otra declaración análoga, si existe fundamento para ello, a la declaración de prescripción.

"La acción penal es, por decirlo así, una acción persecutoria del acusado, con que la sociedad intenta realizar plenamente su función de defensa contra el delito. Si transcurre determinado lapso (prescripción), ello significa que el delincuente ya no podrá ser perseguido, ni continuarse en la busca de pruebas del delito y de responsabilidad, ni mantenerse en tela de juicio la conducta del imputado. Pero no implica ello que cesen las facultades y deberes de los juzgadores respecto a la declaración de inocencia del acusado o a las causales de justificación o de excusa que amparen su conducta. Si esto aparece comprobado, lo justo y equitativo es declararlo así, para dar al presunto delincuente la reparación moral que le corresponde, frente a denuncios temerarios, acusaciones excesivas o apreciaciones apriorísticas o ligeras. Haciéndose esto, la acción penal no se adelanta, sino que se le pone fin.

"Tan celoso ha sido el legislador en esta materia, que faculta al procesado para renunciar a la prescripción (artículo 112 del Código Penal). El interés del Estado puede cesar en lo relativo a la persecución del presunto reo, pero el de éste para que resplandezca su inocencia o campeen sus justificaciones y excusas, puede no haber terminado. Y la ley positiva respeta este interés particular. Pero esta facultad de renuncia no es, por sí sola, suficente. Ni su consagración expresa significa, por sí, que los falladores pierdan la facultad o cesen en su deber de absolver al acusado o de sobreseer en su favor, cuando, en los autos, aparezcan establecidas las causales que, legalmente, conduzcan o deban conducir a la absolución o al sobreseimiento (Auto de 10 de marzo de 1958, proferido por la Sala en el proceso por abuso de autoridad y otros cargos contra el doctor José Cabarcas González).

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Revisa la Sala, por concepto de la consulta de ley, la providencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín, fechada el 10 de abril del año en recurso, por medio de la cual se declaró prescrita la acción penal seguida por dicha entidad contra el doctor Juilo César Martínez, relativa a un posible delito contra la fé pública.

Conviene advertir que ,en otra oportunidad, el mismo Tribunal había hecho igual declaración en cuanto al delito de concusión que se imputó al mismo doctor Martínez. La Corte, al revisar el fallo respectivo, lo confirmó en lo referente a tal delito, porque, en efecto, halló prescrita la acción y no encontró fundamentos aceptables para optar por un sobreseimiento definitivo u otra calificación análoga. En relación con el cargo de falsedad en documentos, se revocó, en la misma oportunidad, la decisión del Tribunal, porque no la había precedido el concepto favorable del Fiscal, sobre la circunstancia de no ser constitutivo de delito el hecho mencionado.

En esta nueva ocasión, el Tribunal no mantuvo su criterio de antes; y, en lugar de hacer la misma declaración anterior, de que el hecho no era constitutivo de delito, resolvió hacer la relacionada con la prescripción, que también había sido solicitada por el Fiscal, en su corta Vista.

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, a quien correspondió llevar la voz del Ministerio Público en este proceso, conceptuó, la primera vez que el negocio vino a la Corte, que estaba plenamente establecido el delito de falsedad documental y no era procedente la cesación del procedimiento ordenada por el Tribunal, sobre la aludida base de que no se había cometido por el procesado Martínez violación de la fé pública, pues era manifiesta la responsabilidad del mismo por aquel cargo. Solicita, ahora, confirmación de la providencia consultada, pues considera que, efectivamente, en el proceso se ha cumplido el fenómeno jurídico de la prescripción.

Relacionados los anteriores hechos, que debían ponerse de relieve para la mejor comprensión del asunto, la Sala procede al análisis del cargo objeto de la declaración de prescripción, y, al efecto, tiene en cuenta:

Era Juez del Circuito de Urrao, Distrito Judicial de Medellín, el doctor Julio César Martínez, calidad que se acreditó debidamente (folios 10 vuelto y 29, cuaderno 1º). Se informaron los señores Fiscales del Tribunal Superior de aquel Distrito, de que el doctor Martínez había tenido a su servicio, como Secretario del Juzgado, a un primo carnal suyo, de nombre Nemesio Bolívar Herazo Rodríguez; y de que, en las nóminas respectivas, había certificado falsamente sobre esta circunstancia del parentesco. Promovieron, pues, la averiguación a que la ley los compelía, y lo hicieron por medio del oficio número 79, del 13 de septiembre de 1946, dirigido al Presidente de la Sala Penal del Tribunal.

No se equivocaban los señores Fiscales, en lo relativo al mencionado parentesco, ni a la circunstancia de que el funcionario acusado había estado sirviéndose de su consanguíneo o manteniéndolo en el cargo dicho, a pesar de prohibir la ley esta suerte de favoritismo. Ambos hechos se acreditaron en los autos de modo perfecto, sin que la Corte considere necesario referirse, en concreto, a la abundante prueba que el sumario exhibe sobre el particular. Por lo demás, no fueron suficientemente eficaces los esfuerzos del imputado por acreditar, de manera irrecusable, que ignoraba la existencia del aludido vínculo de consanguinidad con su Secretario.

El señor Herazo Rodríguez desempeñó el cargo de Oficial Escribiente, a órdenes del Juez Martínez, desde el 17 de julio de 1943 hasta el 16 de julio de 1945, en el Juzgado del Circuito de Yarumal; y desde el 2 de agosto de 1945 hasta el 26 de agosto de 1946, en el Juzgado del Circuito de Urrao, ambos correspondientes al Distrito Judicial de Medellín.

Durante la época en que el señor Herazo actuó en Yarumal, no existía prohibición alguna que le impidiera trabajar con su pariente, ya que el grado de consanguinidad con el Juez no quedaba comprendido dentro de lo preceptuado en el artículo 127 del Código Judicial.

Al entrar en vigencia el artículo 63 del Acto Legislativo de 1945, que vino a integrar el artículo 174 de la Constitución, lo que antes era lícito o lo había sido para el Juez Martínez, dejaba de serlo, pues ya la prohibición de colocar parientes se acababa de extender al cuarto grado civil de consanguinidad.

En las nóminas que se logró allegar a los autos, y que deben tenerse por auténticas, como lo observó la Procuraduría, figura esta leyenda impresa firmada por el Juez Martínez:

"CERTIFICAMOS que la presente nómina está en orden en todo sentido; que el tiempo que se le paga a cada persona que en ella aparece es el que trabajó o faltó con licencia, y que ninguno de los empleados de esta oficina se encuentra POR RAZON DE PARENTESCO, DENTRO DE LA PROHIBICION DEL ARTICULO 197 DE LA LEY 105 DE 1931". (Mayúsculas de la Sala).

Salta a la vista que, a pesar de haber cambiado la situación legal al respecto, se continuó empleando por los funcionarios oficiales el mismo tipo de esqueleto impreso que se usaba antes para formular cuentas, cuando estaba en plena vigencia el artículo 127 del Código Judicial, no el 197, que, por errata, citan tales impresos.

Lo sustancial es que al certificado o certificados no puede hacérseles decir más de lo que, literalmente dicen, en un caso de clara y exclusiva referencia a la Ley 105 de 1931; corregido, eso sí, el error de cita del artículo 197, en lugar del 127, que es el único que trata, en dicha ley, de la prohibición aludida.

No se certificó, pues, falsamente, pues era cierto que el señor Herazo no estaba, frente al Juez, en la posición de parentesco previsto en la Ley 105 de 1931, que es la única a que se refieren las certificaciones del Juez Martínez. Lo certificado era real, cierto, correspondía a la verdad. Luego no puede hablarse, por dicho concepto, de falsedad en documentos, so pena de quebrantar la lógica y de proceder, en cosa tan sustantiva y delicada como la comprobación del cuerpo del delito, por atisbos, vislumbres, adivinaciones e hipótesis. No comparte, pues, la Sala los conceptos del señor Procurador al respecto, para dar por establecido

plenamente el delito de falsedad, como lo sostuvo en su primera Vista.

Mas no significa lo anterior que la conducta del acusado sea laudable. Pudo nacer de la simple rutina de llenar unos esquéletos previamente impresos y sin repararse en la vigencia de una nueva y más estricta prohibición. Pudo hacerse como una especie de restricción mental, que, a todas luces, resulta censurable. Y, en esencia, supone, o falta de acuciosidad del funcionario por informarse, como era su deber, de las nuevas reformas constitucionales, o, si las conocía, una renuencia indebida e interesada al cumplimiento de la Constitución, que había jurado defender. La conducta del acusado es, de consiguiente, ilegítima o descuidada, al menos; mas no constituye falsedad documental.

Debe advertirse, no obstante, que los comentarios precedentes sólo tendrían plena cabida, si, en los autos, constase clara y terminantemente que el procesado actuó **a sabiendas,** es decir, que mantuvo de Secretario, a sus órdenes, a quien sabía era su consanguíneo en el grado previsto por la Carta y por la Ley 12 de 1945.

¿Sabía esto el doctor Martínez? Los autos no lo comprueban; y, por el contrario, existen elementos aptos para deducir que, al menos, no tenía seguridad o certeza respecto al asunto.

No pueden pasarse por alto las manifestaciones del procesado en su indagatoria, en que afirma que ignoraba dicha situación de consaguinidad, por haberse ausentado desde niño del hogar y no haber conocido a sus abuelos y demás parientes. Estas afirmaciones fueron confirmadas, en parte, por otros elementos de prueba. A los autos ni siquiera pudo arrimarse la partida de nacimiento de la presunta tía legítima del Juez imputado, señora Peregrina Rodríguez, pues no fue hallada. El mismo Juez insistió, en el memorial de folios 223 y siguientes (cuaderno 1º), respecto a su ignorancia del parentesco, y aun pidió que la investigación se agotase, pues no deseaba ser amparado por la simple prescripción. Y, como si esto fuera poco, al folio 125 aparece el informe de un detective, el cual pone en persona o en boca de persona muy allegada al imputado, expresiones en que van envueltos problemas de honor, que hacen más verosímiles las cualificaciones del acusado.

En concepto de la Sala, los hechos anteriores no quedan destruídos por la deficiente prueba testimonial que se arrimó al informativo, relativa al conocimiento que el doctor Martínez tuvo o pudo tener del parentesco mencionado. Son simples referencias de comentarios callejeros, algunas de ellas; y todos los testimonios aparecen tocados de parcialidad, por la animadversión que los declarantes tenían contra el Juez, originada en distintas ocurrencias de que los autos no dejan duda.

Lo que se insinúa en el ánimo del crítico objetivo de la prueba ,es que el doctor Martínez sólo tenía —posiblemente— sopechas de su parentesco, pero no el **conocimiento cierto** requerido para que pueda hablarse, con propiedad, del **a sabiendas.**

Como resumen de lo anterior, se tiene:

a) Que el hecho incriminado como falsedad en documentos, no constituye tal delito, ni el doctor Martínez lo cometió.

b) Que su conducta, al mantener como Secretario a quien estaba inhibido para serlo, por causa del parentesco, es censurable, pero sobre la base de que hubiera actuado **a sabiendas,** o sea, con conocimiento cierto de dicha circunstancia.

c) Que este elemento psicológico no está comprobado en el sumario; y, por el contrario, hay motivos para presumir o admitir que el Juez imputado no obró **a sabiendas,** en el sentido filosófico-jurídico de esta locución.

Como ya se anotó, el Tribunal había declarado que el doctor Martínez no cometió el delito de falsedad. Y esta declaración se amoldaba a la verdad procesal. Sólo que, formalmente, no se ajustó, al decidir de tal manera, al sistema en vigencia para dicha declaración. El Tribunal no tenía sino dos caminos para actuar: o cerrar la investigación y dictar luégo sobreseimiento definitivo, o ceñirse al concepto del Fiscal, que, hasta ahora, se ha venido teniendo por indispensable, dentro de la exégesis común del artículo 153 del Código de Procedimento Penal. Pero el referido funcionario no había conceptuado más que sobre la procedencia de la prescripción; no existía el **concepto favorable** de que habla el texto, y por ello, no podía, a pesar de ser objetivamente justo, seguir el procedimiento que adoptó, la primera vez.

En esta segunda oportunidad el concepto del Fiscal se ciñó, tan sólo, al problema de la prescripción; y se justifica el aparente cambio de puntos de vista, al optar el Tribunal por declarar la existencia de dicha prescripción, en vez de mantener su declaración inicial de que los hechos imputados no constituían delito contra la fé pública, o no había incurrido en éste el Juez acusado. El Fiscal no le dio al Tribunal bases para hacer esto último.

Habría sido más equitativa esta solución, que va al fondo del problema y no deja dudas sobre

la conducta del procesado. Al respecto, la Sala ha venido reiterando la doctrina de que, antes de declararse la prescripción de la acción penal, el juzgador debe examinar a fondo las cuestiones sustantivas planteadas en los procesos, con el objeto de preferir el sobreseimiento definitivo, la absolución u otra declaración análoga si existe fundamento para ello, a la declaración de la prescripción.

Al respecto, se expresó en providencia del 8 de marzo último:

"La acción penal es, por decirlo así, una acción persecutoria del acusado, con que la sociedad intenta realizar plenamente su función de defensa contra el delito. Si transcurre determinado lapso (prescripción), ello significa que el delincuente ya no podrá ser perseguido, ni continuarse en la busca de pruebas del delito y de responsabilidad, ni mantenerse en tela de juicio la conducta del imputado. Pero no implica ello que cesen las facultades y deberes de los juzgadores respecto a la declaración de inocencia del acusado o a las causales de justificación o de excusa que amparen su conducta. Si este aparece comprobado, lo justo y equitativo es declararlo así, para dar al presunto delincuente la reparación moral que le corresponde, frente a denuncios temerarios, acusaciones excesivas o apreciaciones apriorísticas o ligeras. Haciéndose esto, la acción penal no se adelanta, sino que se le pone fin.

"Tan celoso ha sido el legislador en esta materia, que faculta al procesado para renunciar a la prescripción (artículo 112 del Código Penal). El interés del Estado puede cesar en lo relativo a la persecución del presunto reo, pero el de éste para que resplandezca su inocencia o campeen sus justificaciones y excusas, puede no haber terminado. Y la ley positiva respeta este interés particular. Pero esta facultad de renuncia no es, por sí sola, suficiente. Ni su consagración expresa significa, por sí, que los falladores pierdan la facultad o cesen en su deber de absolver al acusado o de sobreseer en su favor, cuando, en los autos, aparezcan establecidas las causales que, legalmente, conduzcan o deban conducir a la absolución o al sobreseimiento. — (Auto en proceso por abuso de autoridad y otros cargos contra el doctor JOSE CABARCAS GONZALEZ).

Frente a las doctrinas anteriores, habría sido, pues, más lógica y aceptable que el Tribunal hubiera cerrado la investigación y procedido a calificar el proceso con **sobreseimiento definitivo**, para mantener, asimismo, el criterio que ratifica en la providencia consultada, respecto a la inexistencia de delito contra la fé pública y supuesto que la opinión del Fiscal no le daba margen más que para la declaración de prescripción. El concepto que tal funcionario diera, al contestar el traslado consiguiente al cierre de la investigación, ya no ligaba al fallador en la forma prevista en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal. Y el criterio inicial del Tribunal habría podido ratificarse ampliamente, en el auto calificador del sumario.

No obstante las observaciones que anteceden, la Corte confirmará la providencia consultada, por razones de economía procesal y porque estima que, mediante el completo análisis que se ha hecho del asunto **sub-judice**, quedan a salvo los principios doctrinales a que se aludió, al menos en lo esencial de los mismos.

Es evidente que la acción penal está prescrita. Al respecto, la Sala acoge los argumentos del fallo consultado y del Ministerio Público, para evitar inútiles repeticiones.

DECISION:

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Antonio Vicente Arenas.— Gabriel Carreño Mallarino. — Simón Montero Torres.—Luis Eduardo Mejía Jiménez.— Pedro Pacheco Osorio.— Pioquinto León L., Secretario.

TRES CATEGORIAS DE ABUSOS DE AUTORIDAD. — OMISIONES QUE PUEDEN LLEGAR A CONSTITUIR ABUSOS DE AUTORIDAD CALIFICADOS. — ANTECEDENTES DEL ARTICULO 171 DEL C. P.—CONSUMACION. — EL DOLO EN LOS DELITOS DE ABUSO DE AUTORIDAD POR OMISION

1. — De los abusos de autoridad ha dicho Carrara con su acostumbrada maestría que son indefinidos e indifinibles, pues no es posible encerrarlos dentro de límites precisos. Ellos van desde la omisión intrascedente que se sanciona con mínima pena pecuniaria hasta los abusos calificados que entrañan graves transgresiones contra la administración pública. La ley penal colombiana contempla las siguientes categorías de abusos de autoridad:

a) Hechos constitutivos de delitos autónomos que tienen, como uno de sus elementos esenciales, el abuso de autoridad o de poder. A este grupo de abusos calificados pertenecen el peculado ,la concusión, el cohecho, el prevaricato, la detención arbitraria, etc.

b) Acciones injustas o arbitrarias que se ejecutan con ocasión de funciones oficiales o excediéndose en el ejercicio de ellas, y

c) Omisiones referentes a actos cuya ejecución es obligatoria para los funcionarios públicos.

2. — No siempre las "omisiones" pueden juzgarse con el tratamiento benigno del artículo 172, pues de acuerdo con los términos de la disposición, ella solamente se aplica "siempre que el hecho —de omitir, rehusar o retardar— no tenga señalada otra sanción más grave". Algunas de las omisiones que pueden llegar a constituir abusos de autoridad calificados son las siguientes: si para omitir o retardar un acto a que legalmente está obligado, el funcionario público induce o constriñe a otro a darle o prometerle dinero o cualquiera otra utilidad, comete delito de concusión (Artículo 15) Si el funcionario admite dinero o dádivas o acepta promesas remuneratorias "para omitir o retardar un acto propio del cargo", comete delito de cohecho (Artículo 161). Si el funcionario "rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", comete delito de prevaricato (Artículo 168).

3. — No puede afirmarse que "al estudiar los diversos códigos" no se encuentre el artículo 168 del Código Penal, ni que esta disposición "es criolla pura, nuestra, sin antecedentes", pues ello indicaría carencia de información al respecto. Si se revisa el Código Penal Argentino, uno de los que sirvieron de modelo para la redacción del actual Código Penal Colombiano, se encontrará en el capítulo que trata de los "Abusos de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos" un artículo —el 249— sustancialmente idéntico al de nuestro Código.

En atención a esa identidad y a que el código argentino, lo mismo que el colombiano, emplea las expresiones "omitir, rehusar y retardar", resulta pertinente recordar el "comentario del prestigioso tratadista Sebastián Soler, quien al referirse a esa disposición dice que ella "tutela pura y simplemente el desenvolvimiento normal y diligente de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos, aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto". Ese incumplimiento —sigue diciendo— "debe referirse a los actos de la función y no a los que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos y cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria" (como no asistir a la oficina y otras faltas análogas).

4.—En lo que atañe a la consumación, es oportuno repetir, con el mismo Soler, que la infracción penal se perfecciona "cuando en consideración a ese acto debido pueda afirmarse que ha sido dolosamente omitido,

retardado **o que habiendo mediado pedido o interpelación el funcionario ha** rehusado **cumplirlo".**

5.—Debe tenerse en cuenta que el dolo en los delitos de omisión previstos en el artículo 172 es solamente el genérico, consistente en la voluntad de omitir aquello que el funcionario sabe está obligado a hacer, sin que se requiera para estructurar la infracción ningún dolo específico, como el móvil de la simpatía o la animadversión que, en caso de concurrir, convertiría el abuso de autoridad simple, por omisión, en abuso calificado (prevaricato), también por omisión.

De ahí que la Corte en reciente providencia (12 de septiembre del presente año) hubiera dicho que "en los delitos propios de omisión.**(se trataba también de una omisión por parte de un Magistrado del Tribunal), los matices de la acción criminal son muy característicos y de muy discutida fundamentación en la doctrina jurídica. Como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligatorio".**

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, octubre diez de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

La Corte, por auto fechado el veinte de mayo de mil novecientos cincuenta y siete, llamó a responder en juicio al doctor Patricio Villalba Verbel, por un delito de "los abusos de autoridad y otras infracciones" de que trata el Capítulo VI, Título III, Libro II del Código Penal, consistente en haber demorado, como Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, la tramitación de un proceso durante un año, dos meses y trece días (del 14 de enero de 1953 al 27 de marzo de 1954) "sin que durante ese tiempo se hubiera resuelto el recurso de reposición" interpuesto por el acusado contra el auto de enjuiciamiento.

Ejecutoriado el auto de proceder se dispuso, en providenca de 27 de marzo del corriente año, abrir el juicio a prueba por el término de tres días.

El 17 de junio siguiente, después de tramitarse un incidente de recusación, entró el proceso al despacho con el informe de que había transcurrido el término legal "sin que dentro de él las partes solicitaran la práctica de pruebas".

Para la celebración de la audiencia pública se señaló la hora de las tres de la tarde del 25 de julio, acto que no se llevó a cabo "por no haber concurrido las partes interesadas".

El dos de septiembre siguiente, practicada una diligencia de sorteo de Conjuez, entró nuevamente el proceso al despacho.

Surtidos los trámites del juicio, se procede a dictar sentencia.

Los hechos que se juzgan son los siguientes:

El 4 de agosto de 1952 el Tribunal Superior de Cartagena llamó a responder en juicio al doctor Electo Cáliz Amador, ex-Juez Penal del Circuito de Magangué, por los delitos de falsedad en documentos públicos y peculado. En la misma providencia se le amparó con sobreseimiento definitivo por los delitos de concusión, prevaricato y detención arbitaria.

Contra lo resuelto por el Tribunal se interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación. El 14 de enero de 1953, agotada la tramitación legal, entró el expediente al despacho del Magistrado doctor Patricio Villalba, donde permaneció hasta el 27 de marzo de 1954, sin que durante ese lapso se resolviera el recurso principal de reposición. Más tarde, con ponencia del Magistrado doctor José de León Martínez, el Tribunal no accedió a reponer el auto de enjuiciamiento y concedió el recurso de apelación. Posteriormente el mismo Tribunal declaró prescrita la acción penal en providencia que confirmó la Corte, adicionándola —a petición del Ministerio Público— en el sentido de ordenar la investigación de las demoras en que hubiera podido incurrir el Magistrado Villalba.

Adelantada la investigación se acreditaron los siguientes hechos:

a) La Corte, en sesión celebrada el 7 de mayo de 1951, eligió Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena al doctor Patricio Villalba V. para el período que se inició el 1º de dicho mes (Folios 16 y 17); el nombrado tomó posesión el nueve de junio del mismo año (Folios 19 y 31) y ejerció el cargo hasta el 27 de marzo de 1954, fecha en que fue reemplazado por el doctor Carlos Arrieta Franco (Folio 48).

b) El Tribunal Superior de Cartagena, por auto fechado el 4 de agosto de 1952, llamó a responder en juicio al doctor Electo Cáliz Amador, ex-Juez Penal del Circuito de Magangué, por los delitos de peculado y falsedad en documentos. Allí mismo sobreseyó definitivamente en su favor por los delitos de concusión, prevaricato y detención arbitraria (Folio 2).

c) En memorial fechado el 12 de agosto de 1952 el procesado interpuso el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación contra el auto que calificó el mérito del sumario (Folio 3). Por auto de 11 de diciembre del mismo año se ordenó poner el escrito de reposición a disposición de las partes por el término de dos días (Folio 4).

d) El 14 de enero de 1953 entró el proceso al despacho del Magistrado Patricio Villaba, donde permaneció inactivo hasta el 27 de marzo de 1954, día en que, por renuncia aceptada, se retiró del Tribunal. El 4 de junio siguiente se repartió el asunto al Magistrado José de León Martínez (Folio 5).

e) Por auto de 31 de enero de 1955 el Tribunal Superior de Cartagena, con ponencia del Magistrado José de León Martínez, no accedió a reponer el auto de enjuiciamiento, pero concedió el recurso de apelación (Folio 6). Poco después (la fecha no consta en autos) esa entidad declaró prescrita la acción penal en providencia que confirmó la Corte por auto de 3 de mayo de 1955 (Folio 1) en el que se ordenó, además, la investigación de las demoras.

f) La inactividad del proceso desde el 14 de enero de 1953 hasta el 5 de junio de 1954, fecha en que se repartió al Magistrado José de León Martínez "sin que se hubiera producido ninguna actuación" entre las dos fechas anotadas, está demostrada con la diligencia de inspección ocular llevada a cabo por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Cartagena el 1º de julio de 1955 (Folio 10).

El sindicado dijo en su indagatoria que "por recargo de trabajo" (600 a 700 negocios entrados al despacho para fallo) "no era posible que el Tribunal se dedicara a practicar diligencias de menor entidad descuidando o posponiendo la labor falladora". Admite que el 14 de enero de 1953 entró el proceso a su despacho donde permaneció, sin diligenciamiento, hasta marzo del año siguiente en que se retiró del Tribunal por renuncia. A continuación expone:

"Si al retirarme del cargo no quedó resuelto el recurso, fue por el recargo de trabajo, por la promiscuidad de la Sala en que me era indispensable estudiar los negocios civiles de mis colegas que me pasaban con fallos, disciplina de la cual no tenía (sic) estaba alejado porque siempre formé parte de la Sala Penal. No obstante esta circunstancia, pido a la Honorable Corte Suprema de Justicia que solicite al Ministerio del Ramo copia de todas las actas de visitas practicadas al Tribunal, para que se constate mi rendimiento y se observe el volumen de negocios que se resolvían e impulsaban en el Tribunal de Cartagena".

Mediante diligencia de visita que en 1951 practicó en el Tribunal de Cartagena el doctor Eduardo Larreamendy, funcionario del Departamento de Vigilancia Judicial, se supo que en la mesa del Magistrado Patricio Villalba solamente se encontraban cinco negocios "al despacho"; 63 tramitándose en la Secretaría; 5 en la Corte; 12 en comisión y 6 en traslado a los peritos. En total 91 negocios.

Y en inspección ocular realizada por el Magistrado José de León Martínez con el objeto de establecer cuántos negocios tenía pendientes el ex-Magistrado doctor Patricio Villaba el 14 de enero de 1953 y cuántos le entraron a partir de esa fecha hasta el 5 de junio de 1954, se demostró:

".....que del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos al mes de enero de mil novecientos cincuenta y tres pasaron sesenta y dos (62) negocios penales, y que del mes de enero de mil novecientos cincuenta y tres hasta el diez y siete de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, fecha en que se hizo el último repartimiento en que se le adjudicaron negocios al doctor Villaba, pues éste dejó de ejercer el cargo en dicho mes, le entraron ciento cincuenta y nueve (159), sumando un total de doscientos veintiuno (221). "Negocios civiles en la mesa del doctor Villalba, pasaron del mes de diciembre de mil novecientos cincuenta y dos a enero de mil novecientos cincuenta y tres, veintiséis (26), y de este último mes a marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro le entraron treinta y cuatro (34), alcanzando un total de sesenta (60) negocios. Examinados los legajos de copias de providencias correspondientes al período a que se contrae la inspección, se estableció que el doctor Villaba dictó sesenta y siete (67) autos interlocutorios y ciento veintitrés (123) sentencias penales. En negocios civiles dictó veintidós (22) autos interlocutorios y catorce (14) sentencias".

Se considera:

El proceso contra el doctor Electo Cáliz Amador, ex-Juez Penal del Circuito de Magangué, a quien se sindicaba por los delitos de falsedad en

documentos, peculado, concusión, prevaricato y detención arbitraria, entró por primera vez al despacho del Magistrado Patricio Villalba el 13 de septiembre de 1953 y permaneció bajo su responsabilidad, como instructor y funcionario de primera instancia, hasta el 27 de marzo de 1954 en que hizo dejación del cargo. El doctor Villalba había sido nombrado el 11 de mayo de 1943 Magistrado del Tribunal de Cartagena, se le reeligió el 23 de abril de 1947 y volvió a reelegírsele el 7 de mayo de 1951. A los folios 29, 30, 31, 18, 18 bis y 19, pueden verse las constancias sobre los diversos nombramientos y las correspodientes posesiones.

Resulta sorprendente que ese proceso, seguido a un Juez de Circuito por graves infracciones penales, hubiera prescrito en poder del funcionario encargado de instruírlo, calificarlo y fallarlo en primera instancia.

Con sobrada razón comenta la Procuraduría:

"Se requiere mucha despreocupación para permitir que se cumpla un tan largo plazo como el de diez años que en el caso del ex-Juez Cáliz Amador era necesario para que se configurara el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal".

Y a renglón seguido observa:

"En otras diversas ocasiones en que esta Procuraduría ha tenido que rendir concepto por acusaciones análogas a la presente, hechas al doctor Patricio Villalba Verbel, ha aceptado como causas justificativas del sindicado varias de las expuestas por él y entre las cuales estaban las que hoy se analizan. Pero ello se debió a que se trataba de asuntos en los cuales la prescripción era de mucho menor tiempo; que ella no se efectuó en negocios del conocimiento especial o privativo del H. Tribunal de Cartagena; que los períodos de demora no fueron tan largos como el que se contempla en este caso, etc.".

Pretende el doctor Villaba justificar su omisión —concretamente la demora superior a un año en resolver el recurso principal de reposición— diciendo que "por recargo de trabajo no, era posible que el Tribunal se dedicara a practicar diligencias de menor entidad, descuidando o posponiendo la labor falladora". A lo anterior replica juiciosamente el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal:

"A esto se observa que no era cuestión sin importancia la planteada por el Dr. Cáliz Amador al solicitar la revocatoria de un auto por el cual se le llamaba a responder en juicio criminal por los graves delitos de peculado y falsedad en documentos, cometidos en el ejercicio de la Magistratura Jurisdiccional, y se disponía su captura.

"Ni lo era tampoco para la sociedad, ya que a dicho doctor se le absolvía de los graves cargos de concusión, prevaricato y detención arbitraria. Ni desde el punto de vista de que en ese mismo auto se ordenaba la investigación de las numerosas irregularidades (por no decir delitos) cometidos por diferentes funcionarios en el curso de esa demorada investigación.

"Y no era menos importante el que se evitara el caso censurable en grado extremo e índice de falta de administración de justicia, de que un proceso sometido a un largo término de prescripción de la acción penal, viniera precisamente a caer en tal evento tan remoto, por culpa de un elevado organismo de la Rama Jurisdiccional llamado a dar ejemplo del cumplimiento del deber en el territorio de su jurisdicción.

"Y tal estudio o labor habría sido de excepcional facilidad para el señor Magistrado ponente, no sólo por sus capacidades intelectuales, sino porque, como él mismo lo dice por dos veces en su indagatoria, había hecho desde más antes "un cuidadoso estudio del expediente y de toda la situación procesal' ".

Sostiene también el doctor Villalba que "en lo que toca con el desenvolvimiento de la instrucción" fue diligente, "no obstante el recargo de trabajo permanente que tenía el Tribunal", pues en 1943, cuando tomaron posesión los Magistrados de esa época, encontraron varios centenares de negocios retrasados, para fallo.

La explicación puede aceptarse en lo que se refiere a la instrucción del sumario, aunque ese trabajo no lo realizó personalmente el Magistrado, sino por conducto de funcionarios comisionados. Lo que resulta inexplicable e injustificable es que con posterioridad al año de 1951, cuando solamente tenía **cinco negocios** "al despacho", se hubiera retirado del Tribunal sin resolver un recurso de reposición que tuvo a su estudio durante más de un año.

El término que la ley señala para resolver un recurso de reposición es brevísimo —tres días— lo cual se explica porque el funcionario a quien corresponde decidir si reforma, revoca o repone su propia providencia, es el mismo que ha estudiado el proceso y proferido el auto reclamado. En esas circunstancias la actuación del Juez se limita a considerar los argumentos del recurrente y las objeciones que se hubieren presentado y a decidir si debe estarse a lo resuelto o si, por el

contrario, hay algo que deba enmendarse o revocarse.

Al Magistrado Patricio Villaba no le bastaron tres días, ni siquiera tres meses, para pronunciarse sobre el fondo de la reposición pedida. Transcurrieron más de catorce meses desde el día en que el proceso entró a su despacho para resolver, sin que durante ese tiempo hubiera tomado ninguna determinación. El 27 de marzo de 1954, cumplidos los diez años para el fenecimiento de la acción penal por prescripción, se retiró del Tribunal dejándole al sucesor la penosa tarea de reconocer que por incuria del instructor y Juez de primera instancia no era posible proseguir la acción penal contra el ex-Juez Cáliz Amador.

Con su manifiesta e injustificada omisión el doctor Patricio Villalba ha infringido el artículo 172 del Código Penal conforme al cual "el funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado, incurrirá en multa de diez a trescientos pesos, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave".

La calidad de Magistrado del Tribunal de Cartagena, en cuyo carácter el doctor Patricio Villalba conocía del proceso contra el doctor Cáliz Amador y estaba obligado a resolver, como ponente, un recurso de reposición, está plenamente probada en los autos.

También se encuentra acreditado el segundo elemento de la infracción penal que consiste en omitir, rehusar o retardar la ejecución de algún acto a que legalmente esté obligado el funcionario. Los términos empleados por la disposición transcrita no son sinónimos. Tomadas las palabras en su sentido natural y obvio, a falta de definición legal, "omitir" es dejar de hacer una cosa; "rehusar" es no querer hacerla; "retardar" equivale a diferirla, entorpecerla o dilatarla. Del Magistrado Villalba no podría decirse con fundamento que rehusó resolver el recurso de reposición, ni siquiera que retardó la decisión que debía tomar dentro del término legal, sino que omitió la ejecución de un acto a que estaba obligado.

De los abusos de autoridad ha dicho Carrara con su acostumbrada maestría qué son indefinidos e indefinibles, pues no es posible encerrarlos dentro de límites precisos. Ellos van desde la omisión intrascendente que se sanciona con mínima pena pecuniaria hasta los abusos calificados que entrañan graves transgresiones contra la administración pública. La ley penal colombiana contempla las siguientes categorías de abusos de autoridad:

a) Hechos constitutivos de delitos autónomos que tienen, como uno de sus elementos esenciales, el abuso de autoridad o de poder. A este grupo de abusos calificados pertenecen el peculado, la concusión, el cohecho, el prevaricato, la detención arbitraria, etc.

b) Acciones injustas o arbitrarias que se ejecutan con ocasión de funciones oficiales o excediéndose en el ejercicio de ellas, y

c) Omisiones referentes a actos cuya ejecución es obligatoria para los funcionarios públicos.

Pero no siempre las "omisiones" pueden juzgarse con el tratamiento benigno del artículo 172, pues de acuerdo con los términos de la disposición, ella solamente se aplica "siempre que el hecho —de omitir, rehusar o retardar— no tenga señalada otra sanción más grave". Algunas de las omisiones que pueden llegar a constituir abusos de autoridad calificados son las siguientes: si para omitir o retardar un acto a que legalmente está obligado, el funcionario público induce o constriñe a otro a darle o prometerle dinero o cualquiera otra utilidad, comete delito de concusión (Artículo 156). Si el funcionario admite dinero o dádivas o acepta promesas remuneratorias "para omitir o retardar un acto propio del cargo", comete delito de cohecho (Artículo 161). Si el funcionario "rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros" comete delito de prevaricato (Artículo 168).

La omisión en que incurrió el Magistrado Patricio Villaba no es ninguna de las que tienen señalada sanción más grave. La suya es de las previstas en la primera parte del artículo 172.

El doctor Carlos Arturo Díaz, defensor del acusado, después de criticar el contenido del artículo que se acaba de citar, dice que "al estudiar los diversos códigos" no ha encontrado esa disposición de la que asegura "es criolla pura, nuestra, sin antecedentes". Parece que el distinguido abogado no ha dispuesto de suficiente información al respecto, porque si revisa el Código Penal Argentino, uno de los que sirvieron de modelo para la redacción del actual Código Penal Colombiano, encontrará en el capítulo que trata de los "Abusos de Autoridad y Violación de los Deberes de los Funcionarios Públicos" un artículo —el 249— sustancialmente idéntico al de nuestro Código.

En atención a esa identidad y a que el código argentino, lo mismo que el colombiano, emplea las expresiones "omitir, rehusar y retardar", resulta pertinente recordar el comentario del prestigioso tratadista Sebastián Soler, quien al refe-

rirse a esa disposición dice que ella "tutela pura y simplemente el desenvolvimiento normal y diligente de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos, aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto". Ese incumplimiento —sigue diciendo— "debe referirse a los actos de la función y no a los que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos y cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria" (como no asistir a la oficina y otras faltas análogas).

En lo que atañe a la consumación, es oportuno repetir, con el mismo Soler, que la infracción penal se perfecciona "cuando en consideración a ese acto debido pueda afirmarse que ha sido dolosamente **omitido, retardado** o que habiendo mediado pedido o interpelación el funcionario ha **rehusado** cumplirlo".

También debe tenerse en cuenta que el dolo en los delitos de omisión previstos en el artículo 172 es solamente el genérico, consistente en la voluntad de omitir aquello que el funcionario sabe está obligado a hacer, sin que se requiera para estructurar la infracción ningún dolo específico, como el móvil de la simpatía o la animadversión que, en caso de concurrir, convertiría el abuso de autoridad simple, por omisión, en abuso calificado (prevaricato), también por omisión.

De ahí que la Corte en reciente providencia (12 de septiembre del presente año) hubiera dicho que "en los delitos **propios** de **omisión** (se trataba también de una omisión por parte de un Magistrado de Tribunal), los matices de la acción criminal son muy característicos y de muy discutida fundamentación en la doctrina jurídica. Como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligatorio".

De lo dicho se concluye que están reunidos los requisitos que el artículo 203 del C. de P. P. exige para dictar sentencia condenatoria.

La disposición aplicable es, según se vio antes, el artículo 172 del Código Penal. La Sala, teniendo en cuenta la gravedad y modalidad del hecho delictuoso y la personalidad del agente, impondrá al doctor Villalba una pena que no será la mínima de diez pesos ni la máxima de trescientos, sino la de ciento cincuenta pesos en que prudencialmente se estima la que en justicia le corresponde.

Para la ejecución de la pena se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 51 del Código Penal, 696 y 697 del C. de P. P.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONDENA** al doctor PATRICIO VILLALBA como responsable del delito de abuso de autoridad, cometido cuando desempeñaba el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena, por el cual se le llamó a responder en juicio en este proceso, a pagar CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 150.00) DE MULTA a favor del Tesoro Nacional.

Si dentro de los veinte días siguientes a la ejecutoria de este fallo no acreditare el doctor Villalba el pago de la multa, se convertirá en arresto, a razón de un día por cada dos pesos o fracción.

Para la notificación personal de esta sentencia al doctor Patricio Villalba, se comisiona al señor Juez Primero Penal del Circuito de Cartagena, con los insertos del caso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez.— Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Luis Eduardo Mejía Jiménez.—Simón Montero Torres.—Octavio Laserna Villegas, Conjuez.—Pioquinto León L., Secretario,

LOS HECHOS O CIRCUNSTANCIAS INFLUYENTES "EN LA DETERMINACION DE LA SANCION" DEBEN ALEGARSE DENTRO DE LA CAUSAL 2ª, COMO FUNDAMENTOS PREVIOS PARA LA DEMOSTRACION, DENTRO DE LA CAUSAL 1ª, DE QUE LA LEY PENAL FUE INDEBIDA O ERRONEAMENTE APLICADA. — NO SE INTERPRETA ERRONEAMENTE LA LEY SUSTANTIVA, SI AL ASESINO SE LE APLICA LA PENA DEL ARTICULO 363 DEL C. PENAL; Y SI SE PRESENTAN REPAROS A LA INDIVIDUALIZACION, EL RECURRENTE DEBE DEMOSTRAR LA MANERA COMO LA SENTENCIA HA VIOLADO LOS ARTICULOS 36 Y 39 DEL REFERIDO ESTATUTO. — EL FALLADOR DEBE TENER EN CUENTA LO PRESCRITO EN LOS ARTICULOS 36 Y 39 DEL C. P., PERO NO ESTA OBLIGADO A APLICAR EL MINIMO DE LA PENA, "CUANDO CONCURRAN UNICAMENTE CIRCUNSTANCIAS DE MENOR PELIGROSIDAD", PUES EL TEXTO DEL ARTICULO 39 ES MERAMENTE FACULTATIVO Y DEBE APLICARSE EN RELACION CON EL ARTICULO 36. — LA SOLA ANOTACION DE DEFECTOS O INFORMALIDADES ES INSUFICIENTE PARA LA PROCEDENCIA DE LA CAUSAL 4ª, SI NO SE HACE UNA REFERENCIA CONCRETA Y PRECISA A LAS NORMAS QUE ERIGEN TALES DEFECTOS EN MOTIVOS DE NULIDAD. — POR QUE NO CONTITUYEN NULIDAD CIERTOS DEFECTOS U OMISIONES. — LA ALEVOSIA Y LA INSIDIA, COMO CIRCUNSTANCIAS AGRAVADORAS DE LA PENA, SON COMUNICABLES AL INSTIGADOR O MANDANTE

1.—Si los reparos a la sentencia giran alrededor de hechos o circunstancias que habrían sido indebidamente apreciados u omitidos, a pesar de ser factores influyentes "en la determinación de la sanción", el recurrente debe alegar la causal 2ª y no la 1ª. En otros términos, de acuerdo con la técnica de casación y dentro del estrecho marco de la causal 1ª, la Corte no puede saber, sin previa demostración hecha con base en la referida causal 2ª, si la buena conducta anterior del procesado, su limpio pasado judicial, el precario medio social en que le ha tocado actuar, la falta de ilustración y la situación de violencia existente en el medio en que se ejecutó el hecho, tenían tal arraigo probatorio en los autos, que fuera preciso deducirlos o aceptarlos, como fundamentos ciertos e intocables de una determinada individualización de la condena, ceñida al mínimo contemplado en el artículo 363 del C. Penal.

2.— Cuando el hecho imputado es, evidentemente, constitutivo de asesinato, bajo una de sus formas más graves, el Tribunal sentenciador está obligado a aplicar la pena prevista para el caso en el artículo 363 del Código Penal.—Si así lo hace, no interpreta erróneamente o aplica de modo indebido la ley penal. Otra cosa es que, al cumplirse el proceso de la individualización de la pena, no tenga en cuenta los claros derroteros que, para hacerla, dan los artículos 36 y 39 del Código Penal. De ser así, éstos habrían sido los erróneamente interpretados o indebidamente aplicados, y sólo por su referencia al artículo 363, éste habría sido indirectamente violado. Pero si el recurrente ni siquiera citó los mencionados artículos 36 y 39, tal omisión hace incompleta o deficiente su alegación respecto a la causal 1ª.

3.—En conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, sólo podrá aplicarse el mínimo de la pena "cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad". El texto es claro, y no significa que, en tal hipótesis, el fallador tenga, necesariamente, que aplicar el mínimo, como pueda creerse equivocadamente. Lo cual es así, no sólo por la claridad del texto mismo, sino también por la armonía que guarda con el artículo 36 del citado estatuto, el cual ordena individua-

lizar la pena, dentro de los límites señalados en la ley (y el artículo 39 señala algunos límites), pero teniéndose en cuenta no sólo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, sino también otros elementos importantísimos: gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes y personalidad del delincuente.

4.—Cuando con base en la causal 4ª, objeta el demandante que el ofendido no fue muerto en establecimiento comercial de propiedad del reo, como lo dice la cuestión formulada a los Jueces de hecho, ni pudo el mismo reo actuar con insidia y alevosía, sin haber ejecutado materialmente el crimen; y que es una grave irregularidad capaz de invalidar, por sí sola, la actuación procesal, el hecho de no haberse identificado debidamente la partida de defunción del occiso; todo esto, fuera de defectos tales como la falta de fecha, de la indicación del lugar y de la firma del Juez en las cuestiones que se presentaron al Jurado, pero no se hace una alegación completa sobre los defectos anteriores, sino que, prácticamente se limita a anotarlos, sin referencia concreta y precisa a las normas constitucionales o procesales conforme a las cuales tales defectos serían constitutivos de nulidad, no puede estimarse bien fundamentada la causal 4ª de casación.

5.—La nulidad relativa a errores, en el lugar o fecha, o a la omisión de la firma del Juez en las mismas, no es tal sino en casos especiales, pues sería extravagante que el fallo tuviera que reproducir las cuestiones en su totalidad, para conferirle validez; tampoco acarrea nulidad el error relalativo al lugar en que el delito se consumó, si se considera que resulta accidental frente al hecho cierto de haberse citado el área urbana dondé realmente acaeció. Esto tendría importancia si se hubieran presentado dudas respecto al establecimiento y si éste o su identificación jugaran algún papel sustancial en el caso.

6.—En cuanto a las circunstancias de la alevosía y la insidia, salta a la vista que, de estimarse mal deducidas por la razón sucinta de no haber el reo ejecutado materialmente el crimen, han debido ser objeto de amplio análisis dentro de la causal 2ª y no la 4ª con base en la cual se formuló la tacha. No debe perderse de vista que, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal (inciso 2º), las circunstancias personales cuyo efecto sea agravar "la sanción", se comunican al partícipe si fueron conocidas por él, sin que sea siempre obligatoria la disminución de pena autorizada por el texto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Contra el fallo del Tribunal Superior de Pereira, que impuso a Pablo Alvarez y Luis Alfonso Jaramillo la pena principal de diez y ocho años de presidio como responsables de la muerte de Julio Rodríguez, los reos interpusieron el recurso de casación, que se les concedió y se tramitó debidamente.

Sólo el procesado Jaramillo formalizó el recurso, mediante demanda elaborada por abogado inscrito en esta Corte; y como Alvarez no cumplió dicho requisito, su recurso vino a quedar de hecho desierto.

* * *

Se trata de un grave asesinato, cuyos antecedentes, gestación y consumación relató el señor Fiscal Primero Superior de Pereira, al dar su concepto de fondo, en la forma siguiente:

"Entre las ocho y las nueve de la noche del veintitrés de octubre del año pasado (1955), fue herido en repetidas veces el señor JULIO RODRIGUEZ JARAMILLO con arma de fuego de corto alcance. Esto ocurrió en el establecimiento de comercio de que él era dueño, situado en la carrera 25 —esquina— con las calles 40 y 41 de la cabecera del Municipio de Calarcá, comprendido dentro de esta jurisdicción. Lo acompañaban en ese momento algunas personas, entre ellas un hijo suyo menor, más ninguno pudo hacer algo en defensa de la víctima por lo inesperado y sorpresivo del ataque, ni nadie supo identificar al victimario, que huyó velozmente cuando cumplió su hazaña. En el momento en que era conducido al Hospital de la localidad, falleció el herido.

"En un comienzo anduvo la investigación de este insuceso completamente a oscuras. La rapidez del ataque, como el desconocimiento del atacante

por parte de los testigos, hicieron punto menos que imposible adelantar nada en el camino del esclarecimiento de este grave atentado. Mas, de un momento a otro, sin que se sepa de qué modo, a las manos de los auxiliares del Investigador fueron a dar algunos hilos claves, por los que pudo desovillarse la madeja que tan enmarañada se ofrecía. José Asdrúbal Londoño Osorio y José Eulises Valencia Ossa fueron las personas que arrojaron la luz necesaria para enrutar este proceso por caminos firmes hacia la verdad.

"Conforme a la prueba que de este modo logró recogerse, resulta que el señor Luis Alfonso Jaramillo Valencia, hombre ya de edad madura y comisionista de oficio, a los muchos quehaceres de su profesión resolvió sumar la ponderosa tarea de "limpiar" su solar nativo de elementos que, según él, fueran indeseables. Al efecto, entre las gentes que participaran de sus mismos ideales, unas veces haciendo saber su propósito, otras no, recolectó fondos para pagar o gratificar a los ejecutores materiales de los sentimientos que él profiriera por gracia del ministerio que a sí mismo se había impuesto.

"No se sabe a ciencia cierta cuáles fueron las concretas razones para que la víctima de turno, el señor Julio Rodríguez Jaramillo, pasara a figurar entre los elementos que el sindicado Jaramillo Valencia tuviera por indeseables. Parece que a aquél se le consideraba en connivencia con algunas gentes que habían consumado diversas tropelías contra adversarios políticos. En el camino de su intento Jaramillo Valencia entró a proponerle a José Eulises Valencia que matara a Rodríguez Jaramillo, estimulándolo, de paso, con el ejemplo de aquel hermano de José Eulises apodado "Fusil", que tan buenos "trabajos" había hecho allí en Calarcá.

"José Eulises Valencia se negó a realizar lo que se le proponía, mas tuvo buen cuidado de callar lo que sabía, según dice él, por la grave amenaza que Jaramillo Valencia le hiciera para el caso de que llegara a ser infidente. De un modo extraño y sospechoso, lo cierto es que, a poco andar, un incidental amigo de José Eulises, PABLO ALVAREZ, conocido dentro del hospedaje en que ambos estaban acogidos, resultó en muy buenos y frecuentes tratos con el procesado Jaramillo Valencia. De estos tratos resultó que este último le hizo a Alvarez la misma propuesta que le hubiera hecho a José Eulises, garantizando como precio de la "comisión" la suma de un mil pesos ($ 1.000.00), más "lo que se recogiera".

"Parece que algunas vacilaciones tuvo Alvarez en aceptar la macabra propuesta, más todo parece también haber nacido de la carencia en que se encontraba de arma adecuada. A esto replicó Jaramillo Valencia con que él se encargaba de esa consecución.

"Así llegó el día veintitrés precitado y durante todo él, comisionista y comisionado sostuvieron diversas conferencias a fin de ultimar los preparativos de la empresa criminal. Previamente Jaramillo Valencia había señalado la víctima a Alvarez. A eso de las siete de la noche, ambos se encaminaron al establecimiento comercial de propiedad del señor Rogelio Palacio Botero, quien al lado de los efectos de comercio lícito traficaba también con otros de carácter ilícito, como son las armas de fuego, y una vez allí, Jaramillo Valencia se adelantó dentro del establecimiento y solicitó a Palacio Botero el que le permitiera ensayar una pistola que tenía para la venta, a fin de ver si la persona que lo acompañaba —Alvarez— podía ser el comprador de ella. Como Jaramillo Valencia se responsabilizara por el valor del artefacto, Palacio Botero accedió a que la pistola fuera ensayada en sitio adecuado, y, en esa forma, Pablo Alvarez tuvo a su alcance el instrumento que le había de permitir consumar el acto homicida convenido.

"Entre las ocho y las nueve de la misma noche, Alvarez se llegó al establecimiento de la víctima, requirió de un menor, hijo de éste, la venta de unos cigarrillos, y, cuando iba a ser atendido por el infante, desenfundó la pistola y repetidas veces la martilló contra el dueño del establecimiento, o sea, el señor Rodríguez Jaramillo, quien cayó al suelo gravemente lesionado. Consumado el acto y aprovechando la confusión despertada por la sorpresa del ataque, el victimario puso pies en polvorosa, sin que nadie hubiera alcanzado a identificarlo siquiera".

* * *

LA DEMANDA DE CASACION

Dos causales, la 1ª y la 4ª (artículo 567 del Código de Procedimiento Penal), que la Corte analizará en el mismo orden, invoca el recurrente.

Respecto a la 1ª, dice, en síntesis, la demanda:

"En el caso a estudio, el sentenciador incurrió en la sentencia acusada en clara violación de la ley penal y la aplicó errónea e indebidamente y con exceso contra los procesados, como paso a demostrarlo: el artículo 363 del Código Penal fija una sanción de quince a veinticuatro años de presidio. El fallador tiene que moverse entre el

máximo y el mínimo, cuando los sindicados son hombres de conducta anterior intachable, sin antecedentes recidivantes y cuando contra los procesados no concurren circunstancias de mayor peligrosidad y en cambio militan en su favor, como en el presente caso, las siguientes circunstancias de menor peligrosidad destacadas por el sentenciador de primera instancia: la buena conducta anterior, el limpio pasado judicial, la falta de ilustración, el precario medio social en que les ha tocado operar y la situación de violencia existente en el medio en que se ejecutó el hecho".

Dos observaciones sucintas tiene que hacer la Sala, como respuesta al cargo anterior:

Primeramente, que ha debido alegarse la causal segunda, ya que los reparos del recurrente giran alrededor de hechos o circunstancias que habrían sido indebidamente apreciados u omitidos, a pesar de ser factores influyentes "en la determinación de la sanción". En otros términos, de acuerdo con la técnica de casación y dentro del estrecho marco de la causal 1ª, la Corte no puede saber, sin previa demostración hecha con base en la referida causal segunda, si la buena conducta anterior, el limpio pasado judicial, el precario medio social y los demás factores citados en la demanda, tenían tal arraigo probatorio en los autos, que fuera preciso deducirlos o aceptarlos, como fundamentos ciertos e intocables de una determinada individualización de la condena, ceñida al mínimo contemplado en el artículo 363 del Código Penal.

En segundo término, se anota que el hecho imputado es, evidentemente constitutivo de asesinato, bajo una de sus formas más graves, lo cual imponía la obligación al Tribunal sentenciador de aplicar la pena prevista para el caso en el artículo 363 del Código Penal, que fue, precisamente, el que se aplicó. Por lo tanto, no es exacto, desde tal punto de vista, que la ley penal hubiera sido erróneamente interpretada o indebidamente aplicada. Otra cosa es que, al cumplirse el proceso de la individualización de la pena, no se hubieran tenido en cuenta los claros derroteros que, para hacerla, dan los artículos 36 y 39 del Código Penal. De ser así, éstos habrían sido los erróneamente interpretados o indebidamente aplicados, y sólo por su referencia al artículo 363, éste habría sido **indirectamente** violado. Pero el recurrente ni siquiera citó los mencionados artículos 36 y 39, omisión ésta que hace incompleta o deficiente su alegación respecto a la causal 1ª.

No obstante lo anterior, que sería fundamento suficiente para rechazar el cargo, la Sala advierte:

En conformidad con lo dispuesto en el art. 39 del Código Penal, sólo podrá aplicarse el mínimo de la pena "cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad". El texto es claro, y no significa que, en tal hipótesis, el fallador tenga, necesariamente, que aplicar el mínimo, como parece creerlo el demandante. Lo cual es así, no sólo por la claridad del texto mismo, sino también por la armonía que guarda con el artículo 36 del aludido Código, el cual ordena individualizar la pena, dentro de los límites señalados en la ley (y el artículo 39 señala algunos límites), pero teniéndose en cuenta no sólo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, si no también otros elementos importantísimos: gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes y personalidad del delincuente.

La sentencia del Tribunal, aunque ha podido y debido ser más explícita y razonada al respecto, sí anota que "el hecho reviste las características de un verdadero asesinato, no sólo porque fue ejecutado por "precio o promesa remuneratoria" (ordinal 9º, artículo 363 del Código Penal), sino con insidia y alevosía, que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad. ....El señor Juez sólo apreció la circunstancia modificadora del ordinal 9º del artículo 363, pero deben tenerse en cuenta las otras dos expresadas, ya que también concurrieron en el caso".

Agrega el mismo fallo que "dada la gravedad del ilícito, su forma, las varias agravantes por las cuales tomó el rango de asesinato, etc.", procede el aumento de la pena a diez y ocho años de presidio, que es la que se dedujo en la parte resolutiva, y no a los veintidós, que cita la parte motiva. Se tuvo, pues, en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 citado, que confiere al fallador un claro arbitrio; y la demanda no demuestra, en forma alguna, que tal arbitrio haya sido defectuosamente ejercido. De consiguiente, no prospera el cargo.

En cuanto a la causal 4ª, objeta el demandante que el ofendido no fue muerto en establecimiento comercial de propiedad del reo Jaramillo Valencia, como lo dice la cuestión formulada a los jueces de hecho, ni pudo el mismo reo actuar con insidia y alevosía, sin haber ejecutado materialmente el crimen. Y agrega que es una grave irregularidad capaz de invalidar, por sí sola, la actuación procesal, el hecho de no haberse identificado debidamente la partida de defunción del occiso. Todo esto, fuéra de defectos tales como la falta de fecha, de la indicación del lugar y de la firma del

Juez en las cuestiones que se presentaron al Jurado.

Se observa, primeramente, que el demandante no hizo una alegación completa sobre los defectos anteriores, sino que, prácticamente, se limitó a anotarlos, sin referencia concreta y precisa a las normas constitucionales o procesales conforme a las cuales tales defectos serían constitutivos de nulidad.

Realmente, ninguna de tales tachas es suficiente para considerar inválida la actuación. No la relativa al lugar, fecha y firma del Juez en las cuestiones, que aparecen claros en éstas y que sería extravagante que el fallo tuviera que reproducir en su totalidad, para conferirle validez; tampoco lo tocante al lugar en que el delito se consumó, ya que él resulta accidental frente al hecho cierto de haberse citado "el área urbana de Calarcá", donde realmente se cometió. Esto tendría importancia si se hubieran presentado dudas respecto al local o establecimiento y si éste o su identificación jugaran algún papel sustancial en el caso. En cuanto a las circunstancias de la alevosía y la insidia, salta a la vista que, de estimarse mal deducidas por la razón sucinta invocada en la demanda, han debido ser objeto de amplio análisis dentro de la causal 2ª, que no se alegó.

Mas no debe perderse de vista que, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal (inciso 2º), las circunstancias personales cuyo efecto sea agravar "la sanción", se comunican al partícipe, si fueron conocidas por él, sin que sea siempre obligatoria la disminución de pena autorizada por el texto. Tal sería el fundamento de la imputación concreta que los dos fallos, el de primera y de segunda instancia, hicieron de la insidia y la alevosía contra el reo, aunque con diversas consecuencias. Y aunque pueda anotarse un defecto de técnica a dicha deducción, ya se dijo que han debido alegarse sobre la base de la causal 2ª, pues aquel defecto no es, por sí solo, motivo de nulidad.

Finalmentte, ninguna falta hacia la identificación de la partida de defunción, porque ésta no es la prueba específica del cuerpo del delito de homicidio y porque, en los autos, quedó claramente establecida la muerte del occiso, y no de otra persona que hubiera sido confundida con él.

En resumen, tampoco prospera la causal 4ª en el caso, como lo anota el señor Procurador en su Vista, en que es de igual parecer respecto a la causal 1ª.

* * *

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con los conceptos del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez. — Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Luis Eduardo Mejía Jiménez.—Simón Montero Torres.—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — SI EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA DEL SINDICADO SE DIFICULTA, ESTO ES POR SI SOLO MOTIVO SUFICIENTE PARA DECRETAR EL CAMBIO. — INICIATIVA DE ESTE ORIGINADA EN LAS AUTORIDADES U ORGANOS DE JUSTICIA.—QUE INDICA

Como el derecho de defensa del sindicado debe rodearse de las más amplias garantías, las especiales dificultades con que haya tropezado y pueda continuar tropezando su ejercicio, por sí solas serían suficientes para acceder a la solicitud que se haga sobre cambio de radicación del proceso.

La iniciativa del cambio originada en las autoridades u órganos de justicia, y no en los procesados, es, en tales casos, una laudable preocupación porque campee, en su plenitud, el mencionado derecho de defensa por encima de los prejuicios a que pudiera haber dado lugar el escándalo o la alarma social nacidos del delito o delitos.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.— Bogotá, veintitrés de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

Por conducto del señor Ministro de Justicia, el Gobierno ha solicitado el concepto de esta Corte respecto al cambio de radicación del proceso que, por homicidio y otros cargos, se adelanta en uno de los Juzgados Superiores de Medellín, contra Héctor Elías David Rodríguez y otros, en relación con los hechos ocurridos en la misma ciudad, en que perdió la vida el doctor **Fabio Arbeláez Cifuentes**

Prohija el señor Ministro las razones expuestas por el señor Visitador del Departamento de Vigilancia Judicial, doctor Luis E. David O. y del señor Fiscal Tercero Superior de Medellín, respecto a la conveniencia y necesidad del cambio de radicación. En efecto, el aludido Fiscal expresa en su petición

"1º.—Los ofendidos, especialmente el occiso doctor Arbeláez Cifuentes y el lesionado doctor Ochoa González, por pertenecer éstos al cuerpo de abogados antioqueños, gozaban de una especial estimación dentro del círculo de los profesionales del derecho. Esta circunstancia ha hecho **que los procesados se hayan visto privados, en su mayoría, de apoderados expertos que los asistan en las diligencias investigativas, puesto que muchos abogados se han negado a prestar el servicio, con evasivas y de distinta índole.** El funcionario instructor se vio en la necesidad de nombrar apoderados oficiosos, **ajenos al derecho,** para que asistieran a la indagatoria de los sindicados. Si no se variase la radicación del negocio de la referencia, **la justicia antioqueña se vería en dificultades para conseguir defensores a los procesados.**

2º. — El doctor Arbeláez Cifuentes ocupó por varios años una de las Fiscalías Superiores de Medellín, y por esta razón adquirió vínculos perdurables de amistad con la mayoría de las personas que ocupan en la actualidad los Juzgados Superiores de Medellín y plazas en el Tribunal Superior. La mayoría de estos funcionarios se verían en al obligación de declararse impedidos para conocer del asunto. El doctor Luis Eduardo Mesa Velásquez, actual Juez Tercero Superior, íntegro e incorruptible, hubo de declararse impedido en otro negocio en el que figuró como ofendido de tentativa de asesinato precisamente el Dr. Ochoa González, uno de los lesionados de ahora. Posiblemente en este negocio obre de igual manera, y no sería extraño que así procediesen otros Jueces y Magistrados.

"3º. — Uno de los ofendidos, como lo expresó antes, es empleado del Juzgado Segundo Superior, y el Juez Vélez Platín se encontraba en compañía de los perjudicados cuando ocurrió el ataque.

"4º—Varios Magistrados de la Sala Penal del H. Tribunal Superior, entre ellos los doctores Humberto Carrasquilla R., Luis Javier Velásquez M. y Gustavo Rendón G., al igual que el doctor Arturo Posada R., Fiscal Primero de la Corporación, en conversaciones sostenidas con ellos, han manifestado que sería muy conveniente para el buen nombre de la justicia que se adoptase la medida que respetuosamente invoco.

"Por las someras razones expuestas creo que es el caso de que el Gobierno haga uso de la facultad que le confiere el artículo 58 del Código de

Procedimento Penal, en el proceso a que he aludido, propiciando así el juzgamiento en un medio social desprevenido e imparcial, lo que garantizaría a plenitud la guarda de los derechos procesales de las partes y los permanentes intereses de la justicia".

Como puede observarse, son de gran peso las razones invocadas para la medida excepcional del cambio de radicación, y todas ellas concurren armónicamente en sus aspectos generales, que la Sala prohija en lo esencial, a la justificación de tal medida.

Debe ponerse de relieve la circunstancia relacionada con las especiales dificultades con que ha tropezado y tropezará el derecho de defensa, que debe rodearse de las más amplias garantías, y la cual sería, por sí sola, suficiente para acceder a la petición del aludido Fiscal. Y no sobra hacer notar que, en este caso, la iniciativa del cambio, originada en las autoridades u órganos de justicia, y no en los procesados, muestra una laudable preocupación porque campee, en su plenitud, el mencionado derecho de defensa, por encima de los prejuicios a que pudiera haber dado lugar el escándalo o la alarma social nacidos del delito o delitos.

En armonía con lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, acorde con lo previsto en el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal conceptúa favorablemente al cambio de radicación solicitado.

Cópiese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez.—Antonio Vicente Arenas.—Gabriel Carreño Mallarino.—Simón Montero Torres.—Luis Eduardo Mejía Jiménez.— Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — LA LEY NO LO SUBORDINA A REGLAS ABSOLUTAS. — SI LA INFLUENCIA DE QUE GOZAN LOS ACUSADOS DETERMINA GRAVES IRREGULARIDADES EN EL PROCESO, LA INICIATIVA DEL CAMBIO SE JUSTIFICA PLENAMENTE

La ley no subordina a reglas absolutas el cambio de radicación de un proceso criminal de un distrito judicial a otro. El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal deja tal medida al prudente arbitrio del Gobierno y de la Corte, y sólo exige para poder adoptarla el acuerdo de estas entidades, en cada caso concreto, sobre su conveniencia para la recta administración de justicia.

Si la influencia de que gozan los acusados ha determinado graves irregularidades, atribuídas a funsionarios públicos, en virtud de las cuales ha sufrido notorio detrimento la marcha normal del proceso, se justifica plenamente la iniciativa que tome el Ministro de Justicia de radicarlo en un distrito judicial distinto del que le corresponde en razón del lugar en que se cometieron los hechos materia de la investigación.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, octubre veinticuatro de mil novecientos cincuenta y ocho.

El señor Ministro de Justicia solicita a la Corte emitir concepto sobre la conveniencia de radicar en un distrito judicial distinto del de Santa Marta el proceso que se adelanta en éste contra los señores Mario Pinedo Barros, coronel Ignacio Rengifo, teniente Luis E. Aponte, Francisco Robles y Víctor Sotomayor por los delitos de despojo, falsedad y detención arbitraria.

Como fundamento de esta oficiosa petición aduce los siguientes hechos: "a) Que se trata de un negocio en que los procesados son personas de influencias y vinculaciones en el Distrito Judicial en donde se ventila el proceso; b) Que las características del delito y la forma como se realizó han provocado la natural indignación en todos los círculos sociales; c) Que de acuerdo con el informe rendido por un Visitador de este Ministerio, que me permito acompañar para una mejor ilustración, el Juez Segundo Superior de Santa Marta ha entorpecido y retardado la correcta instrucción sumarial haciendo ineficaz la recta administración de justicia; y d) Que los Jueces 1º y 2º Superiores del Distrito Judicial mencionado se han declarado impedidos para conocer del negocio".

Del aludido informe se desprenden, entre otros, estos datos: 1º—Que los hechos investigados son generadores de graves perjuicios económicos y sociales para toda la región de la Guajira, particularmente para muchos campesinos, trabajadores y colonos, y que de ellos se sindica a "personajes de cierta y reconocida influencia" y ampliamente conocidos "en las regiones del litoral Atlántico"; 2º.—Hasta el 14 de diciembre último el Juez 47 de Instrucción Criminal, encargado de la investigación, había practicado numerosas diligencias, y el expediente tenía unos 700 folios; 3º.—En dicha fecha el instructor dictó auto de detención contra los incriminados, y el mismo día "el sindicado Mario Pinedo pidió por escrito ante el Juez Segundo Superior, doctor Royero, éste solicitase al Juez 47 la remisión del sumario 'en el estado en que se encontrara', petición llana a la que accedió de inmediato y sin fundamento o conocimiento de causa, el Juez Segundo Superior. La parte interesada en la remisión del negocio, obtuvo del Juzgado, acto seguido, envío de **marconigrama urgente**, pagado por aquélla, al Juez 47 a Riohacha en que se pedía la remisión de las sumarias"; 4º—El 16 de diciembre recibió el proceso el funcionario solicitante, y sin haberlo sometido a reparto, el día siguiente hábil, tras de admitir y posesionar a "nuevos apoderados del sindicado y ordenado detener Mario Pinedo, al tenor de poder presentado por dicho sindicado en Santa Marta el **mismo 18** ante el Juzgado Penal Municipal de ese lugar", comisionó "tal como se solicitó por el apoderado de Mario Pinedo, con amplias y extensas facultades al Inspector Departamental de Policía para continuar la investigación y resolver todo incidente o solicitud", y dio cumplimiento al auto respectivo; 5º.—El funcionario comisionado se limitó, durante un mes que tuvo el negocio en su poder, a revocar el auto de detención respecto de Mario Pinedo y disponer que se sacaran copias de todo lo actuado con destino al apoderado de

éste, lo cual se estaba realizando por persona que no es empleada de la Inspección.

El señor Juez Segundo Superior de Santa Marta informa, en despacho telegráfico adjunto a la solicitud, que tanto él como el Juez Primero Superior, a quien le correspondió el negocio al repartirse, se declararon impedidos para avocar su conocimiento, por lo que se espera sea nombrado un Juez —ad-hoc— para este proceso.

Se considera:

La ley no subordina a reglas absolutas el cambio de radicación de un proceso criminal de un distrito judicial a otro. El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal deja tal medida al prudente arbitrio del Gobierno y de la Corte, y sólo exige para poder adoptarla el acuerdo de estas entidades, en cada caso concreto, sobre su conveniencia para la recta adimnistración de justicia.

En la presente oportunidad es probable que la influencia de que se dice gozan los acusados haya determinado las graves irregularidades, que deben averiguarse, atribuídas al Juez Segundo Superior de Santa Marta y al Inspector Departamental de Policía, y en virtud de las cuales ha sufrido notorio detrimento la normal marcha del proceso. Por ello se justifica plenamente la iniciativa tomada por el señor Ministro de Justicia de radicarlo en un distrito judicial distinto del que le corresponde en razón del lugar en que se cometieron los hechos materia de la investigación.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala Penal— emite concepto FAVORABLE al cambio de radicación solicitado, y dispone investigar los posibles delitos o faltas en que hubieran podido incurrir el señor Juez Segundo Superior de Santa Marta, doctor Víctor M. Royero, y el Inspector Departamental de Policía del Magdalena, señor Isaac Gómez B., para lo cual el Ministerio debe enviar los documentos pertinentes a los funcionarios de la competencia.

Cópiese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas— Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

AMNISTIA. — PARA PROBAR UNA CIRCUNSTANCIA EXTINTIVA DE LA RESPONSABILIDAD, NO SON IDONEAS SIMPLES DECLARACIONES EXTRAJUDICIALES

Conforme al sistema del Código de Procedimiento Penal, aplicable a todos los juicios, para que un hecho o circunstancia puedan admitirse como ciertos es menester que se hayan acreditado dentro del proceso, y no fuera de él, con plena prueba (artículo 205), pues su artículo 207 establece que "no se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario instructor". Y tratándose concretamente de la testimonial, es preciso que haya podido ser controvertida en su origen, por cuanto el artículo 241 de dicha obra dispone que "el Juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, y las demás personas que tengan derecho a intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para esclarecer mejor los hechos". Por todo lo cual se concluye que simples declaraciones extrajudiciales no son idóneas para probar una circunstancia extintiva de la responsabilidad, como es la amnistía.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, octubre treinta de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

Por apelación concedida al mandatario de los acusados, corresponde a la Corte revisar el auto proferido por el Tribunal Superior Militar en el juicio que por el delito de robo se adelanta contra Guillermo Rodríguez Sánchez, Gregorio Cortés Hernández y otros en el Juzgado Municipal de Villeta, y en el cual declaró "que no hay lugar al beneficio de amnistía".

Examinados cuidadosamente los autos, no se encuentra en ellos prueba alguna, legalmente producida dentro del proceso, de la cual pueda inferirse que los hechos imputados a los reos hayan tenido como móvil "el ataque al Gobierno, o que puedan explicarse por extralimitación en el apoyo o adversión a éste, por aversión o sectarismo políticos" (Artículo 1º del Decreto 1.823 de 1954). Mas pretende el recurrente fundamentar su demanda de amnistía en una serie de declaraciones extrajudiciales encaminadas a demostrar la existencia de algunos de los expresados motivos determinantes.

Para resolver, se considera:

Conforme al sistema del Código de Procedimiento Penal, aplicable a todos los juicios, para que un hecho o circunstancia puedan admitirse como ciertos es menester que se hayan acreditado dentro del proceso, y no fuera de él, con plena prueba (artículo 205), pues su artículo 207 establece que "no se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario instructor". Y tratándose concretamente de la testimonial, es preciso que haya podido ser controvertida en su origen, por cuanto el artículo 241 de dicha obra dispone que "el Juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, y las demás personas que tengan derecho a intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para esclarecer mejor los hechos". Por todo lo cual se concluye que simples declaraciones extrajudiciales no son idóneas para probar una circunstancia extintiva de la responsabilidad, como es la amnistía.

En consecuecnia, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **confirma** el auto apelado.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

LOS PARTICULARES, EN ESTRICTA TECNICA, SOLO PUEDEN PEDIR O EJERCITAR SUS ACCIONES ANTE LAS AUTORIDADES, PERO NO PUEDEN "COMISIONARLAS" VALIDAMENTE PARA QUE ESTAS LES PRESTEN PROTECCION O LES HAGAN EFECTIVOS SUS DERECHOS. — ES CENSURABLE LA CONDUCTA DEL ABOGADO QUE PROCEDE A ESTAS "COMISIONES" A SABIENDAS

1.—En estricta técnica, los particulares no pueden comisionar válidamente a las autoridades, para que éstas les presten protección o les hagan efectivos sus derechos. Sólo pueden pedir o ejercitar ante ellas sus acciones, bien entendido que el acogimiento o buen suceso de éstas se halla supeditado, inicialmente, a la competencia que las leyes hayan conferido a dichas autoridades para tramitar o fallar tales solicitudes y acciones.

2.—Es censurable la conducta del abogado que hace peticiones a las autoridades de Policía, a sabiendas de su incompetencia, para asuntos que deben tramitarse ante las autoridades jurisdiccionales.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, cinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Bogotá conoció, por apelación interpuesta por la parte ejecutada, del juicio ejecutivo de la "Cardinal Export Corporation" contra Enrique Correa, dentro del cual juicio se ordenó el levantamiento del secuestro que pesaba sobre un automóvil marca "Mercury", número 8738, lo cual motivó la inconformidad de la referida parte.

Al decidir sobre el recurso, el Tribunal encontró confusa la posición profesional del doctor Mario Bejarano Muñoz, y, por esta causa, ordenó investigación de oficio, para los efectos de la Ley 69 de 1945, la cual culminó en el auto de sobreseimiento definitivo, de fecha 22 de julio último, proferido por el mismo Tribunal en favor del doctor Bejarano Muñoz, auto de que conoce la Sala en virtud de la consulta legal.

* * *

El 27 de octubre de 1953, el doctor Bejarano Muñoz, a nombre de la "Cardinal Export Corporation", de Nueva York, celebró con el señor Enrique Correa una especie de transacción, en la cual se estipuló: a) El traspaso por el último a la mencionada entidad, de un vehículo marca "Mercury", modelo 1950; b) La constitución del mismo vehículo en depósito "a la orden", que sería conservado o custodiado por Correa, con la obligación de entregarlo al doctor Bejarano o a quien éste comisionara, "tan pronto como así se le exija". En otros términos, se estipuló, en forma expresa, lo que, de acuerdo con la ley colombiana, es de la naturaleza del contrato de depósito, ya que, en conformidad con el artículo 2.251 del Código Civil, "la restitución es a voluntad del depositante", y, según el artículo 2 252 ibídem, "la obligación de guardar la cosa dura hasta que el depositante la pida".

El 30 de agosto de 1954, el doctor Bejarano dirigió a una de las autoridades de Policía la siguiente nota:

"Señor Comandante de la Compañía de Circulación y Tránsito de la División Bogotá.—E. S. D. —En forma muy atenta ruego a usted impartir las órdenes del caso para que los vehículos que más adelante describo sean puestos a mi disposición como legítimo dueño de ellos que soy, según consta en las Tarjetas de propiedad expedidas por el municipio de Bogotá que con la presente le adjunto con carácter devolutivo. — Los dichos vehículos han sido dados en depósito al señor Luis Enrique Correa, pero con la obligación expresa para éste de entregarlos inmediatamente se los pida o entregárselos a cualquiera persona que yo designe para tal efecto. En consecuencia, esta nota sirve como autorización para exigirle la entrega".

Ni cortos ni perezosos, los empleados del Tránsito procedieron, en respuesta al memorial anterior, a apoderarse del automóvil "Mercury", que el 31 del mismo mes hallaron estacionado en una de las calles de la capital, y que se entregó

al doctor Bejarano el 8 de septiembre siguiente, por orden del Comando de la Compañía de Circulación y Tránsito.

* * *

Se pretendió o creyó, inicialmente, que el doctor Bejarano había apelado a una especie de vía de hecho, para obtener la entrega o posesión material del mencionado vehículo. Pero es evidente que ello no ocurrió, pues fueron las autoridades las que actuaron, en la forma dicha.

También se insinuó, en el auto que ordenó la investigación, que el doctor Bejarano había faltado a su deber, por no haber ocurrido a la vía judicial, en demanda de la restitución del automóvil.

El auto consultado dice, a este respecto:

"No pidió el doctor Bejarano la captura de los vehículos, ni cosa por el estilo. **Comisionó** a la Compañía de Circulación y Tránsito de la División de Bogotá para que los reclamara de Correa y le expresó al señor Comandante de la misma que, "en consecuencia ésta nota sirve como autorización para exigirle la entrega".

"Así las cosas, no era del resorte de Bejarano Muñoz el procedimiento de la mencionada Compañía de Circulación y Tránsito para obtener la entrega de los vehículos, ni la manera como se llevara a término su solicitud, pues le expresó al señor Comandante que la nota le servía como autorización para exigirle a Correa la entrega, lo que quiere decir, para que se entendiera directamente con dicho señor y le exigiera la entrega de los vehículos. Sólo si Correa se negaba a ello era procedente la vía judicial, como lo dice el auto. Si la autoridad **comisionada** procedió en forma diferente, no es cosa que se le pueda deducir a Bejarano Muñoz, pues él, como ya se vio, simplemente **autorizó** al Comando de la Compañía de Circulación y Tránsito para lograr la entrega de los vehículos, mas no para arrebatarlos a éste en la forma de que se tiene conocimiento". (Subrayas de la Sala).

No comparte esta Sala los razonamientos anteriores, por la manifiesta impropiedad de los conceptos y los términos que los enmarcan. En estricta técnica los particulares no pueden **comisionar** válidamente a las autoridades, para que éstas les presten protección o les hagan efectivos sus derechos. Sólo pueden pedir o ejercitar ante ellas sus acciones, bien entendido que el acogimiento o buen suceso de éstas se halla supeditado, inicialmente, a la competencia que las leyes hayan conferido a dichas autoridades para tramitar o fallar tales solicitudes y acciones.

No es, por lo tanto, justificación suficiente en el caso, la pretendida comisión o autorización del doctor Bejarano Muñoz para las autoridades de Policía, que son manifiestamente extravagantes y han debido ser rechazadas por los "comisionados".

Salta a la vista que, si el doctor Bejarano quería obtener la restitución del vehículo o vehículos depositados conforme al contrato respectivo, ha debido ocurrir a las autoridades jurisdiccionales, si el depositario se manifestaba renuente a la entrega voluntaria. En el momento en que esta renuencia se produjera, surgía un conflicto de intereses contrapuestos, relativo a la manera como las partes interpretaban un contrato privado o las obligaciones correlativas. Se trataba, entonces, de un asunto contencioso, de la zona del derecho privado, cuyos trámites y decisión reservaron las leyes sobre jurisdicción y competencia a las autoridades del orden judicial, y no a las de la rama ejecutiva, a que pertenece la Policía.

La manera como el automóvil "Mercury" aludido se le quitó al tenedor o depositario, implica, en el orden objetivo, un manifiesto abuso o desviación de poder; el cual fue posible, entre otras causas, por el valor entendido que encarna la solicitud del doctor Bejarano, hecha a quien, debía saberlo, carecía de competencia aun para un simple requerimiento. Desde este último punto de vista, tal conducta aparece objetivamente censurable.

Si en los autos se hubiera establecido, sin lugar a dudas, que la referida "comisión" se hizo a sabiendas de la incompetencia de la autoridad policiva y con el ánimo de aprovechar su falta de conocimiento jurídicos, su predisposición para el atropello u otro elemento análogo que dejase clara la dirección dolosa de la conducta del procesado, habría que llegar a conclusión distinta de la adoptada en el auto que se revisa. Pero dicha prueba no existe, y no puede ni debe presumirse la mala fé. Mucho menos, si se tiene en cuenta que, por causa de factores diversos, las instituciones jurídicas colombianas se han vuelto caóticas, en muchos aspectos, en especial en lo relativo a la delimitación de competencias entre la rama jurisdiccional y las otras ramas del Poder Público.

* * *

También se estipuló, en el contrato a que se hizo referencia, que "En caso de incumplimiento

por parte de Correa, Cardinal adquiere inmediatamente derecho para vender los dos vehículos antes mencionados y para abonar a cuenta lo que recibiere por precio de ellos, deduciendo previamente los gastos que hubiere hecho por reparaciones de los vehículos, impuestos, multas, comisiones, etc.".

En el juicio ejecutivo cuyo conocimiento, en segunda instancia, determinó la investigación, se acreditó que el automóvil "Mercury" había sido vendido por el doctor Bejarano al señor Alvaro Orejuela, no obstante lo cual no aparecía que el valor de dicha venta hubiera sido abonado a la cuenta del mismo Correa. Esto se tuvo por sospechoso.

En este respecto, se dice en el auto consultado:

"Acoge el Tribunal sobre el particular lo dicho por el señor Fiscal en su concepto de que 'según lo expresa el acusado doctor Bejarano y lo corrobora la Cardinal Export Corporation, en carta que se lee a folios 35 del expediente, autenticada ante el Cónsul de Colombia, el trato de la venta hecha por Cardinal al señor Orejuela fue resuelto en vista del juicio iniciado por el señor Correa. Es evidente que en tales circunstancias no podía habérsele hecho abono alguno a dicho señor Correa. Y es también cierto que el abono correspondía hacerlo, en caso de que hubiera sido efectivo algún saldo a favor del mencionado señor Correa, a la Cardinal Export Corporation y no al señor Bejarano. Y la misma entidad, en la mencionada carta absuelve al doctor Bejarano de todo cargo y le expresa su confianza, cómo puede apreciarse con la lectura de dicha carta'. A lo cual se puede agregar que, como el contrato celebrado entre "Cardinal Export Corporation" y el doctor Orejuela fue resuelto por no poderse llevar a efecto la venta del vehículo, ya que éste se encontraba embargado, ningún abono podía llevarse a su cuenta".

"Por lo demás, se observa, como lo hace el doctor Bejarano al descorrer el traslado para sus descargos, que era imposible que en el juicio ejecutivo que estimó y falló el H. Magistrado Esguerra Samper, se encontraran consignadas de manera cabal todos estos datos (sic), para dejar claramente establecido el proceder del mencionado abogado, ya qué allí ninguna discusión o reclamo se planteó sobre el particular".

En resumen:

Al vencerse el plazo estipulado en el documento tantas veces aludido, el doctor Bejarano adelantó el juicio ejecutivo que, a virtud del contrato constante en tal documento, había sido objeto de suspensión; al notificarse el mandamiento de pago o adelantarse la ejecución, el señor Correa presentó para el pago el automóvil "Mercury, **a sabiendas de que no era su dueño;** el Juez, en obedecimiento a claros preceptos legales, decretó el embargo y secuestro de dicho vehículo; se opuso el doctor Bejarano, sosteniendo, precisamente, que el ejecutado no era dueño del objeto presentado para el pago; se estimó infundada la oposición en auto del mismo Juez; apeló el ejecutado Correa; confirmó el Tribunal la decisión del inferior y ordenó investigar la conducta del doctor Bejarano. Y, precisamente por ello, porque el automóvil vendido a Alvaro Orejuela había sido, entre tanto, objeto de embargo y secuestro, tal venta no quedó en firme, ni se exigió el precio al comprador, ni se hizo abono de dicho precio en la cuenta del ejecutado Correa con la "Cardinal Export Corporation", abono que, por otra parte, no tenía por qué constar dentro del juicio ejecutivo.

Salta a la vista, por lo expuesto, que el auto de sobreseimiento debe ser confirmado.

* * *

En armonía con lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia consultada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario

EL TITULO, LA POSESION Y LA INVESTIDURA, SON LOS PRESUPUESTOS QUE DEBEN CONCURRIR EN UN FUNCIONARIO PUBLICO, PARA SER LO QUE SE DENOMINA EN LA DOCTRINA "FUNCIONARIO DE DERECHO". — LA EXISTENCIA MATERIAL DEL PRIMERO Y EL ULTIMO DE LOS ANTERIORES REQUISITOS ES ESENCIAL AL CARACTER DE FUNCIONARIO. — USURPADOR DE FUNCIONES.— LOS ACTOS PUBLICOS QUE REALICE EL USURPADOR, SON JURIDICAMENTE INVALIDOS.—QUIEN HAYA OBTENIDO EL TITULO Y LA POSESION, NO ES SINO UN FUNCIONARIO EN POTENCIA MIENTRAS NO ADQUIERA LA INVESTIDURA. — EL TITULO DEFICIENTE O INVALIDO DE UN FUNCIONARIO, NO AFECTA LA VALIDEZ DE LOS ACTOS PUBLICOS QUE REALIZA. — RESPONSABILIDAD PENAL DEL FUNCIONARIO DE HECHO

En un funcionario público deben concurrir, para ser lo que se denomina en la doctrina funcionario de derecho, los siguientes presupuestos: a) — El título, emanado del nombramiento (decreto, elección, resolución, etc.), y que se perfecciona con la confirmación en los casos pertinentes, el cual se demuestra por medio de copias de los actos respectivos; b).—La posesión, consistente en el juramento que presta el interesado "de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban" (artículo 251 del C. de R. P. y M.), la que también se acredita mediante copia del documento en que ella conste, y c).— La investidura, vale decir, el efectivo ejercicio del cargo, la cual puede estalecerse con certificaciones de la autoridad que tenga conocimiento de ella o con los demás medios ordinarios de prueba, inclusive con los propios actos públicos del funcionario.

La existencia material del primero y el último de los anteriores requisitos es esencial al carácter de funcionario. Quien se haya posesionado de un cargo y asumido la investidura, con absoluta carencia de título, no es más que un usurpador, cuyos actos públicos son jurídicamente inválidos, y no responde por éstos sino como particular y por el delito de usurpación de funciones. A su vez quien haya obtenido el título y la posesión, no es sino un funcionario en potencia mientras no adquiera la investidura.

No ocurre en cambio lo mismo con la posesión, cuya falta de origen, si concurren los otros dos presupuestos, al llamado funcionario de hecho, el cual realiza actos públicos jurídicamente válidos y responde por su gestión como si fuera funcionario de jure, como expresamente lo indican los artículos 7º del Código Judicial y 252 del C. de R. P. M. Otro tanto puede decirse de quien tiene un título deficiente o inválido, cuyo vicio no afecta la validez de los actos públicos que realiza, según los modernos expositores de derecho administrativo, y es sobre todo indiferente para los efectos penales, pues para éstos, como lo anota Maggiore, "basta el ejercicio de hecho de las funciones públicas, y al Juez no le queda otra posibilidad de control que la de comprobar la existencia de hecho del nombramiento mismo, como título de toma de posesión".

De lo expuesto es preciso concluír que para establecer la calidad de funcionario público en una persona, lo primero que importa acreditar es su título de tal.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre cinco de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, al evacuar el traslado del proceso por prevaricato contra el doctor GUSTAVO RODRIGUEZ OLAYA por actos que se dice ejecutó como Juez Penal del Circuito del Espinal, venido a la Corte en consulta de la providencia mediante la cual el Tribunal Superior de Ibagué ordenó cesar todo procedimiento contra el imputado, ma-

nifiesta "que por ahora no es el caso de conceptuar sobre el fondo del negocio, pues en él no se ha comprobado aún el carácter de funcionario jurisdiccional que concurre en el doctor Rodríguez Olaya, y, por lo mismo no se halla establecida la competencia en el presente negocio....", y pide, de consiguiente, sea revocada aquélla para que se traiga al expediente "copia del Acuerdo de nombramiento y su confirmación".

Revisado el informativo, se advierte la inexistencia de la prueba que echa de menos el señor Agente del Ministerio Público.

Para resolver, se considera:

En un funcionario público deben concurrir, para ser lo que se denomina en la doctrina **funcionario de derecho**, los siguientes presupuestos: a) El título, emanado del nombramiento (decreto, elección, resolución, etc.), y que se perfecciona con la confirmación en los casos pertinentes, el cual se demuestra por medio de copias de los actos respectivos; b) La **posesión**, consistente en el juramento que presta el interesado "de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban" (artículo 251 del C. de R. P. y M.), la que también se acredita mediante copia del documento en que ella conste, y c) La **investidura**, vale decir, el efectivo ejercicio del cargo, la cual puede establecerse con certificaciones de la autoridad que tenga conocimiento de ella o con los demás medios ordinarios de prueba, inclusive con los propios actos públicos del funcionario.

La existencia material del primero y el último de los anteriores requisitos es esencial al carácter de funcionario. Quien se haya posesionado de un cargo y asumido la investidura, con absoluta carencia de título, no es más que un **usurpador**, cuyos actos públicos son jurídicamente inválidos, y no responde por éstos sino como particular y por el delito de usurpación de funciones. A su vez, quien haya obtenido el título y la posesión, no es sino un funcionario en potencia mientras no adquiera la investidura.

No ocurre, en cambio, lo mismo con la posesión, cuya falta de origen, si concurren los otros dos presupuestos, al llamado **funcionario de hecho**, el cual realiza actos públicos jurídicamente válidos y responde por su gestión como si fuera **funcionario de jure**, como expresamente lo indican los artículos 7º del Código Judicial y 252 del C. de R. P. y M. Otro tanto puede decirse de quien tiene un título deficiente o inválido, cuyo vicio no afecta la validez de los actos públicos que realiza, según los modernos expositores de derecho administrativo, y es sobre todo indiferente para los efectos penales, pues para éstos, como lo anota Maggiore, "basta el ejercicio de hecho de las funciones públicas, y al Juez no le queda otra posibilidad de control que la de comprobar la existencia **de hecho** del nombramiento mismo, como título de toma de posesión".

De lo expuesto es preciso concluír que para establecer la calidad de funcionario público en una persona, lo primero que importa acreditar es su título de tal. Es, por lo tanto, procedente la solicitud del señor Agente del Ministerio Público.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con su colaborador Fiscal, revoca la providencia consultada, para que el **a-quo practique** las pruebas que definan el problema de la competencia.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Antonio Vicente Arenas—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

LAS "CAUSAS DE RESPONSABILIDAD" SON LAS ORIGINADAS EN DELITOS (O FALTAS) QUE SOLO PUEDEN COMETER MIEMBROS DE LA ADMINISTRACION PUBLICA EN SU CARACTER DE TALES.— EN EL SUPUESTO CASO DE FALTA DE PRUEBAS SUFICIENTES PARA LLAMAR A JUICIO, LO PERTINENTE, LEGAL Y JURIDICO, ES EL SOBRESEIMIENTO TEMPORAL Y NO EL DEFINITIVO

1.—No define la ley colombiana la expresión "causas de responsabilidad", empleada por el artículo 44 y otras disposiciones del Código de Procedimiento Penal.—Pero como ella es referida siempre a infracciones penales de personas investidas de funciones públicas, debe entenderse que dichas causas son las originadas en delitos (o faltas) que sólo pueden cometer miembros de la administración pública en su carácter de tales, esto es, los llamados por Merkel "delitos puros de los funcionarios", los cuales consisten, al decir de González Roura, en "omisión de sus deberes, extralimitación de sus facultades, o casos de inconducta notoria".

Es cierto que las referidas infracciones deben realizarse, por lo general, a causa o con ocasión del ejercicio de las funciones del agente. Ello no es, empero, absoluto. Cuando el hecho imputado asume carácter delictuoso sólo por haberlo cometido un servidor de la administración pública, pues sería penalmente indiferente si lo ejecutara un particular, como ocurre con la intervención en política y las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, **se trata también de un delito propio de los funcionarios, vale decir, de un delito oficial o de** responsabilidad, **según la terminología de la jurisprudencia colombiana, aunque no exista nexo alguno entre su realización y el ejercicio de las funciones del culpable. Y si éste es un Juez Superior o de Circuito, su juzgamiento corresponde en primera instancia al respectivo Tribunal Superior (Artículo 44 del C. de P. P.) y a la Corte en segunda (artículo 42 ibídem).**

2.—Es francamente inadmisible la conducta del Tribunal que se abstiene primero de averiguar si el acusado intervino en debates políticos (artículo 180 del Código Penal), esto es, si los hechos denunciados implicaron tomar parte en una controversia, contienda o lucha política, para luégo concluír que, como no hay prueba para llamarlo a juicio, debe sobreseerse definitivamente en su favor, con clara violación del artículo 436 del C. de P. P., que expresamente ordena el sobreseimiento temporal para ese supuesto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal— Bogotá, noviembre seis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio)

VISTOS

Consulta el Tribunal Superior de Ibagué el auto de sobreseimiento definitivo pronunciado en el proceso contra el doctor LUIS ENRIQUE LIS, por varios cargos que se le atribuyeron en su carácter de Juez Civil del Circuito del Fresno.

En varias declaraciones extrajudiciales y en un despacho telegráfico, oportunamente ratificados en debida forma, se imputó al acusado lo que sigue: 1º—Haber promovido y realizado un movimiento revolucionario, en la ciudad de su domicilio, el 9 de abril de 1948; 2º— Haber encabezado, después de esa fecha y antes del 15 de julio del mismo año, la oposición contra el Alcalde del lugar; 3º—Haber hecho públicas protestas de desacato y rebeldía contra una orden impartida por este funcionario el 2 de julio de 1948, para que se diera el toque de queda, y 4º— Haber cometido atropello contra un cabo del Ejército el 22 de los mismos, y mantener agitada la ciudadanía.

La investigación se encaminó de modo inexplicable y casi exclusivo a esclarecer los hechos mencionados en el punto 1º, que ya eran objeto de otro proceso, y descuidó averiguar si los restantes constituyeron intervención en política del Juez indiciado. Y a consecuencia de ello el a quo, enfocando aisladamente los cargos de los numerales 3º y 4º, sobreseyó definitivamente en el asunto, en proveído de 20 de febrero de 1952.

El 5 de mayo de 1953, la Corte —"para definir en forma acertada, si se trata o no, de una infracción que le dé competencia al Tribunal Superior de Ibagué para resolver la situación jurídica del procesado por los cargos que dieron base a la investigación"— creyó "menester precisar en qué forma el sindicado desarrolló su campaña contra el Alcalde Velásquez; de qué medios se valió para hacerlo remover de su cargo; cuál fue el atropello contra un Cabo del Ejército; y cuáles fueron las actuaciones que ejecutó para estimular la intranquilidad pública en el municipio del Fresno". Y con base en lo dicho sustituyó el sobreseimiento definitivo por uno temporal, "a fin de que se proceda como se indica en la parte motiva de esta providencia".

Sin haber practicado ninguna prueba dirigida a esclarecer los problemas planteados por el superior, el 9 de abril del año en curso el Tribunal profirió el auto consultado, con fundamento en las siguientes consideraciones: "La carencia de medios informativos .... y la vaguedad de los hechos denunciados como infracciones penales, no le permiten a la Sala inquirir si esos hechos atribuídos al doctor Lis constituyen alguno o algunos de los delitos de responsabilidad denominados genéricamente 'contra la administración pública', en el Título III, Libro 2º del Código Penal, cuyo conocimiento habría correspondido a esta Sala, o si son delitos comunes sujetos a la jurisdicción de los Jueces ordinarios; duda y circunstancia en las cuales, lo procedente es considerar que tales hechos no son constitutivos de delitos de responsabilidad y sobreseer de nuevo definitivamente en favor del doctor Lis, por no haberse aparejado al expediente los elementoss que para llamarlo a juicio exige el artículo 429 del Código de Procedimiento Penal: la plena prueba de la existencia del cuerpo del delito y suficiente de su responsabilidad como autor o partícipe de alguna infracción contra la administración pública".

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal solicita se revoque la providencia consultada, y que en su lugar se declare nulo lo actuado a partir del auto que cerró la investigación, por estimar que el Tribunal no era competente para proferirlos, pues "como no se halla demostrado que las infracciones que han sido materia de la presente investigación, fueron cometidas por el sindicado prevalido de su condición de Juez, ni perpetrado por motivo y con ocasión de las funciones propias de la judicatura, bien se puede concluír que no constituyen delito oficial o de responsabilidad; y, por tanto, no puede operar el fuero especial que consagra el artículo 44 del C. de P. P. en su numeral primero".

Para resolver, se considera:

1º—No define la ley colombiana la expresión "causas de responsabilidad", empleada por el artículo 44 y otras disposiciones del Código de Procedimiento Penal. Pero como ella es referida siempre a infracciones penales de personas investidas de funciones públicas, debe entenderse que dichas causas son las originadas en delitos (o faltas) que sólo pueden cometer miembros de la administración pública en su carácter de tales, esto es, los llamados por Merker "delitos puros de los funcionarios", los cuales consisten, al decir de González Roura, en "omisión de sus deberes, extralimitación de sus facultades, o casos de inconducta notoria".

Es cierto, como lo insinúa la Procuraduría, que las referidas infracciones deben realizarse, por lo general, a causa o con ocasión del ejercicio de las funciones del agente. Ello no es, empero, absoluto. Cuando el hecho imputado asume carácter delictuoso sólo por haberlo cometido un servidor de la administración pública, pues sería penalmente indiferente si lo ejecutara un particular, como ocurre con la **intervención en política y las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas**, se trata también de un delito propio de los funcionarios, vale decir, de un delito **oficial** o de **responsabilidad**, según la terminología de la jurisprudencia colombiana, aunque no exista nexo alguno entre su realización y el ejercicio de las funciones del culpable. Y si éste es un Juez Superior o de circuito, su juzgamiento corresponde en primera instancia al respectivo Tribunal Superior (artículo 44 del C. de P. P.), y a la Corte en segunda (artículo 42 **ibidem**).

No debe prosperar, en consecuencia, la solicitud del señor Procurador.

2º.—La conducta del Tribunal Superior de Ibagué y los argumentos con que sustenta la providencia consultada, son francamente inadmisibles. Se abstuvo primero de averiguar si el acusado había intervenido en debates políticos (artículo 180 del Código Penal), esto es, si los hechos denunciados implicaron tomar parte en una controversia, contienda o lucha política, para luégo concluír que, como no hay prueba para llamarlo a juicio, debe sobreseerse definitivamente en su favor, con clara violación del artículo 436 del C. de P. P., que expresamente ordena el sobreseimiento temporal para ese supuesto.

Pero como la acción penal emanada del delito atribuído al incriminado parece haber prescrito,

no es el caso de modificar en tal sentido el auto que se revisa, sin antes establecer si ella puede o no proseguirse.

* * *

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador Fiscal, revoca la providencia consultada y ordena correr traslado del proceso al señor Procurador, para que conceptúe si debe aplicarse el artículo 153 del C. de P. P., por prescripción de la acción penal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez—Gabriel Carreño Mallarino—Antonio Vicente Arenas — Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO NO ES PERTINENTE ALEGAR LA FALTA DE CONSONANCIA DE LA SENTENCIA CON LOS CARGOS DEDUCIDOS EN EL AUTO DE PROCEDER (CAUSAL 3ª). — CAUSAL 1ª — TECNICA DE LA DEMANDA

1.—La Sala no encuentra motivos para modificar su reiterada jurisprudencia de que, en tratándose de juicios en que ha intervenido el Jurado, es improcedente la alegación de la causal 3ª, en cuanto referida a la falta de consonancia del fallo con los cargos deducidos en el auto calificador.

2.—Una demanda de casación ha de presentar siquiera un mínimo de alegaciones y demostraciones, pues, no tratándose de un recurso ordinario ni siendo aquélla un alegato de instancia, no corresponde a la Corte buscar, de oficio, los recónditos motivos que el demandante haya podido tener en cuenta como aptos para fundamentar la invalidación del fallo recurrido. Por más que se rechace el excesivo formalismo, en lo cual ha sido bien amplia la Sala, la naturaleza de dicho recurso impone aquel necesario y útil mínimo de técnica.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Pasto condenó a JACINTO SIGINDIOY, ANDRES DEJOY y GREGORIO CHIQUEQUE, en fallo del 13 de septiembre de 1957, a sufrir las penas principales de diez años de presidio y ocho de las mismas, respectivamente, como reos del homicidio que, en concurso, cometieron, el 28 de mayo de 1953, en la persona de Luis Alberto Luna, en el paraje "San Pedro", Corregimiento de Sibundoy, municipio de El Valle, jurisdicción del mismo Distrito Judicial de Pasto. A Jacinto también se le condenó por lesiones personales.

Recurrió en casación el señor defensor de los reos, recurso que le fue concedido y que, agotados los trámites de rigor, debe ser considerado en decisión de fondo.

El Ministerio Público, cuya voz llevó, en esta oportunidad, el señor Procurador Segudo Delegado en lo Penal, conceptúa desfavorablemente, ya que, a su parecer, ,es incompleta la alegación relativa a la causal 1ª de casación, invocada por el demandante; y, en cuanto a la causal 3ª, estima que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, no procede en tratándose de juicios con intervención del Jurado, fuéra de que, en el caso de ser ella pertinente, tampoco podría prosperar, ya que, en el auto de proceder, no dedujo la coautoría de los procesados respecto al homicidio que se les imputó, y sobre tal base jurídica fueron condenados.

Para resolver, la Corte tiene en cuenta:

I—Causal 3ª

De acuerdo con lo previsto en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, la indicada causal es procedente "cuando la sentencia no esté en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o en desacuerdo con el veredicto del Juzgado; o sea, son dos las circunstancias o modalidades que pueden servir de fundamento a la causal, de las cuales el recurrente invoca la primeramente enunciada en el texto. Considera él que, en el auto de cargos, se dedujo contra los acusados la entidad jurídica que los doctrinantes conocen con el nombre de "complicidad correlativa" (artículo 385 del Código Penal), no obstante lo cual se les condenó bajo la calidad de coautores, y estima que tal discordancia es suficiente para configurar el cargo de estar la sentencia disconforme con la calificación hecha en el auto de proceder, en armonía con la mencionada causal 3ª de casación.

No obstante la importancia de los temas que se plantean en la demanda para tratar de sustentarse el cargo, la Sala no entrará a analizarlos, ya que no encuentra motivos para modificar su reiterada jurisprudencia de que, en tratándose de

juicios en que ha intervenido el Jurado, es improcedente la alegación de la aludida causal, en cuanto referida a la falta de consonancia del fallo con los cargos deducidos en el auto calificador.

Al respecto, se dijo en sentencia del 12 de marzo de 1947 y del 8 de junio de 1948:

"¿Cómo podría la Sala Penal de la Corte, so pretexto de una demostración de desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder, dictar un fallo, en reemplazo del invalidado, prescindiendo del veredicto de los Jueces de conciencia, cuando fueron éstos quienes declararon una determinada responsabilidad, distinguiéndola con especiales características, y la sentencia no hizo más que acomodar las disposiciones concernientes a la declaración del Tribunal del pueblo? Ningún papel quedaría entonces desempeñando el veredicto en el juicio que, sin embargo, culminaría sin él. La sentencia sería en este supuesto estrictamente de derecho, no se habrían cumplido las formalidades del juzgamiento, sería nulo el proceso, y al tratar de armonizar la sentencia con el auto de proceder, se pondría el fallo de casación en pugna con la voluntad del Jurado. La falta de consonancia entre el auto de proceder y el veredicto no está consagrada como causal de casación. La sentencia debe recoger la voluntad del Jurado para acomodarla a las disposiciones penales respectivas. No es la sentencia una decisión del Juez sobre la responsabilidad del procesado, ni contiene en lo cardinal un juicio suyo; allí obra como sobordinado, si se permite la expresión, y cumple apenas una labor casi mecánica de ajustar a la ley la resolución —si ha sido aceptada— de un tribunal constituído precisamente para juzgar según su personal criterio. En lo que sí recobra el uso de sus auténticas atribuciones el Juez de derecho es en cuanto a la individualización de las penas, tarea que debe estar precedida de un ponderado estudio acerca de la personalidad del delincuente. Pero, como ya se ha dicho, en esa parte el Juez de derecho tan sólo se ocupa en darle forma a una realidad en que el Juez no tomó participación alguna decisiva en el problema que se discutía, es decir, en cuanto a la responsabilidad o irresponsabilidad que el veredicto define".

"La anterior consideración conduce a sostener la tesis de que en los ventilados ante los Jueces Superiores mediante la intervención del Jurado, no es atinado proponer el primer motivo de la causal 3ª del artículo 567 del C. de P. P., porque, se repite, el desacuerdo que pueda existir no es entre la sentencia y el auto de proceder, sino entre el veredicto y el mencionado auto". (G. J., LXII, 796, y LXIV, 520).

.....

III.—Causal 1ª.

La demanda dice únicamente a este respecto:

"2º — INDEBIDA APLICACION DE LA LEY PENAL. Como consecuencia de lo anterior tenemos:

No debió darse aplicación al artículo 362 acomodado al 19 del Código Penal, sino al artículo 362, de acuerdo con el artículo 385, que era esto lo estipulado en el auto de proceder".

Salta a la vista que la alegación es insuficiente, ya que, como bien lo anota el señor Procurador, "base esencial de toda demanda de casación es la sustentación de la respectiva causal invocada de acuerdo con los cargos aducidos y los motivos para demostrarlos. Esta tarea corresponde al recurrente, y la Corte de oficio no puede sustituírlo en tal obligación. Además, cuando se hace un enunciado y no se presentan las pruebas correspondientes, el cargo queda sin operancia alguna. De modo que planteada simplemente la afirmación sin el respaldo respectivo, queda sin efecto posible, aparte de que se contraría la técnica de casación".

Evidentemente, una demanda de casación ha de presentar siquiera un mínimo de alegaciones y demostraciones, pues, no tratándose de un recurso ordinario ni siendo aquélla un alegato de instancia, no corresponde a la Corte buscar, de oficio, los recónditos motivos que el demandante haya podido tener en cuenta como aptos para fundamentar la invalidación del fallo recurrido. Por más que se rechace el excesivo formalismo, en lo cual ha sido bien amplia la Sala, la naturaleza de dicho recurso impone aquel necesario y útil mínimo de técnica, que se echa de menos en el caso, por lo cual se hace imposible la consideración a fondo del problema apenas esbozado.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, acorde con el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

ALCANCE Y OBLIGATORIEDAD DEL ARTICULO 153 DEL C. DE P. P. — LA CESASION DEL PROCEDIMIENTO PUEDEN DECLARARLA EL JUEZ A-QUO, EL JUEZ AD QUEM Y LA CORTE DE CASACION. — EL UNICO RECURSO CONTRA SENTENCIAS EJECUTORIADAS ES EL EXTRAORDINARIO DE REVISION

1.— Entre el artículo 112 del Código Penal y el 153 del Código de Procedimiento Penal no existe incompatibilidad: el primero se limita a ordenarle al Juez el cumplimiento de un deber; el segundo le indica el procedimiento que debe seguir. Proceder de oficio quiere decir "por propia obligación, en virtud del deber que le impone su ministerio y sin instancia ajena" y no omisión de trámites esenciales. Por consiguiente el Juez puede determinarse a ordenar la cesación del procedimiento por propia iniciativa, sin que nadie se lo solicite, pero antes de resolver en el fondo debe oír, para mejor ilustrar su criterio, la voz del Ministerio Público, por ser éste el representante de la sociedad y el titular por excelencia de la acción penal, como lo hace de ordinario cuando le corresponde decidir, aunque sea oficiosamente, los puntos más importantes del proceso, como calificar el mérito del sumario, conceder la libertad a los sindicados, dictar sentencia de primera instancia en los juicios sin intervención del jurado y de segunda en todos los casos, etc. Lo propio acontece cuando por muerte del procesado, prescripción, desistimiento, matrimonio posterior, etc. debe declararse que se ha extinguido la acción penal o que no hay lugar a ella.

En todos los casos en que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse, por impedirlo una norma especial y sustantiva, el Juez está obligado a declarar la cesación del procedimiento, precisamente porque éste no puede seguir en virtud de haberse extinguido o por no haber existido jamás la acción penal. Si en tales circunstancias el concepto del Ministerio Público fuere desfavorable, el Juez está obligado a dar preferente aplicación a lás normas sustantivas y especiales contenidas en el Código Penal y puede, por consiguiente, separarse del concepto del Ministerio Público, ya que en caso de incompatibilidad prevalecen las normas del Código Penal sobre las de procedimiento penal.

Pero, aparte de las anteriores, el artículo 153 prevé otras causas distintas para decretar la cesación del procedimiento, a saber: cuando "aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal". En estos casos no se puede aplicar el mismo criterio porque no hay ni puede haber ningún precepto sustantivo que consagre en tales eventos la extinción de la acción penal, o que no hay lugar a ella, pues el objeto de su ejercicio es precisamente establecer si el hecho imputado ha existido o no, si lo cometió o no el reo, y si la ley lo considera o no como infracción. Y como éste es el objeto del proceso en su totalidad, una declaración sobre tales extremos sólo puede hacerse normalmente en el auto de sobreseimiento definitivo o en la sentencia, que son los que, también normalmente, ponen fin al proceso y extinguen la acción penal.

Síguese de lo que se acaba de decir que lo establecido en esta parte del artículo 153 es una manera excepcional de ponerle fin al proceso y a la acción penal cuando, no obstante hallarse aquél en curso y estar ésta vigente, se ha acreditado cabalmente la inutilidad de proseguirlo. Y como la única norma que autoriza ese procedimiento sui generis es dicho artículo 153, no hay otra alternativa que aplicarlo en su integridad, para lo que entonces sí resulta obligatorio el "previo dictamen favorable del Ministerio Público".

No puede argüirse contra lo anterior que de esa guisa la facultad de decisión de los Jueces, reconocida por la Ley Suprema, resulta interferida y limitada por una de las partes: el representante de la sociedad. Porque él no hace otra cosa que oponerse, como titular de la acción penal, a que ésta finalice prematuramente, antes de agotarse la tota-

lidad de los trámites fijados para ello en el Código de Procedimiento Penal, en cumplimiento de la función de "perseguir los delitos" que le fija el artículo 143 de la Constitución Nacional. También el demandante puede impedir con su negativa que el juicio civil termine antes de la sentencia, aunque el Juez considere que existe plena prueba de que es imprescindible absolver al demandado, sin poder afirmarse que así se cercenan los poderes del fallador, de los cuales usará plenamente, como en el proceso penal, en la oportunidad que le señala la ley.

Se ha puesto el ejemplo anterior, porque la providencia que ordena cesar el proceso penal por alguno de los motivos últimamente indicados equivale a la del Juez Civil que acepta el desistimiento del demandante y le pone fin al juicio. La parte actora, en efecto, está integrada en el proceso criminal, al instante de proferir tal providencia, por el Ministerio Público y el Juez, pues a "ellos la acción penal corresponde exclusivamente", al decir del artículo 95 del Código de Procedimiento Penal. De esta suerte, si ambos desisten de la acción, por estimar "que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal", debe cesar el procedimiento contra el reo. Pero si uno cualquiera de ellos se opone, expresa o implícitamente a dicha solución, aquél debe continuar, como acontece en el juicio civil cuando sólo desiste una de las personas que forman la parte demandante. Por eso es necesario para aplicar el referido artículo 153, en el aspecto que se examina, el "previo dictamen favorable del Ministerio Público", que se identifica con su manifestación de desistencia.

De lo dicho es preciso llegar, en síntesis, a las siguientes conclusiones: 1ª Para dictar la providencia a que se refiere el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea el motivo invocado, debe oírse previamente al Ministerio Público; 2ª Cuando su fundamento radica en que la acción penal no podía adelantarse o proseguirse, por disponer alguna norma de derecho penal sustantivo que no hay lugar a ella o que se ha extinguido, no es menester para proferirla que el concepto del representante de la sociedad sea favorable, y 3ª Cuando se funda en que el hecho imputado no ha existido, o que no lo ha cometido el reo, o que la ley no lo considera como infracción penal, el Juez no podrá dictarla sin que su colaborador fiscal haya dado previo concepto favorable.

2º— La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse —dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— "en cualquier estado del proceso". Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, "o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", el Juez debe dictar sentencia en que así lo declare. "El Juez" de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda, y del mismo carácter participa la Corte de Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el Juez a-quo, o el Juez ad-quem, o la Corte como Tribunal de casación.

Es cierto que la sentencia de que se viene hablando "debe ser consultada", pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios de que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar esa decisión. Cuando la ley dice que la sentencia "debe ser consultada", presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento "en cualquier estado del proceso" en que las causas para decretarla se presenten.

3º— Son normas de procedimiento penal que "en el curso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada" y que "toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser con-

sultada" (Artículos 195 y 196 del Código de Procedimiento Penal).

Los recursos que pueden interponerse contra las providencias judiciales son los ordinarios de reposición, apelación y de hecho y los extraordinarios de casación y revisión. Existe, además, un grado de jurisdicción llamado de consulta que impide ejecutar sentencias no recurridas cuando por expresa disposición legal deban someterse al estudio del respectivo superior.

Si las providencias que se dictan en el proceso penal solamente quedan ejecutoriadas cuando no se ha interpuesto contra ellas recurso alguno en la oportunidad legal y no deban consultarse, resulta a todas luces inadmisible la tesis que propugna el Ministerio Público, conforme a la cual si el recurso de casación, ya concedido y admitido, debe declarase desierto por no haberse presentado demanda, es el caso de considerar ejecutoriado el fallo de segunda instancia "desde la notificación" por el Tribunal. Si la afirmación fuera exacta resultaría que la actuación de la Corte, desde el auto de fijación en lista, estaría siempre afectada de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Si se interpone recurso extraordinario de casación contra una de las sentencias de que tratan los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, dentro del término señalado en la disposición primeramente citada, no puede considerarse ejecutoriada sino cuando se niega el recurso, o cuado concedido se abandona por desistimiento, o se declara inadmisible o desierto, o cuando se resuelve que no es el caso de invalidar el fallo acusado. Mientras no se produzca alguna de tales situaciones, no se pueden tomar las medidas que para la ejecución de las sentencias señala el Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal.

En materia penal el único recurso que puede interponerse "contra las sentencias ejecutoriadas" (artículo 571 del Código de Procedimiento Penal) es el extraordinario de revisión. En este caso sí, a diferencia del anterior, la interposición del recurso no es obstáculo para que se ponga en ejecución el fallo, cuya firmeza no depende de la suerte que corra esa acción reparadora de un posible error judicial. En la revisión se ataca la autoridad de la cosa juzgada. En la casación se debate la legalidad de una sentencia cuya firmeza depende de la suerte que corra el recurso. No puede decirse, pues, como lo hace la Procuraduría, que si el recurso queda desierto, la sentencia adquiera, con retroactividad, una firmeza que no tenía.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre diez de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas)

VISTOS:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal solicita se reponga la providencia fechada el veinte de agosto último y en su lugar se declare desierto el recurso de casación y se revoque la orden de cesación de todo procedimiento por prescripción de la acción penal en el juicio seguido a José Manuel Duarte Espinel por el delito de homicidio.

Los razonamientos en que se apoya el recurrente pueden resumirse así:

a) La Corte, al declarar prescrita la acción penal y la consiguiente cesación de todo procedimiento contra el acusado, dio aplicación —aunque no lo dijo expresamente— al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, "para lo cual se necesita previamente el concepto favorable del Ministerio Público". Respalda su opinión en constancias que sobre antecedentes de la ley de procedimiento penal aparecen en las actas de la comisión redactora del Código.

b) La ley "con meridiana claridad y con imperativo mandato" ordena que la aplicación del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal requiere previo dictamen FAVORABLE del Ministerio Público, pues ha sido voluntad del legislador no dejar a la "libertad plena", al "arbitrio completo" del Juez "la decisión respectiva". Lo cual quiere decir que si el concepto "de quien personifica la acción penal" es DEFAVORABLE, no se puede aplicar esa disposición. Resolver contra el concepto del Ministerio Público "es lo mismo que dictar un fallo contrario a la ley", pues las normas del derecho sustantivo "están siempre sujetas al ordenamiento jurídico formal que regula, por razón de estricto orden público, la iniciación, el desenvolvimiento y el fin del proceso".

c) "Entre el artículo 112 del Código Penal, y el 153 del procedimental no existe en verdad incompatibilidad alguna que deba resolverse como

lo enseña el artículo 5º de la Ley 57 de 1887. Aquella disposición no da al Juez la potestad de declarar la prescripción sin observar las normas del Código de Procedimiento, por la circunstancia de que dicha declaración proceda de oficio, y no es exacto que tal circunstancia "supone en el funcionario una libertad plena de impulso procesal" que no puede ser 'turbado o interferido por el requisito de supeditarlo a concepto favorable de una de las partes.....'

d) ".....la Procuraduría advierte que la H. Corte carece de jurisdicción para declarar, como Juez a quo, que la acción en este asunto ha prescrito", pues de acuerdo con jurisprudencia sentada en auto de 15 de diciembre de 1954 debe ordenar que sea devuelto el negocio al inferior para que éste resuelva acerca de la aplicación del artículo 153 del C. de P. P.

e) Como el recurso de casación ha quedado desierto por no haberse presentado demanda de impugnación "la sentencia de 23 de enero de este año proferida por el Tribunal de Bucaramanga quedó debidamente ejecutoriada; no cuando esa declaración (la de estar desierto el recurso) aparezca, sino por los términos legales desde la notificación que de dicho fallo se efectuó en el Tribunal". Como para el 18 de marzo del corriente año "fecha en que según la H. Corte se consumó la prescripción de la acción penal, la sentencia ya se encontraba ejecutoriada y se estaba cumpliendo", es el caso de revocar esa declaración.

Se considera:

La Corte, antes de pronunciarse sobre la cesación de procedimiento impetrada por el acusado José Manuel Duarte Espinel, dispuso correr traslado del expediente al señor Procurador Delegado en lo Penal, a fin de que se sirviera emitir concepto sobre la legalidad de la solicitud hecha por el procesado con fundamento en la prescripción de la acción penal. El señor Procurador, en escrito fechado el dos de julio último, opinó desfavorablemente porque, a juicio suyo "no puede decirse acertadamente que la acción penal haya prescrito". Obtenido el concepto fiscal y después de meditado estudio del problema, la Sala encontró equivocado el parecer del Ministerio Público y, en desacuerdo con él, procedió a dar aplicación al artículo 104 del Código Penal en armonía con el 153 del Código de Procedimiento Penal. Al obrar de esta suerte entendió la Corte que no le está permitido, moral ni legalmente, adoptar decisiones erradas, a sabiendas de que lo son, únicamente para no contrariar el pensamiento de la Procuraduría. Reponer una providencia porque al Juez se le demuestra que incurrió en error, es actitud justa y plausible. Pero reponerla con el ánimo exclusivo de acoger una opinión equivocada del Ministerio Público, por el solo hecho de ser suya, equivaldría a "dictar un fallo contrario a la ley".

Hecha la observación que antecede, entra la Sala a considerar los puntos de vista del señor Procurador 1º Delegado en lo Penal:

Alcance y obligatoriedad del artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

Como sobre estas materias la jurisprudencia es en cierto modo anárquica, la Corte aspira a fijar en esta ocasión su criterio global y definitivo al respecto.

Es exacto, como lo sostiene el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, que entre el Art. 112 del Código Penal y el 153 del Código de Procedimento Penal, no existe incompatibilidad, al menos **prima facie**, porque —fuera de las razones por él indicadas— cuando la primera de dichas normas establece que "la prescripción de la acción y de la sanción se declararán de oficio", se limita a ordenarle al Juez el cumplimiento de un deber, pero sin señalarle el procedimiento, el cual está consagrado por el referido artículo 153, pues la frase "proceder **de oficio**" quiere decir "por propia obligación, en virtud del deber que le impone su ministerio y sin instancia ajena" (Escriche), y no omisión de trámites esenciales. De ahí que dicha expresión se contraponga en varios pasajes legales a esta otra: "o a petición de parte". Las dos disposiciones son, pues, no sólo compatibles, sino completamentarias entre sí.

Lo que ocurre, entonces, al aplicarlas armónicamente, es que en virtud de la primera el Juez puede determinarse a ordenar la cesación del procediminto **por propia iniciativa**, sin que nadie se lo solicite, pero antes de resolver en el fondo debe oír, para mejor ilustrar su criterio, la voz del Ministerio Público por ser éste el representante de la sociedad que se supone ofendida con el delito y, por lo mismo, el titular por excelencia de la acción penal (artículos 143 de la Constitución y 92 y 95 del Código de Procedimiento Penal) como lo hace de ordinario cuando le corresponde decidir, aunque sea oficiosamente, los puntos más importantes del proceso: calificar, por ejemplo, el mérito del sumario (Artículo 421 del Código de Procedimiento Penal); conceder la libertad a un sindicado (artículo 396 **ibídem**), dictar sentencia de primera instancia en los juicios

sin intervención del Jurado (Artículo 471 ibídem y de segunda en todos los casos (Artículo 549 ibídem), etc.

Lo propio acontece entre el mencionado artículo 153 y los del Código Penal en virtud de los cuales se extingue la acción penal o no hay lugar a ella, como son, entre otros, los artículos 100 (muerte del procesado), 102 (desistimiento del ofendido en las infracciones que no pueden investigarse sino en virtud de querella o petición de parte), 104 (prescripción), 114 (pago de la multa que fije el Juez al responsable de una contravención), 140 y 141 (homicidio y lesiones cometidos, al participar como soldados, por aquellos a quienes se obligó a intervenir en una rebelión, o por los rebeldes en el acto de un combate), 322 y 354 (matrimono con la mujer víctima de violencia carnal, estupro o rapto). En todos estos supuestos la ley penal sustantiva consagra un derecho a favor del incriminado, y el artículo 153 de la ley penal adjetiva indica el procedimiento para hacer efectivo tal derecho.

Despréndese de lo expuesto que cuando el Código Penal o leyes especiales estatuyen que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse, por algún motivo determinado, para hacer tal declaración debe adoptarse el **procedimiento** del artículo 153 del Código de la materia, el cual exige el traslado al Agente del Ministerio Público, a fin de que conceptúe sobre el particular. Hasta aquí la cuestión no ofrece dificultad alguna.

Y si el representante de la sociedad estima, contra la opinión del Juez, que no debe ordenarse cesar el procedimiento, ¿podrá el último imponer su criterio o prevalecerá indefectiblemente el de su colaborar Fiscal? En tal hipótesis sí parece evidente que surge un conflicto inconciliable entre las normas del derecho penal sustantivo y las del adjetivo. Porque según éstas, el proceso debe continuar, y queda vigente, por lo tanto, la acción penal, por faltar el "previo dictamen favorable del Ministerio Público", el cual es exigido como requisito indispensable para que cesen el uno y la otra, mientras que aquéllas dicen expresamente que en los casos por ellas contemplados la acción penal se **extingue** (artículos 100, 102 y 104), o que el procesado "podrá poner fin al procedimiento que se siga contra él" (artículo 114), o que los acusados "no quedarán sujetos a sanción alguna", o "a responsabilidad" (artículos 140 y 141), o que el responsable "quedará exento de pena" (artículo 322), o que al mismo "tampoco se impondrá sanción alguna" (artículo 354), etc.

¿Cómo solucionar, pues, el conflicto planteado en cada caso concreto? ¿Ha de acatar el Juez los preceptos legales últimamente citados, o sus semejantes, y ordenar la cesación del procedimiento, precisamente porque éste no puede seguir en virtud de haberse extinguido o por no haber existido jamás la acción penal? O ¿deberá inclinarse ante la norma procedimental que le veda tal decisión por ausencia del "previo dictamen favorable del Ministerio Público"? Las reglas de hermenéutica responden estos interrogantes en el sentido de preferir aquellas disposiciones, por cuanto se refieren a **asuntos especiales** y están contenidas en el Código Penal, mientras que la otra es de **carácter general** y se halla en el de Procedimiento Penal (artículo 5º de la Ley 57 de 1887).

Esto es inconcuso en las hipótesis en que la acción penal "no podría iniciarse o proseguirse" por impedirlo una norma especial y sustantiva a pesar de que el hecho pudo haber existido, haberlo cometido el imputado y considerarlo la ley como delito. Pero el artículo 153 tantas veces mentado prevé otras situaciones distintas, a saber: cuando "aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal".

¿Podría darse en estos casos la misma solución? Claro que no, porque no hay ni puede haber ningún precepto sustantivo que consagre en tales eventos la extinción de la acción penal, o que no hay lugar a ella, pues el objeto de su ejercicio es precisamente establecer si el hecho imputado ha existido o nó, si lo cometió o nó el reo, y si la ley lo considera o nó como infracción. Y este es asímismo, como parece obvio, el objeto del proceso en su totalidad, de modo que una declaración sobre tales extremos sólo puede hacerse **normalmente** en la sentencia ó en el auto de sobreseimiento definitivo, que son los que, también normalmente, ponen fin al proceso y extinguen la acción penal. La disposición por medio de la cual se establece que en aquellos supuestos la acción penal no puede iniciarse o proseguirse, entrañaría una evidente petición de principio, por cuanto establecería que cuando el hecho no ha existido, o no lo ha realizado el reo, o la ley no lo estima delictuoso, no puede averiguarse lo contrario.

Síguese de aquí que lo establecido por esta parte del artículo 153 es una manera excepcional de ponerle fin al proceso y a la acción penal cuando, no obstante hallarse aquél en curso y estar ésta vigente, se ha acreditado cabalmente la inutilidad de proseguirlo. Y como la única norma que autoriza ese procedimiento **sui generis** es dicho ar-

tículo 153, no hay otra alternativa que aplicarlo en su integridad, por lo que entonces sí resulta obligatorio para el Juez el "previo dictamen favorable del Ministerio Público".

No puede argüirse contra lo anterior que de esa guisa la facultad de decisión de los Jueces, reconocida por la Ley Suprema, resulta interferida y limitada por una de las partes: el representante de la sociedad. Porque él no hace otra cosa que oponerse, como titular de la acción penal, a que ésta finalice prematuramente, antes de agotarse la totalidad de los trámites fijados para ello en el Código de Procedimiento Penal, en cumplimiento de la función de "perseguir los delitos" que le fija el artículo 143 de la Constitución Nacional. También el demandante puede impedir con su negativa que el juicio civil termine antes de la sentencia, aunque el Juez considere que existe plena prueba de que es imprescindible absolver al demandado, sin poder afirmarse que así se cercenan los poderes del fallador, de los cuales usará plenamente, como en el proceso penal, en la oportunidad que le señala la ley.

Se ha puesto el ejemplo anterior, porque la providencia que ordena cesar el proceso penal por alguno de los motivos últimamente indicados equivale a la del Juez Civil que acepta el desistimiento del demandante y le pone fin al juicio. La parte actora, en efecto está integrada en el proceso criminal, al instante de proferir tal providencia, por el Ministerio Público y el Juez, pues a "ellos la acción penal corresponde exclusivamente", al decir del artculo 95 del Código de Procedimiento Penal. De esta suerte, si ambos desisten de la acción, por estimar "que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal", debe cesar el procedimiento contra el reo. Pero si uno cualquiera de ellos se opone, expresa o implícitamente a dicha solución, aquél debe continuar, como acontece en el juicio civil cuando sólo desiste una de las personas que forman la parte demandante. Por eso es necesario para aplicar el referido artículo 153, en el aspecto que se examina, el "previo dictamen favorable del Ministerio Público", que se identifica con su manifestación de desistencia.

De lo dicho es preciso llegar, en síntesis, a las siguientes conclusiones: 1ª—Para dictar la providencia a que se refiere el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea el motivo invocado, debe oírse previamente al Ministerio Público; 2ª—Cuando su fundamento radica en que la acción penal no podía adelantarse o proseguirse, por disponer alguna norma de derecho penal sustantivo que no hay lugar a ella o que se ha extinguido, no es menester para proferirla que el concepto del representante de la sociedad sea favorable, y 3ª—Cuando se funda en que el hecho imputado no ha existido, o que no lo ha cometido el reo, o que la ley no lo considera como infracción penal, el Juez no podrá dictarla sin que su colaborador fiscal haya dado previo concepto favorable.

La cesación del procedimiento puedem declararla el Juez a-quo, el Juez ad-quem y la Corte de Casación.

No comparte la Sala el criterio del señor Procurador Delegado en cuanto a que la sentencia sobre cesación del procedimiento deba tener forzosamente dos instancias.

La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse —dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— "en cualquier estado del proceso". Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, "o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse" el Juez debe dictar sentencia en que así lo declare. "El Juez" de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda, y del mismo carácter participa la Corte de casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el Juez **a-quo**, o el Juez **ad-quem**, o la Corte como Tribunal de Casación.

Es cierto que la sentencia de que se viene hablando "debe ser consultada", pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no puede dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios de que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar esa decisión. Cuando la ley dice que la sentencia "debe ser consultada", presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el artículo 153 del C. de P. P. sobre la inmediata cesación del procedimiento "en cualquier estado del

proceso" en que las causas para decretarla se presenten.

La providencia que cita el señor Procurador contra esta tesis no aduce ninguna razón valedera para rectificar la doctrina sentada en sentencia de 26 de enero de 1951, mediante la cual la Corte declaró la prescripción de la acción penal, como Juez ad-quem, después de decir que lo hacía dando aplicación al artículo 153 del Código de Procedimiento Penal.

El único recurso contra sentencias ejecutoriadas es el extraordinario de revisión.

Opina el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal que "para el 18 de marzo del presente año, fecha en que según la H. Corte se consumó la prescripción de la acción penal, la sentencia (recurrida en casación) ya se encontraba ejecutoriada y se estaba cumpliendo..." (Subraya la Sala).

Sobre este último punto de vista del Ministerio Público se considera:

Son normas de procedimiento penal que "en el curso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada" y que "toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada". (Artículos 195 y 196 del Código de Procedimiento Penal).

Los recursos que pueden interponerse contra las providencias judiciales son los ordinarios de reposición, apelación y de hecho y los extraordinarios de casación y revisión. Existe, además, un grado de jurisdicción llamado de consulta que impide ejecutar sentencias no recurridas cuando por expresa disposición legal deban someterse al estudio del respectivo superior.

Si las providencias que se dictan en el proceso penal solamente quedan ejecutoriadas cuando no se ha interpuesto contra ellas recurso alguno en la oportunidad legal y no deban consultarse, resulta a todas luces inadmisible la tesis que propugna el Ministerio Público, conforme a la cual si el recurso de casación, ya concedido y admitido, debe declararse desierto por no haberse presentado demanda, es el caso de considerar ejecutoriado el fallo de segunda instancia "desde la notificación" por el Tribunal. Si la afirmación fuera exacta resultaría que la actuación de la Corte, desde el auto de fijación en lista, estaría siempre afectada de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Si se interpone recurso extraordinario de casación contra una de las sentencias de que tratan los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, dentro del término señalado en la disposición primeramente citada, no puede considerarse ejecutoriada sino cuando se niega el recurso, o cuando concedido se abandona por desistimiento, o se declara inadmisible o desierto, o cuando se resuelve que no es el caso de invalidar el fallo acusado. Mientras no se produzca alguna de tales situaciones, no se pueden tomar las medidas que para la ejecución de las sentencias señala el Libro Cuarto del C. de P. P.

En materia penal el único recurso que puede interponerse "contra las sentencias ejecutoriadas" (artículo 571 del Código de Procedimiento Penal) es el extraordinario de revisión. En este caso sí, a diferencia del anterior, la interposición del recurso no es obstáculo para que se ponga en ejecución el fallo, cuya firmeza no depende de la suerte que corra esa acción reparadora de un posible error judicial. En la revisión se ataca la autoridad de la cosa juzgada. En la casación se debate la legalidad de una sentencia cuya firmeza depende de la suerte que corra el recurso. No puede decirse, pues, como lo hace la Procuraduría, que si el recurso queda desierto la sentencia adquiera, con retroactividad, una firmeza que no tenía.

Y como el 18 de marzo último, fecha en que se estaba tramitando el recurso de casación, se consumó la prescripción de la acción penal, y ésta debe declararse "en cualquier estado del proceso", se concluye que es legal la decisión de la Corte. Una vez más se deja constancia de que la Procuraduría no funda su alegación en un supuesto error de la Corte acerca de la calificación del hecho, ni de las circunstancias que lo especifican, ni del tiempo que se requiere para la prescripción, ni sobre los cómputos aritméticos, etc.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO ACCEDE A REPONER el auto reclamado por el señor Procurador 1º Delegado en lo Penal.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

ALCANCE DE LA OMISION DE UNA DE AQUELLAS FORMALIDADES NO COMPRENDIDAS EXPRESAMENTE ENTRE LAS QUE PRODUCEN LA NULIDAD DE LA ACTUACION. — EL CUESTIONARIO, EN LOS JUICIOS EN QUE INTERVIENE EL JURADO, ES UN ACTO SUSTANCIAL DEL JUZGAMIENTO. — EL PROPOSITO DE MATAR DEBE FIGURAR EN EL CUESTIONARIO SOBRE HOMICIDIO INTENCIONAL. — TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION. — SE REQUIEREN TRES DECISIONES UNIFORMES DADAS POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, COMO TRIBUNAL DE CASACION, SOBRE UN MISMO PUNTO DE DERECHO, PARA QUE PUEDA HABLARSE DE DOCTRINA PROBABLE. — CONDICIONES QUE SE EXIGEN PARA QUE SEA ADMISIBLE LA MODALIDAD DEL ART. 28 DEL C. PENAL

1.—La validez de los juicios penales depende de que se observen las prescripciones establecidas en las normas de procedimiento que los rigen. Mas no toda irregularidad o descuido da lugar a declararlos nulos. Y de ahí que la misma Ley (artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal) haya determinado taxativamente las causas de nulidad. Sin embargo, como una norma superior ordena que en el juzgamiento se observe la plenitud de las formas propias del juicio, es indispensable averiguar qué alcance tiene la omisión de una de aquellas formalidades no comprendidas expresamente entre las que producen la nulidad de la actuación.

En los juicios en que interviene el Jurado, el cuestionario, resumen de los hechos y de las circunstancias y modalidades del delito, es un acto sustancial del juzgamiento. De manera que cuando allí falta un elemento tan importante como el relacionado con el designio del infractor (en cuanto sea parte del cuerpo del delito), se le imposibilita a los Jueces Populares la tarea de expresar su criterio en la forma concisa que permita acomodar su veredicto al precepto penal que el caso en sí reclama. Entonces puede decirse —y la Corte lo ha dicho— que, "se ha violado el sistema procesal que hace del interrogatorio un presupuesto de verdad para que el Juri pueda calificar la acción punible" (sentencia de 10 de marzo de 1958, GACETA JUDICIAL, tomo LXXXVII, número 2.194, páginas 579 a 583). Y en fallo que aparece publicado en el mismo número de la GACETA JUDICIAL, en las páginas 596 a 599, correspondiente al 25 de marzo, se expresó: "Uno de los elementos constitutivos del homicidio simple previsto por nuestro Código Penal en su artículo 362.... es el propósito de matar. Si el Jurado, pues, en forma alguna fue interrogado y se pronunció sobre él, no existe veredicto que permita al juzgador condenar ni absolver por esa infracción, por lo que debe prosperar la causal de nulidad constitucional alegada".

La sentencia es el resultado de una averiguación inicial que fue adquiriendo solidez a medida que se adelantaba el proceso de convencimiento indispensable para llegar a una determinada conclusión. Pero como para establecer esa verdad, cima del juicio penal, la ley fija reglas, ellas deben ser atendidas, pues al juzgador no le es permitido apartarse de los cauces indicados para buscarla. Si esto sucede, y se comprueba que hubo una omisión de tal naturaleza que conduce a sembrar la duda sobre el grado de responsabilidad que se declara, por no haberse precisado los elementos específicos y diferenciales de la infracción, entonces indiscutiblemente se está en presencia de un juicio que carece de las condiciones que lo caracterizan y gobiernan, y procede su anulación.

2.—La demanda destinada a criticar una sentencia no adquiere más capacidad ni llena mejor su objetivo porque se acumulen reparos de variada índole para impugnarla, o que el cargo fundamental se extienda a causales que ofrecen motivos distintos del que en realidad existe y resulta jurídicamente adecuado. Ello va contra el método y la técnica aconsejables en la sustanciación del recurso extraordinario de casación.

3.—Con un solo fallo no se "unifica" la jurisprudencia nacional, que es el objeto del recurso de casación (artículo 519 del Código

Judicial), pues para que pueda hablarse de doctrina probable se requieren tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho (artículo 4º, Ley 169 de 1896).

4.—Es invariable la doctrina de la Corte sobre la exigencia de los elementos "gravedad e injusticia de la provocación" como causas de la ira o del intenso dolor a cuyo estímulo obró el responsable para que sea admisible la especie delictuosa que describe el artículo 28 del Código Penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, noviembre veintidós de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

En las audiencias públicas celebradas en los días 15 y 16 de noviembre de 1956, el respectivo Juez de la causa le propuso al Jurado, que se designó para el juzgamiento de Evangelista Gómez Rocha, la siguiente cuestión:

"El acusado, Evangelista Gómez Rocha es responsable sí o nó, de haber ocasionado la muerte a Hermenegildo Abril, por medio de heridas inferidas con arma corto punzante, hecho ocurrido a eso de las cinco de la tarde del día 9 de mayo de 1954, en el sitio de "El Resbalón", jurisdicción del Municipio de Anolaima?".

La respuesta está redactada en estos términos: "Sí es responsable, habiendo obrado en estado de ira".

En desarrollo de ese veredicto, que no fue objetado, el juzgador de primera instancia condenó al responsable a la pena privativa de la libertad de ocho años y medio de presidio, la que el Tribunal Superior de Bogotá consideró correctamente deducida de las disposiciones penales aplicables. Así lo resolvió en el fallo de 28 de enero del presente año, contra el cual fue interpuesto en la debida oportunidad el recurso extraordinario de casación, que por haber sido admitido y tramitado legalmente, procede la Sala a estudiarlo y decidirlo.

* * *

LA DEMANDA:

El cargo que se le formula a la sentencia acusada es en realidad uno solo, no obstante que para fundarlo se invocan varias de las causales enumeradas en el artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Pero el problema que se plantea —aparte de algunas observaciones relativas a la investigación— es el de haberse omitido una fórmula sustancial del juicio que por ese motivo quedó afectado de invalidez. En concreto, la impugnación consiste en que no se expresó en la pregunta que debían absolver los Jueces de Conciencia, qué clase de homicidio se le atribuía al procesado, o sea, dicho con los palabras del demandante, "que no se incluyó en el cuestionario el elemento psíquico del delito, el dolo específico, fundamental para configurar el homicidio voluntario". De donde concluye que por haberse faltado a una de las formas propias del juzgamiento, se contrarió el principio consagrado en el artículo 26 de la Constitución. En ese argumento se apoya la causal 4ª a que principalmente se acoge el autor de la demanda y de la que también se sirve para señalar como pertinentes la 3ª, 1ª y 7ª, que por contemplar otros tipos de deficiencias o errores procesales, son ostensiblemente inadecuadas para conseguir por medio de ellas la declaración, que sólo procede en cuanto se demuestre el cargo que es propio de la referida causal. Por esta razón no hay necesidad de examinar sino la 4ª, por ser la concerniente al tema básico del escrito de casación.

* * *

LA VISTA FISCAL:

El Ministerio Público —representado en el trámite del recurso por el Procurador Segundo Delegado— propone que se invalide el fallo materia del debate y se "decrete la nulidad de la actuación a partir del auto que ordenó el sorteo de jurados, para que se reponga el proceso con sometimiento a las normas sobre la materia"

Conviene, pues, el experto funcionario de la Procuraduría en la tesis sostenida por el autor de la demanda, es decir, que el fallo se profirió mediante un procedimiento defectuoso e ineficaz para conseguir los fines peculiares del juicio penal. En síntesis, expone sus puntos de vista diciendo que como en el texto del cuestionario sometido al Jurado no se incluyó el propósito de matar, no se podía saber de qué especie de homicidio se predicaba la responsabilidad que afir-

mó el veredicto, recaído a una proposición formulada con desconocimiento del mandato expreso en el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943.

Anota asímismo que la creencia de que "en la responsabilidad, incluída en el cuestionario, va implícito el elemento psíquico del propósito, es inaceptable, pues por una parte no siempre se halla explícitamente determinado y comprobado tal elemento intencional, y, por la otra, resulta al fin y al cabo una flagrante violación de los derechos del procesado..., todo lo cual obliga a considerar la omisión de dicho elemento esencial como fundamento para reconocer una nulidad, ya sea por el camino del artículo 26 de la Carta, o por la pretermisión de las normas sobre cuestionarios al Jurado....."

Sobre el particular cita y reproduce algunas sentencias de la Sala Penal de la Corte, y al aludir a lo aseverado por el demandante de que el veredicto se prestaba a resolver la situación jurídica del responsable conforme a los términos del artículo 28 del Código Penal, acude también a la reiterada jurisprudencia de la Corte, según la cual "es indispensable para poder tener como admitida dicha circunstancia modificadora, que el Juri se pronuncie expresamente sobre ella sin omitir ningunos" (sic) "de sus elementos esenciales".

El estudio de este punto, que en la demanda aparece motivando igualmente la causal 4ª, lo aprovecha el señor Procurador para glosar algunos apartes del fallo del Tribunal, en los que "al referirse a la circunstancia consagrada en el artículo 28 del Código Penal se confunde el carácter atenuante o modificador con el de eximente, que no está consagrado en tal disposición".

Por último, manifiesta que es inoficioso examinar las otras causales invocadas, "porque contienen los mismos fundamentos que sirvieron de punto de partida para demostrar los cargos aducidos al sustentar la causal estudiada".

* * *

SE CONSIDERA:

El asunto que se le plantea a la Sala no requiere, para ser concretamente definido, un previo relato de los hechos, pues el conocimiento de las circunstancias que rodearon el delito, armas que se emplearon, estado del agente infractor antes y después de ejecutarlo, factores que contribuyeron a que se realizara, sitio, fecha y, en fin comprobación objetiva y subjetiva del mismo, en nada incide sobre el problema materia del recurso, que sólo presenta, como se ha visto, un aspecto susceptible de discusión.

La validez de los juicios penales depende de que se observen las prescripciones establecidas en las normas de procedimiento que los rigen. Mas no toda irregularidad o descuido da lugar a declararlos nulos. Y de ahí que la misma Ley (artículo 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal) haya determinado taxativamente las causas de nulidad. Sin embargo, como una norma superior ordena que en el juzgamiento se observe la plenitud de las formas propias del juicio, es indispensable averiguar qué alcance tiene la omisión de una de aquellas formalidades no comprendidas expresamente entre las que producen la nulidad de la actuación.

En los juicios en que interviene el Jurado, el cuestionario, resumen de los hechos y de las circunstancias y modalidades del delito, es un acto sustancial del juzgamiento. De manera que cuando allí falta un elemento tan importante como el relacionado con el designio del infractor (en cuanto sea parte del cuerpo del delito), se le imposibilita a los Jueces Populares la tarea de expresar su criterio en la forma concisa que permita acomodar su veredicto al precepto penal que el caso en sí reclama. Entonces puede decirse —y la Corte lo ha dicho— que, "se ha violado el sistema procesal que hace del interrogatorio un presupuesto de verdad para que el Juri pueda calificar la acción punible" (sentencia de 10 de marzo de 1958, GACETA JUDICIAL, tomo LXXXVII, número 2.194, página 579 a 583). Y en fallo que aparece publicado en el mismo número de la GACETA JUDICIAL, en las páginas 596 a 599, correspondiente al 25 de marzo, se expresó: "Uno de los elementos constitutivos del homicidio simple previsto por nuestro Código Penal en su artículo 362..... es el propósito de matar. Si el Jurado, pues, en forma alguna fue interrogado y se pronunció sobre él, no existe veredicto que permita al juzgador condenar ni absolver por esa infracción, por lo que debe prosperar la causal de nulidad constitucional alegada".

La sentencia es el resultado de una averiguación inicial que fue adquiriendo solidez a medida que se adelantaba el proceso de convencimiento indispensable para llegar a una determinada conclusión. Pero como para establecer esa verdad, cima del juicio penal, la Ley fija reglas, ellas deben ser atendidas, pues al juzgador no le es permitido apartarse de los cauces indicados para buscarla. Si esto sucede, y se comprueba que hu-

bo una omisión de tal naturaleza que conduce a sembrar la duda sobre el grado de responsabilidad que se declara, por no haberse precisado los elementos específicos y diferenciales de la infracción, entonces indiscutiblemente se está en presencia de un juicio que carece de las condiciones que lo caracterizan y gobiernan, y procede su anulación. Tal ocurre aquí respecto de la causal 4ª invocada que se ha examinado y que, por el alcance que tiene, hace inoficioso entrar en otras consideraciones, estando, como están, encaminadas a cumplir la misma finalidad.

Debe sí observar la Sala que la demanda destinada a criticar una sentencia no adquiere más capacidad ni llena mejor su objetivo porque se acumulen reparos de variada índole para impugnarla, o que el cargo fundamental se extienda a causales que ofrecen motivos distintos del que en realidad existe y resulta jurídicamente adecuado. Ello va contra el método y la técnica aconsejables en la sustanciación del recurso extraordinario de que aquí se trata.

Por esa razón la Sala —que respecto de esta particularidad de la demanda comparte el concepto de su colaborador fiscal— prescinde de estudiar los demás motivos expuestos en aquel escrito, en cuya parte final se lee: "Séame permitido solicitar a los Supremos Jueces de Colombia que en la causa de Evangelista Gómez Rocha se profiera un fallo que unifique la jurisprudencia nacional en relación con un veredicto como el presente, proferido por un Tribunal popular cuando reconoce la ira solamente, sin agregar la provocación grave e injusta".

Además de que con un solo fallo no se "unifica" la jurisprudencia nacional, que es el objeto del recurso de casación (artículo 519 del Código Judical), pues para que pueda hablarse de doctrina probable se requieren tres decisones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho (artículo 4º, Ley 169 de 1896), la solicitud del demandante está suficientemente satisfecha de tiempo atrás, según puede verse en los fallos de 19 de septiembre de 1945, GACETA JUUDICIAL, tomo LIX, números 2025-27, página 978; 17 de junio de 1946, GACETA JUDICIAL, tomo LX, números 2034-36, página 824; 30 de enero de 1947, GACETA JUDICIAL, tomo LXII, números 2046-47, páginas 218 a 219; 16 de julio de 1947, en la cual se reproduce lo expuesto en los de 22 de noviembre de 1942, 26 de octubre de 1943 y 27 de julio de 1945, publicado en la GACETA JUDICIAL, tomo LXIII, números 2055-56, página 405; 12 de febrero de 1948; GACETA JUDICIAL, tomo LXIV, número 2061, páginas 168 a 169; 17 de febrero de 1958, GACETA JUDICIAL, tomo LXXXVII, números 2192-93, páginas 201 a 205, y en muchos otros anteriores a las fechas de los citados. En todos ellos, es invariable la doctrina sobre la exigencia de los elementos "gravedad e injusticia de la provocación" como causas de la ira o del intenso dolor a cuyo estímulo obró el responsable, para que sea admisible la especie delictuosa que describe el artículo 28 del Código Penal.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, RESUELVE:

1º Invalidar el fallo del 28 de enero del año en curso del Tribunal Superior de Bogotá, en el cual se condenó a Evangelista Gómez Rocha a la sanción principal de ocho años y seis meses de presidio como responsable de las heridas que le ocasionaron la muerte a Hermenegildo Abril; y

2º Declarar nula la actuación a partir del auto que ordenó el sorteo de jurados (Folio 105, cuaderno 1º), para que de allí en adelante se reponga el procedimiento.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — CUANDO ES ACONSEJABLE. — CIRCUNSTANCIAS EXCEPCIONALES

Para que sea aconsejable cambiar la radicación de un proceso penal es necesario que no haya otro camino jurídico que preserve en el respectivo caso "la recta administración de justicia".

Se trata, como es obvio, de una medida extrema que sólo es dado aconsejar en circunstancias excepcionales; no debe, pues, prodigársela, porque así se comprometería la misma altísima finalidad que se desea proteger.

De ahí que la Corte haya obrado siempre en tan delicada materia con las naturales precauciones.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, noviembre veintiséis de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

Anteayer se sometió a reparto en la Secretaría de la Sala, la solicitud que, por conducto del señor Ministro de Justicia, ha presentado el 17 de este mes la Comisión Nacional de Instrucción Criminal para que la Corte diga si es o no conveniente, en armonía con el artículo 58 de la Ley 94 de 1938, cambiar la radicación del proceso contra los responsables de las infracciones penales que puedan haber ocurrido con motivo, ocasión o pretexto del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui.

El señor Ministro remitió a esta Corporación la expresada solicitud con otra, dirigida en el mismo sentido, el 10 de los corrientes a la Comisión por el señor investigador Especial doctor Daniel Sánchez Herazo.

De los antecedentes que la Sala ha tenido a la vista, se colige que los referidos hechos fueron cometidos en Montería y Cartagena.

* * *

Para que sea aconsejable cambiar la radicación de un proceso penal, es necesario que no haya otro camino jurídico viable que preserve en el respectivo caso "la recta administración de justicia".

Se trata, como es obvio, de una medida extrema que sólo es dado aconsejar en circunstancias excepcionales; no debe, pues, prodigársela, porque así se comprometería la misma altísima finalidad que se desea proteger.

De ahí que la Corte haya obrado siempre en tan delicada materia con las naturales precauciones.

¿Concurren en el proceso de Berástegui circunstancias excepcionales bastantes a exigir, como ineludible para la recta administración de justicia el cambio de radicación solicitado?

La Sala así lo estima, y no considera necesario mencionarlas, porque son demasiado conocidas.

La investigación y represión de los hechos punibles que hayan podido cometerse por particulares o funcionarios, o por unos y otros en connivencia, en regiones de los departamentos de Córdoba y Bolívar, no puede llevarse a cabo con la necesaria imparcialidad y prontitud, sin cambiar de radicación el proceso relativo a Berástegui.

La Sala no tiene por qué poner en duda y, antes bien, debe aceptar como veraces los informes del investigador especial Daniel Sánchez Herazo sobre este asunto.

El investigador ha manifestado (folio 4) entre otras cosas, que "con motivo del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui", se permite citar, "por vía de ejemplo, lo que el Juez Torres Stevenson dice acerca de lo ocurrido en la Fiscalía del Tribunal" de Bolívar, "con ocasión del remate de los predios La Lechería y La Huerta de las Panelas: que cuando eso estaba prepa-

rándose, mediante los pregones para la subasta, el teléfono de la Fiscalía no dejó de estar en contacto permanente con el Palacio Presidencial, donde se hallaba el.... postor en esa licitación, y, en definitiva, adjudicatario de los predios rematados".

La Corte prohija lo expuesto por la Comisión Nacional Instructora cuando dice que el cambio de radicación "nada tendrá que ver con las personas implicadas en el proceso y que deban ser juzgadas por el Senado de la República" o por la Corte misma.

En consecuencia, por la calidad de las personas que tuvieron que ver con esos hechos, lo mismo que por el ambiente mefítico que aún no ha habido tiempo de ventilar y corregir, la Corte Suprema —Sala Penal— conceptúa en favor del cambio de radicación solicitado.

Cópiese y devuélvase al Ministerio de Justicia con los anexos.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

DELITO DE PECULADO. — UNA COSA ES EL DELITO Y OTRA MUY DISTINTA LA MAYOR O MENOR PENA QUE SE APLICA POR EL HECHO CRIMINOSO. — EN EL PECULADO EL QUANTUM DE LA PENA SE FIJA ATENDIENDO AL VALOR REAL DE LO QUE SUSTRAJO EL INFRACTOR

Una cosa es el delito de peculado, el cual en su estructura misma no se vincula necesariamente a ésta o aquella cuantía; y otra cosa muy distinta es la mayor o menor pena que se aplica a tal hecho criminoso, según sea mayor o menor la extensión económica de sus malsanas consecuencias.

Para fijar el quantum de la pena correspondiente al peculado, hay que atender al alcance pecuniario que en definitiva, se le dedujo al responsable, y, además, al valor de los muebles y efectos pignorados por éste como si le hubiesen pertenecido. Resulta absurdo hacer el cómputo de la cuantía total, limitándose a agregar a dicho alcance pecuniario solamente las sumas exiguas obtenidas por el reo en las casas de empeño. El valor de las máquinas y demás enseres no es, desde luego, el que a su antojo suelen señalar los usureros, sino el que en realidad tengan en el comercio, según factores serios y objetivos del mercado.

Tampoco es aceptable prescindir del valor de las máquinas por el sólo hecho de haberse logrado su recuperación, como pretenda sostenerse. Y no es aceptable este criterio porque en el presente caso, no fue el reo quien las devolvió.

Si el valor de los bienes apropiados por el sindicado es superior a $ 3.000.00 hay que aplicarle "la pena de presidio y no la de prisión" y que su duración no puede ser menor de cuatro años, de conformidad con el Decreto 1.858 de 1951.

Este mínimo según el artículo 32 del Código Penal debe aumentarse siquiera en ocho meses, cuando se trata de un delito continuado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.— Bogotá, noviembre veintiocho de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino).

VISTOS:

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Buga interpuso oportunamente recurso de casación contra la sentencia de 20 de marzo último, del mismo Tribunal, en la causa seguida contra MANOLO CHAVARRO GAITAN por el delito de peculado.

En la Corte se han cumplido los trámites de rigor.

HECHOS:

El 18 de febrero de 1955 el señor Carlos Romero Brujes cedulado bajo el número 3404490 en Bogotá, se presentó al despacho del Juez Municipal de Bugalagrande (Valle) e introdujo denuncia contra el señor Manolo Chavarro Gaitán en los términos que, resumidos, se reproducen a continuación:

El denunciante desempeñaba, a la época de la denuncia, el cargo oficial de Interventor Delegado de la carretera Tuluá-Cartago. El denunciado, cuya cédula de ciudadanía es la número 17289 de Bogotá trabajaba como Contador-Pagador-Almacenista de la Interventoría. El 12 del mismo mes de febrero de 1955, el denunciante comprobó en el Banco de Colombia (Sucursal de Bugalagrande) que Chavarro Gaitán "había girado cheques falsos por .... $ 2.160.00 aproximadamente y que para este efecto el señor Chavarro presentaba" mes por mes "extractos bancarios falsificados con formatos legítimos del Banco". El exponente Romero Brujes denunció en seguida estos hechos al alcalde del lugar para que se intimase prisión inmediata a Chavarro Gaitán; y luégo, al regresar a su oficina, encontró "la cartera del citado Chavarro" dentro de la cual había "comprobantes de varias casas .... en donde el citado señor había empeñado elementos" del "Gobierno Nacional..." así: a) Una calculadora Facit (número 108761) facilitada por la empresa Raymond a la Interventoría. Chavarro la empeñó en "La Confianza" de Buga por $ 300.00 según recibo 13018 de 5 de octubre de 1954. b) Una máquina sumadora Underwood empeñada en la prendería de Luis Carlos Gómez R. en Cartago, según comprobante número

72390 de 7 de los mismos mes y año, por $ 200.00. Esta máquina pertenece a la Interventoría. c) Una máquina de escribir Royal, también de la Interventoría, pignorada por el mismo reo a Herrera Vélez Compañía Limitada de Tuluá, según recibo número 8677 de 9 de noviembre de 1954, por $ 120.00. El denunciante hace constar que estas máquinas las rescató él y las depositó en las respectivas Alcaldías, según comprobantes anexos a la denuncia; y que el reo adquirió 14 llantas a nombre de la Interventoría en algunos almacenes, como se desprende de documentos agregados también a la denuncia. Para terminar su exposición, el denunciante agregó: "....el señor Chavarro en cada una de las prenderías presentó facturas de compra falsificadas en papel timbrado de la casa K. F. Jensen de Cali: estas facturas están en poder de los propietarios de las casas de compraventa. También adjunto al denuncio un comprobante encontrado en la cartera de Chavarro, en el cual consta el retiro de un radio de la Radiolandia —Cárdenas Estrada Limitada de Tuluá, Valle—, a nombre de la Interventoría lo cual es falso porque no está autorizada la Interventoría para ello. Dejo así detallado mi denuncio y estaré listo a suministrar los detalles que se consideren necesarios para una feliz culminación de la investigación".

El sindicado en su indagatoria (folio 117 y siguientes) confesó haber cometido los hechos materia de la denuncia. El señor Juez Segundo, luégo de haber traído a los autos numerosas pruebas en relación con el cuerpo del delito, llamó a juicio a Manolo Chavarro Gaitán para que "por los trámites señalados en el artículo 1º del Decreto 3347 del 31 de octubre de 1950" respondiese "por el genérico delito de peculado" previsto por el Código Penal en su Libro II, Título III, Capítulo I y en el Decreto Ejecutivo 1.858 de 4 de septiembre de 1951. En la misma providencia que tiene fecha 2 de febrero de 1957, el señor Juez Segundo Superior de Buga observó que los hechos delictuosos habían ocurrido "en las postrimerías del año 1954, y por las fechas de 6 y 7 de octubre y 9 de noviembre del mismo año, teniendo el sindicado o ejerciendo el cargo de Almacenista-Pagador de la Interventoría Delegada de la carretera Tuluá-Cartago".

El 25 de febrero de 1957 se llevó a cabo la audiencia, en Buga; y en tal oportunidad la Fiscalía, después de sustentar la tesis del peculado se refirió a la extensión económica del ilícito, así:

"En cuanto al monto total, o valor total de los caudales y dineros a que se concreta el aprovechamiento obtenido con los objetos de que dispuso y depósitos bancarios sustraídos ilícitamente, tal suma se descompone así: Por dineros girados a su favor en chequera oficial (varios cheques), contra el Banco de Colombia, Sucursal de Bugalagrande, la suma de $ 1.144.14; según despréndese del acta de visita visible a folio 40 fte.; la suma de $ 620.00 aprovechamiento obtenido en el empeño de las máquinas de oficina y la suma de $ 420.00 en los compromisos contraídos respecto a las llantas, o sea un total de $ 2.184.14. Con la advertencia de que las máquinas de oficina fueron recuperadas posteriormente".

Los antecedentes del procesado fueron buenos hasta cuando incurrió en los hechos materia del presente juicio.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En ella dijo el Juez Segundo Superior el 20 de marzo de 1957 entre otras cosas lo siguiente:

"....sobre la realidad objetiva de las actividades erigidas como cargo de responsabilidad en contra del sindicado MANOLO CHAVARRO GAITAN, este Despacho hizo el análisis crítico de las apreciaciones que sirvieron de base a los funcionarios de la Contraloría para deducir los distintos saldos de alcance que, en su concepto, debían imputarse al inculpado y levantar sobre ellos los fundados cargos de malversación de fondos oficiales, condignos de una sanción penal. Fue así como, con método matemático, el Juzgado discriminó los mencionados saldos, así:

"Saldo según el ACTA DE VISITA practicada el 25 de febrero de 1955..$	2.980.14
"Saldo según el Abogado de la Contraloría, doctor CARLOS GARCIA CORREA, deducido en acta del 22 de noviembre de 1956 .....$	4.381.94
"Saldo según la Contraloría General de la República, deducido en Resolución número 001218, del 17 de noviembre de 1956 .....$	3.847.53

"Estas notorias diferencias existentes entre uno y otro saldos, cuya razón de ser el Juzgado anotó cuidadosamente, en su empeño de formarse un criterio cierto en relación con la cuantía del delito de peculado, cuestión técnica sobre la cual graduarse el "tantum" de la pena; tales diferen-

cias —se repite— vinieron a resaltar más, y a poner más en duda la existencia del verdadero saldo, ante la apreciación de la Fiscalía del Juzgado, para la cual el saldo deducible como alcance, es el de.....$ 2.204.14

Finalmente este Despacho, fiel a su esfuerzo por aclarar y fijar su criterio, frente a cuestión de tánta trascendencia para la determinación de la definitiva responsabilidad del procesado, y la aplicación de la pena que por el delito que se le atribuye, debe imponérsele, avocó el estudio de la cuestión planteada y, al efecto, se expresó en la forma siguiente:

"SALDO DEDUCIDO POR EL JUZGADO

"Para este Juzgado, el saldo o cuantía definitiva del alcance que debe deducírsele al sindicado MANOLO CHAVARRO, no puede ser distinto a la suma de $ 2.011.53, descompuesto así:

"Faltante en efectivo, según Acta de Visita del 23 de febrero de 1955, deducido el valor del reintegro acreditado, según la Resolución 001218, antes citada .....$	1.079.40
Valor de los elementos faltantes en la Interventoría, a cargo del sindicado MANOLO CHAVARRO, según relagún relación de folios 60 y 61.....$	932.13
SUMA.....$	2.011.53

"Como se ve, el Juzgado, obrando en la misma forma que lo ha hecho la Contraloría, ,no incluye en la expresada suma de $ 2.011.53 ni los $ 1.836.00 valor de las máquinas, ni el valor de las catorce llantas, que incluye el Abogado de la Contraloría, por la suma de $ 1.401.80. Y para la deducción de esta suma, el Juzgado no sólo procede lógicamente, sino porque las llantas las había adquirido el sindicado, y sobre una adquisición particular que había hecho de ellas, obtuvo préstamos. Tanto es así, que las llantas las volvieron a reclamar los individuos que las habían vendido a crédito al mismo CHAVARRO. Y hasta esta otra razón se podría aducir, y es la de que si la Contraloría halló justo y equitativo, como lo manifiesta en su oficio número 11.985 a la Compañía Granadina de Seguros, no incluír el valor de las máquinas en la cuantía del alcance, o sea la suma de $ 1.836.00, con mucho mayor razón no se le puede imputar la suma de $ 1.401.80, por concepto del valor de llantas, llantas que no perdió la Interventoría, y que ni siquiera pudo recibir.

"Aún estima el Juzgado, que para establecer una verdadera responsabilidad al sindicado, y más que todo, para determinar realmente el valor de la cuantía, no estaría fuera de lugar, y antes sí muy humano considerar que cuando el señor CHAVARRO giró los cheques, cuyo valor total se le ha elevado como alcance, a él le adeudaba el Estado, la suma de $ 1.015.40, según la certificación que el Ministerio de Obras Públicas expidió al mismo señor CHAVARRO, a solicitud de él, al folio 62. De manera, que si se tuviera en cuenta esta última observación del Juzgado, no vendría a quedar a cargo del sindicado, como cuantía del delito a él imputado, sino la suma de $ 932.13, que fue el valor de los elementos faltantes, y cuya relación aparece de folios 60 y 61, por el valor total de la suma expresada".

"....Por su parte, el señor defensor del procesado, acogiendo las razones expuestas por el Juzgado, invocó la justicia con que el mismo, oyendo las razones de la Fiscalía y del mismo defensor, estimó que el caso sub-judice encajaba dentro de la denominación jurídica de PECULADO. Asimismo, recalcó el defensor que debía tenerse en cuenta, en la estimación de la cuantía del saldo, la circonstancia reconocida y aceptada por el Juzgado, cual es la de adeudarle el Estado al sindicado CHAVARRO GAITAN, al momento de la comisión de los hechos materia del cargo que contra el mismo se ha formulado, la suma de $ 1.015.40. Y que así, pide el defensor, se tenga como verdadero saldo a cargo, la suma de $ 932.13. Termina el señor defensor solicitando, en tesis principal, se favorezca a su defendido con la gracia establecida en el artículo 152 del Código Penal, o sea, que se le reduzca la pena de dos (2) años que le corresponde, a un (1) año, por haber reintegrado el sindicado MANOLO CHAVARRO, como parte de la suma deducida como alcance, la cantidad de $1.014.10, según constancia que obra a folios 181. O que, subsidiariamente, impetra el defensor, se aplique a su defendido el beneficio de la condena condicional, prevista en el artículo 80 ibídem, ya que para ello se encuentran reunidos los requisitos legales allí exigidos.

"Atendiendo a las anteriores consideraciones o peticiones de la defensa, este Despacho, ha de decir, en primer lugar, que como ya lo expresó en su auto de proceder, el hecho de haber dispuesto el sindicado de los efectos puestos bajo su cuidado, para subvenir a sus necesidades mientras se le pagaba su sueldo, alegando la demora en

el pago de los mismos, no constituye dicha circunstancia un atenuante de responsabilidad, ni menos una causal de justificación del hecho. Por lo cual, debe el Juzgado abstenerse de estimar que el monto de esos sueldos, debe excluírse de la cuantía a que asciende la suma deducida como alcance.

"Esta consideración, unida a la de que no hay constancia de haber el sindicado restituído lo apropiado o su valor, en forma integral, no permiten acceder a las pretensiones del defensor, en el sentido de rebajar la pena, ni en la mitad, como lo prescribía el artículo 152 del Código Penal, que era la disposición aplicable antes, cuando de reintegro parcial o total de lo sustraído o apropiado se trataba; ni en la tercera parte, como lo estatuye el inciso 2º del artículo 3º del Decreto 1858 de 4 de septiembre de 1951, estatuto éste que vino a sustituír la norma del citado artículo 152, por serle ésta contraria, en conformidad con el artículo 4º del citado Decreto.

"Ahora bien: atendiendo a la segunda tesis o petición subsidiaria de la defensa, se habrá de considerar, previamente, que la pena imponible al procesado, de acuerdo con la disposición infringida (artículo 3º, inciso 1º del citado Decreto 1858), es la de prisión de dos (2) a seis (6) años, toda vez que el valor de lo apropiado no excede de tres mil pesos; debiéndose aplicar la pena mínima, desde luego que contra el sindicado no militan circunstancias de mayor peligrosidad, ni constancias de pasado judicial.

"Así las cosas, no excediendo la pena de dos (2) años; no habiendo recaído ninguna condenación por delitos contra el procesado, y estando acreditada hasta la evidencia la magnífica conducta del procesado, y que en todo momento se ha distinguido por su buen comportamiento frente a sus superiores, todo lo cual hace presumir fundadamente que ni es peligroso para la sociedad, ni volverá a delinquir, viable es entonces la aplicación en el presente caso de la gracia establecida en el artículo 80 del Código Penal, bajo la denominación de CONDENA CONDICIONAL, que apareja para su existencia el lleno de los requisitos antes enumerados, y cuyo ejercicio está subordinado a las obligaciones prescritas por los artículos 81, 86 y 87 ibídem.

"Por lo anteriormente expuesto y considerado, el Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Buga, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, RESUELVE:

"PRIMERO.—CONDENASE a MANOLO CHAVARRO GAITAN, de las condiciones civiles expresadas en el auto de proceder y por el delito de PECULADO allí calificado, a la pena principal de DOS AÑOS DE PRISION, que pagará en el Establecimiento carcelario que designe la Dirección General de Prisiones, y a las penas accesorias siguientes:

"a) A la publicación especial de la sentencia; b) A la interdicción de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena principal; c) A la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, si los tuviere; d) A la suspensión de la patria potestad, por el término de dos años; e) A la reparación de los daños y perjuicios causados por el delito (artículo 84 del Código Penal).

"SEGUNDO.—SUSPENDESE la ejecución de la pena impuesta en el punto anterior, por un término de dos (2) años, gracia de la cual gozará el procesado previo el compromiso de observar buena conducta; de someterse a la vigilancia de las autoridades; presentarse ante la autoridad que esté conociendo de su negocio, cada vez que sea solicitado y dentro del término que se le señale; a no cambiar el lugar de su residencia, sin previo aviso, y dando la nueva; a pagar los gastos de captura, si a ello hubiere lugar; de pagar por vía de multa y a favor del Tesoro Nacional, la suma de CIEN PESOS ($ 100.00) MONEDA LEGAL, si no diere cumplimiento a las obligaciones contraídas, y revocación de la liberación condicional, sometiéndose a nueva detención para el cumplimiento del resto de la pena que aún le falte por cumplir".

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

A virtud de consulta subió el expediente al Tribunal Superior de Buga, entidad ésta que en fallo de 20 de marzo de 1958, una vez cumplidos los trámites del caso, confirmó lo resuelto por el inferior.

De la sentencia de segundo grado conviene transcribir algún pasaje que, por otra parte y no sin razón ha merecido reparos del señor Procurador Delegado. "....aunque el procesado espontáneamente no reintegró a su debida oportunidad las máquinas que .... había empeñado en beneficio suyo o de terceras personas, el Estado no sufrió mengua en sus intereses, ya que se logró la recuperación total de las mismas, aunque de una forma forzada. Entonces se tiene —según el Tribu-

nal— que, en definitiva, el alcance o desfalco deducible al procesado Manolo Chavarro Gaitán, es el siguiente: el faltante indicado en el Acta de visita verificada el 23 de febrero de 1955, de acuerdo con Resolución número 001218, $ 1.079.40; el valor de los elementos o enseres que faltaron en el Almacén de la Interventoría .... a cargo del procesado, $ 932.13, dando un gran total de $ 2.011.53..."

LA DEMANDA DE CASACION

El señor Fiscal recurrente invoca (folios 9 y 10, cuaderno 3) contra la sentencia de segunda instancia "la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, por el motivo de que dicho fallo es violatorio de la ley penal, por indebida aplicación de la misma..."

Incurrió, pues, el señor Fiscal en involuntaria confusión de la causal segunda con la primera: la indebida aplicación de la ley se refiere al primer numeral del artículo 567 y no al segundo.

Sin embargo, los fundamentos del recurso, tal como los propone el expresado Agente del Ministerio Público, se relacionan evidentemente con la causal segunda, es decir, se encaminan a demostrar que el Tribunal incurrió en errada interpretación o apreciación de los hechos determinantes del **quantum** de la infracción.

Por su parte, el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal amplió, en tiempo, la demanda invocando y fundando la causal segunda con la necesaria precisión, sin dejar de alegar así mismo la primera puesto que, "de acuerdo con las disposiciones penales violadas y con el monto del delito ....., le corresponde al sentenciado una pena diferente a la que le impuso el fallo recurrido".

LA CAUSAL SEGUNDA

Tanto el Fiscal recurrente como el señor Procurador hacen hincapié en que hubo, por parte del Tribunal sentenciador, errónea interpretación de los hechos determinantes del monto del peculado.

"No existe ninguna discrepancia —dice la Procuraduría— en cuanto se relaciona con el faltante ... de que da cuenta el Acta de visita, ni sobre la cuantía de los cheques girados indebidamente de fondos pertenecientes a la Interventoría Delegada; pero en cambio surgen diferencias notorias en el criterio de apreciación, por parte del Juzgado, del Tribunal, de la defensa y de la Contraloría, de un lado; y del Fiscal de la corporación distrital y de la misma Contraloría por el otro, respecto del uso indebido en lo tocante a las máquinas de propiedad de la citada Interventoría y de las llantas adquiridas con facturas de ésta por el sindicado Chavarro, ... para determinación exacta de la cuantía" del delito.

"El valor total de las máquinas ..... dadas en prenda por Chavarro y recuperadas oportunamente en verdad no podría computarse al sindicado en cuanto representa por el uso indebido la totalidad de tales muebles, sino en cuanto al aprovechamiento doloso al darlas en prenda (subraya la Sala) sin la autorización requerida y sin que esa pudiera ser una destinación ordinaria de los mismos; por lo cual los $ 620.00 obtenidos por tal concepto deben ser computados en la cuantía del peculado".

Igual observación hace el Procurador respecto de las llantas; y aplicando el criterio que queda expuesto fija "la exacta cuantía del peculado", en la suma de $ 3.051.53.

La Sala considera:

Una cosa es el delito de peculado, el cual en su estructura misma no se vincula necesariamente a esta o aquella cuantía; y otra cosa muy distinta es la mayor o menor pena que se aplica a tal hecho criminoso, según sea mayor o menor la extensión económica de sus malsanas consecuencias.

En el presnte caso, nadie ha puesto en duda que hubo peculado. Lo que se ha discutido es el monto de los bienes y efectos de que el reo hizo evidentemente uso indebido.

Para fijar el quantum de la pena correspondiente al peculado, hay que atender al alcance pecuniario que, en definitiva, se le dedujo al responsable, y, además, al valor de los muebles y efectos pignorados por éste como si le hubiesen pertenecido. Resulta absurdo hacer el cómputo de la cuantía total, limitándose a agregar a dicho alcance pecuniario solamente las sumas exiguas obtenidas por el reo en las casas de empeño. El valor de las máquinas y demás enseres no es, desde luego, el que a su antojo suelen señalar los usureros, sino el que en realidad tengan en el comercio, según factores serios y objetivos del mercado.

Tampoco es aceptable prescindir del valor de las máquinas por el solo hecho de haberse logrado su recuperación, como pretende sostenerlo el Tribunal. Y no es aceptable este criterio, porque no fue el reo quien las devolvió.

Cuanto a las catorce llantas, consta en autos y lo alega el demandante, que Chavarro Gaitán las pidió "a nombre de la Interventoría, a crédito y sin autorización de ésta .... a almacenes de Bu-

galagrande, y Tuluá, por un valor total de $ 1.401.80", y las empeñó. "Estas llantas fueron recuperadas posteriormente por la Interventoría". Síguese, pues, que el valor de ellas hay que incluírlo en el quantum económico del peculado.

Sin necesidad de más operaciones aritméticas queda establecido, sin lugar a réplica, que el valor del desfalco pecuniario, más el de las máquinas y el de las llantas representa un total muy superior a los $ 3.000.00.

En vista de todo lo anterior, prospera la causal segunda.

En este estado, la Sala observa que no puede hacer más grave de lo que piden el demandante y el Procurador, la pena que debe cumplir el reo.

CAUSAL PRIMERA

La interpretación errónea de los hechos condujo al Tribunal como lo sostienen la Procuraduría y el Fiscal recurrente, a una equivocada aplicación de la ley penal.

Al reo le corresponde, pues, "una pena diferente a la que le impuso el fallo recurrido"; y es de advertir, como lo hace el Ministerio Público, "que por ser el valor de los bienes apropiados por Chavarro Gaitán, superior a los $ 3.000.00" hay que aplicarle "la pena de presidio y no la de prisión y que su duración no puede ser menor de cuatro años, de conformidad con el Decreto 1.858 de 1951...".

Este mínimo según el artículo 32 del Código Penal debe aumentarse siquiera en ocho meses, porque como lo observa el Ministerio Público se trata de un delito continuado.

Tampoco puede otorgarse al sindicado "la gracia de la condena condicional a que se refiere el artículo 80 del Código Penal" por no reunirse en este caso los requisitso exigidos en dicha norma.

° ° °

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo en parte con la Procuraduría y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º —Invalídase la sentencia de 20 de marzo de 1958 del Tribunal Superior de Buga, materia del presente recurso extraordinario; y

2º—Condénase a Manolo Chavarro Gaitán, de las condiciones civiles expresadas en el auto de proceder, como responsable del delito de peculado, a las siguientes sanciones: a) Cuatro años, seis meses de presidio, que cumplirá en el establecimiento carcelario que designe la Dirección General de Prisiones; b) A la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término (4 años y medio); c) A la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial; d) A la pérdida de la patria potestad, si la tuviere; e) A pagar los perjuicios causados con el delito; y f) A la publicación especial de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino— Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

REQUISITOS PARA QUE PUEDA IMPUTARSE COMO DELICTUOSA LA OMISION DE UN FUNCIONARIO EN DECLARAR UN IMPEDIMENTO

Para que pueda imputarse como delictuosa la omisión en denunciar un impedimento, no basta que éste exista. Se requiere también que la causal de recusación haya sido conocida por el funcionario y no obstante ello se haya negado a declararla. Pero si tal actitud no obedece al deseo de actuar en el proceso, contrariando así las previsiones de la ley, sino a descuido o inadvertencia, no es punible porque le falta el elemnto moral que consiste en "la intención dolosa de rehusar hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse", para emplear una expresión de esta misma Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas).

VISTOS:

Corresponde a la Corte calificar el mérito del sumario instruído contra el doctor Augusto Tinoco Pérez —durante muchos años Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena— a quien el señor Hedilber Camargo Sierra denunció 'por el delito de abuso de autoridad y otras infracciones". Esa investigación se declaró abierta el treinta de noviembre de mil novecientos cincuenta y seis, se cerró el quince de julio del corriente año y el trece de septiembre siguiente emitió su concepto de fondo el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, quien solicita sobreseimiento definitixo en favor del sindicado por todos los cargos que dieron lugar a la formación del proceso.

Las acusaciones que se le hicieron al doctor Augusto Tinoco Pérez, cuyo carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena se encuentra debidamente acreditada, fueron las siguientes:

a) Que, no obstante su capital enemistad con el hermano del denunciante, doctor Ricardo Camargo Sierra, aceptada por el Fiscal Tinoco Pérez en otros procesos, se abstuvo de declararse impedido en las causas contra Eduardo Orozco García y Miguel Angel López Londoño. Debido a esta omisión el doctor Camargo Sierra, representante de los procesados, recusó al Fiscal, y el Tribunal Superior lo declaró separado del conocimiento de los dos negocios.

b) Que el mismo doctor Tinoco Pérez omitió declararse impedido para actuar en un proceso de carácter disciplinario adelantado por el Tribunal contra el señor César Tinoco Pérez, hermano del Fiscal, por abandono del cargo de Juez Municipal de Maríalabaja.

c) Que el Fiscal Augusto Tinoco Pérez "indebida y subrepticiamente", sustrajo de la Secretaría del Tribunal un libro de actas y que, cuando su extravío era de conocimiento general y las sospechas recaían sobre dicho funcionario, se presentó ante el doctor Alario Di Filipo, Presidente de la Corporación y le hizo entrega del libro, diciéndole que había alguna persona interesada en tomar copia de uno de los documentos contenidos en él.

Llamado a rendir indagatoria el doctor Tinoco Pérez explicó así su conducta:

Es verdad que en los procesos seguidos a Eduardo Orozco García y Miguel Angel López Londoño, en los cuales figuraba como apoderado de los sindicados el doctor Ricardo Camargo Sierra, no se declaró impedido, no obstante la capital enemistad existente entre los dos, debido a que no cayó en la cuenta de que era él la persona que los representaba. Agrega que el excesivo trabajo de su oficina le obliga o no mirar en los expedientes nombres sino casos". Esa inadvertencia fue la causa de la omisión denunciada 'porque yo —dice— me declaro impedido en todos los negocios en que él figura como apoderado".

Admite también que omitió declararse impedide para actuar en un proceso de carácter disciplinario seguido a su hermano César Tinoco Pérez, por abandono del cargo de Juez Municipal de Maríalabaja, y explica de la siguiente manera dicha omisión:

"....contra mi hermano se presentó una queja no de índole penal sino de carácter exclusivamente administrativo para que se le impusieran sanciones disciplinarias. En el expediente que se adelanta por esa clase de quejas, no dice la ley que los Fiscales del Tribunal debamos tener intervención. Sin embargo se viene acostumbrando

hacerles notificaciones. En ellas el Fiscal no alega ni emite concepto alguno. Por consiguiente, lo que en procesal penal se llaman motivos de abstención, no parece que tenga cabida en estas quejas. En efecto, tales motivos persiguen que los funcionarios que administran justicia se abstengan de pronunciar decisiones cuando por determinada causal se suponga que no disponen de la imparcialidad requerida de que debe estar animado todo Juez. Pero una simple notificación, nada significa ni en favor ni en contra de ninguna de las partes".

Adicionó la explicación anterior diciendo que su hermano César "fue sancionado con motivo de esa queja", lo cual demuestra que el hecho de haberse notificado inadvertidamente de una providencia dictada en dicho proceso no influyó para nada en favor del sindicado.

El 15 de marzo de 1957, en ampliación de su indagatoria, concretó así las causas que obraron para no reparar los impedimentos de que se ha venido hablando:

"Olvidé decir que el procedimiento común en las Fiscalías del Tribunal de Cartagena, cuando el Fiscal debe declararse impedido, es el siguiente: Se recibe el negocio y después de radicado, el Secretario de la Fiscalía lo pasa al Fiscal. Si el Fiscal está impedido lo devuelve al Tribunal con un escrito en que manifiesta el impedimento. Y ha sido sólo de cierto tiempo a esta parte cuando yo he cambiado de sistema, pues ahora acostumbro declararme impedido al recibir notificación del auto que ordena el traslado del negocio. No sobra agregar que cambié de sistema en vista de lo siguiente: Yo le había encomendado, para hacer más práctica la labor de la oficina, a mi Secretaria que al recibir los procesos los revisara para ver si allí figuraba alguna persona o algún abogado con quien yo estuviera impedido. Para tal fin le hice saber a ella o mejor a la dicha Secretaria, cuáles eran mis impedimentos. Dicha Secretaria, en virtud de esas instrucciones revisaba los expedientes y al pasarlos a mi mesa lo hacía indicándome con un papelito agregado a la carátula con un "clips" si yo estaba impedido y con quién. Pero en las oportunidades a que se refiere la denuncia en este proceso, ella se descuidó o no advirtió y me pasó los expedientes sin el aviso o anotación ordenado. Claro que yo, que suponía que ella los había revisardo, me iba tranquilo y confiado al fondo del asunto".

La señora Ana Morales de Restrepo, secretaria escribiente de la Fiscalía Segunda del Tribunal de Cartagena declara que las anteriores explicaciones del doctor Tinoco Pérez son rigurosamente exactas (Folio 110).

En el mismo sentido declara Ramiro Barrios Angulo, empleado de la Fiscalía Primera del Tribunal (Folio 130).

También el doctor Dávila Manuel Pestana, Fiscal Primero del Tribunal, declara que el doctor Tinoco Pérez le tenía dicho a su secretaria que antes de pasarle expedientes al despacho le advirtiera si en ellos estaba interesada alguna persona con quien tuviera impedimento, particularmente el doctor Ricardo Camargo Sierra, y en vista de que no cumplió estrictamente la orden le llamó la atención varias veces (Folio 147).

Mediante diligencia de inspección ocular (Folio 98) se supo que el doctor Camargo Sierra descubrió tardíamente uno de los impedimentos, pues la vista fiscal en el proceso contra Orozco García tiene fecha 26 de junio y la recusación no se produjo hasta el 7 de septiembre siguiente. Y si tal cosa ocurrió al apoderado, no es de extrañar la inadvertencia del Fiscal, dado el cúmulo de negocios a su estudio. También se estableció que en los procesos contra Orozco García y López Londoño el Fiscal doctor Tinoco Pérez "se declaró impedido en la respuesta a la recusación del doctor Camargo Sierra".

En relación con el tercer cargo se interrogó al doctor Tinoco Pérez, en declaración sin juramento, si él era Fiscal del Tribunal en abirl de 1953 y si en esa época necesitó hacer uso de libros pertenecientes al archivo de la Corporación. Su respuesta, dada el 7 de marzo de 1957, está concebida de este modo:

"Sí me encontraba de Fiscal, pues que lo soy desde mil novecientos cuarenta y cuatro sin interrupción. Cuando necesitaba algún dato de los libros de acuerdos, lo pedía por escrito o lo buscaba yo mismo según el caso, haciendo esto último, con la venia del empleado respectivo y en presencia de él. En cierta ocasión y posiblemente en ese mes de abril tuve necesidad de intervenir para que se pusiera a buen recaudo un libro de acuerdos de la Sala Penal en que figuraba una constancia contra mí en que los Magistrados de dicha Sala me tildaban de conflictivo por mis enérgicas intervenciones en orden a obtener que cumplieran con su deber. Y lo hice porque supe que por sugerencia del doctor RICARDO CAMARGO SIERRA, algunos empleados subalternos del Tribunal, entre ellos el oficial mayor, se proponían sacar copia de dicha constancia para enviarla al Ministerio de Justicia en vísperas de los nombramientos de Fiscales y demostrar con ella

que no era conveniente mi reelección. Quería yo que quien deseara copia de ese Acuerdo la obtuviera legalmente, es decir, haciendo la solicitud por escrito ante el Presidente del Tribunal, lo que obligaba a mis anónimos malquerientes a descubrirse. Esto me daba oportunidad para demostrar que los cargos que se me hacían en dicha acta eran infundados como lo dijo categóricamente la Procuraduría General de la Nación con base en el informe que sobre el problema le rindió el entonces Visitador señor doctor Alfonso Barragán".

Declara el doctor Tinoco que a la Secretaría del Tribunal fue en compañía de los señores Amaury Guerrero y Jesús Antonio Hoyos y en presencia de ellos le exigió al portero Rafael Sánchez "que guardara ese libro y se lo entregara al Presidente del Tribunal para que no sacaran subrepticiamente copia de él". Esto sucedió un viernes. El lunes siguiente, cuando supo de labios del doctor Patricio Villalba que sus enemigos estaban propalando la especie de que se había sustraído el libro de actas, le pidió al portero el que le había ordenado guardar y se lo entregó al Presidente del Tribunal.

Las manifestaciones hechas por el Fiscal Tinoco Pérez están ampliamente respaldadas con las declaraciones rendidas por el doctor Alario Di Filipo, Presidente del Tribunal Superior de Cartagena (Folio 74), el señor Rafael Sánchez, portero, (Folio 106 vuelto) y el señor Jesús María Hoyos (Folio 108 vuelto).

El doctor Ricardo Camargo Sierra, admitido como parte civil en el proceso, solicitó y obtuvo la práctica de varias pruebas.

A petición suya rindió declaración el doctor César Bustos. Se le preguntó si era cierto que siendo él Fiscal del Juzgado Segundo Superior de Cartagena, el doctor Tinoco Pérez "le dio órdenes de que persiguiera" y "no hiciera justicia al doctor Ricardo Camargo Sierra". Contestó que en ocasiones el doctor Tinoco hablaba mal de su personal enemigo el doctor Camargo Sierra "y éste pensaba que el doctor Tinoco Pérez se dirigía a todos los funcionarios judiciales y del Ministerio Público que tenían cierta vinculación con el Fiscal Tinoco Pérez en el sentido de que lo persiguieran". Dice que así lo insinuó el doctor Camargo Sierra en un escrito que el Fiscal Bustos rechazó. Del incidente tuvo noticia el doctor Tinoco quien aprovechó la oportunidad para aconsejarle le impusiera sanciones disciplinarias.

Otro de los declarantes que comparecieron a petición del apoderado de la parte civil fue el doctor Raúl Castilla Castilla. Manifestó que el doctor Tinoco Pérez le había cancelado inexplicablemente la amistad al declarante y que por eso se le hizo extraño que no se hubiera declarado impedido en varios negocios suyos. Dijo también que no lo había recusado porque seguía considerándolo su amigo.

También declaró, a petición del doctor Camargo Sierra, el abogado José Fernando Tinoco Morelos. Refiere el testigo que son muchos los negocios suyos en que ha intervenido el Fiscal Tinoco Pérez, cuyos conceptos fueron desfavorables a las pretensiones de la defensa en un "noventa por ciento", pero que nunca lo recusó porque no encontró motivo legal para ello. Dice que cuando le reclamaba por sus vistas fiscales adversas obtenía esta respuesta: "Pariente, yo nunca miro quiénes son los abogados, sino el negocio".

Se trajo igualmente a los autos una carta que el doctor Tinoco envió al doctor Camargo y de cuyo contenido se deduce que realmente son enemigos capitales, lo que ninguno de los dos ha desconocido.

De la simple relación de hechos que antecede se concluye fácilmente que los imputados al doctor Augusto Tinoco Pérez, en su carácter de Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena, no son constitutivos de delito.

Las explicaciones que dio el sindicado sobre los cargos que le hizo el denunciante deben aceptarse porque no son caprichosas ni inverosímiles. Además, como ya se vio, están respaldadas en otras constancias del proceso.

Para que pueda imputarse como delictuosa la omisión en denunciar un impedimento, no basta que éste exista. Se requiere también que la causal de recusación haya sido conocida por el funcionario y no obstante ello se haya negado a declararla. Pero si tal actitud no obedece al deseo de actuar en el proceso, contrariando así las previsiones de la ley, sino a descuido o inadvertencia, no es punible porque le falta el elemento moral que consite en "la intención dolosa de rehusar hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse', para emplear una expresión de esta misma Corte.

Es verdad que el doctor Augusto Tinoco Pérez estaba impedido para actuar en varios procesos penales y en uno disciplinario por existir respecto de él las causales de recusación señaladas en los ordinales 1º y 5º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal. Pero si no declaró el impedimento fue porque en dos casos no lo advirtió sino cuando el doctor Camargo Sierra se lo puso

de presente, no porque intencionalmente hubiera pretendido actuar sin estar autorizado para hacerlo legal y moralmente.

Lo mismo ocurre con el hecho de haber recibido notificaciones en el proceso disciplinario que se seguía contra su hermano. Sobre este cargo expone el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal los siguientes conceptos que acoge la Sala:

"Aparece en la presente investigación que evidentemente el 14 de enero de 1952 se iniciaron contra el señor César Tinoco Pérez, en ese entonces Juez Municipal de Maríalabaja, unas diligencias para investigar su culpabilidad en diversas irregularidades ocurridas en el Despacho a su cargo y relacionadas con su ausencia del mismo. Dos notificaciones recibió el doctor Tinoco Pérez en tales diligencias: la de fecha 15 de julio de 1952 y la del 13 de octubre de 1953. A ello se redujo la actuación de dicho Fiscal en ese asunto (Folio 88, cuaderno 1º).

"¿Qué trascendencia tenía el hecho de haber recibido tales notificaciones? Ninguna absolutamente. Eran diligencias perfectamente innocuas, sin ninguna finalidad legal.

De ahí que si el doctor Tinoco Pérez hizo caso omiso de ellas, no cometió hecho alguno censurable pues en la aplicación de sanciones disciplinarias, el superior jerárquico obra por su propia autoridad e imperio, y en el pleno e independiente ejercicio de sus funciones según lo establece el decreto correspondiente, sin ninguna intervención o colaboración del Ministerio Público.

"Se tiene, por tanto, que el hecho de haber recibido el doctor Tinoco Pérez aquellas notificaciones, no implica ilicitud ninguna, pues ningún efecto podían producir. En consecuencia, se le debe absolver por este tercer cargo".

Por último, en lo relacionado con la "indebida y subrepticia" sustracción de un libro de actas del Tribunal, de que da cuenta el denunciante, se estableció que "no hubo apoderamiento ninguno del libro de Acuerdos, ni sustracción con ánimo de apropiación o de desaparecimiento, destrucción o mutilación" (palabras de la Procuraduría). Lo único que se propuso el doctor Tinoco fue evitar que personas mal intencionadas tomaran de él copias fragmentarias, sin autenticación legal, y para ello obtuvo que dos funcionarios del Tribunal lo mantuvieran fuera del alcance de aquellas. "No hubo —concluye el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal— acto abusivo ninguno en tomar el libro y llevarlo a la Presidencia del Tribunal, sino un elemental proceso de defensa de los propios intereses, al mismo tiempo que una medida para que se cumplieran las disposiciones legales sobre expedición de copias".

No siendo delictuosos los hechos imputados al doctor Tinoco Pérez, es el caso de dar aplicación a lo dispuesto en el ordinal 1º del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal, como lo solicita el señor Agente del Ministerio Público.

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Augusto Tinoco Pérez, por todos los cargos que dieron lugar a la formación de este proceso.

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Bernardo Gaitán Mahecha, Conjuez.—**Pioquinto León L.,** Secretario.

LA ALEVOSIA. — CONDICIONES PARA QUE CONCURRA EN DELITOS CONTRA LA VIDA O LA INTEGRIDAD PERSONAL.—NATURALEZA SUBJETIVA DE DICHA "AGRAVANTE" O ELEMENTO INTENSIFICADOR DEL ANIMO DELICTUOSO. — LA ALEVOSIA DEBE ENTENDERSE COMO UN MEDIO PREORDENADO AL DELITO Y NO YA COMO SIMPLE APROVECHAMIENTO DE CONDICIONES PROPICIAS QUE SURGIERON INESPERADAMENTE. — LA REINCIDENCIA NO PUEDE PREDICARSE SINO DE QUIEN HABIENDO SIDO CONDENADO RECAE EN EL DELITO, SEA DE LA MISMA ESPECIE (REINCIDENCIA ESPECIFICA O PROPIA), O DE OTRA DISTINTA (GENERICA O IMPROPIA). — EL DICHO DE UNA PERSONA NO ES DESATENDIBLE POR LA SOLA VINCULACION A UNA DE LAS PARTES DEL PROCESO PENAL, SINO EN CUANTO REVELE INTERES EN FAVORECER O PERJUDICAR A CUALQUIERA DE ELLAS. — LA FUGA NO SE DESNATURALIZA PORQUE SE EFECTUE CUANDO EL PROCESO SE HALLE AL CONOCIMIENTO DE FUNCIONARIO DISTINTO DEL QUE ORDENO LA DETENCION DEL SINDICADO.—ELEMENTOS REQUERIDOS PARA SU OCURRENCIA

1.—La alevosía, que en el lenguaje corriente es lo mismo que traición, concurre en delitos contra la vida o contra la integridad personal cuando el infractor ha procedido, ora simulando respecto de la víctima sentimientos de amistad que no experimenta, lo mismo que cuando disimula los de odio que labran su espíritu, o bien cuando se oculta a la vista de la persona agredida para sorprenderla y cometer con más cautelosas y efectivas condiciones el delito. Estas dos clases de ocultación, moral la una y física la otra, dan una idea muy precisa de la naturaleza subjetiva de dicha "agravante" o elemento intensificador del ánimo delictuoso.

Tal criterio es el que predomina en la jurisprudencia. Y entonces, si el delincuente ha procurado colocar al sujeto pasivo en situación que favorezca sus planes, como se colige de los términos en que está redactado el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, y de las circunstancias que allí figuran, todas ellas expresivas de una actividad del agente del delito, no cabe duda de que es acertado el concepto de que la alevosía debe entenderse como un medio preordenado al delito, y no ya como simple aprovechamiento de condiciones propicias que surgieron inesperadamente.

2.—Es reincidente el que después de haber sido condenado comete un nuevo delito. En otros términos, y con las palabras de Maggiore, la reincidencia es la recaída en el delito después de una condena anterior.

Sostiene Carrara que la única razón para aumentar la pena al reincidente consiste en la insuficiencia relativa a la que sufrió antes. Y esta insuficiencia —agrega el maestro— la demuestra el reo mismo por su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena.

Pero ya se considera la reincidencia como causa de mayor imputabilidad, por haber revelado el culpable incapacidad de adaptación al orden constituído (Maggiore), o como agravante de la pena, es lo cierto que ella no puede predicarse sino de quien habiendo sido condenado recae en el delito, sea de la misma especie (reincidencia específica o propia), o de otra distinta (genérica o impropia).

3.—El hecho de que los testigos presenciales sean parientes del lesionado no indica de por sí que sus aseveraciones deban rechazarse. Ellas contribuyen a demostrar en la medida en que ofrezcan serios motivos de credibilidad. Punto éste que le corresponde apreciar a los juzgadores, aplicando las normas sobre crítica del testimonio. El dicho de una persona no es desatendible por la sola vinculación a una de las partes del proceso penal, sino en cuanto revele interés en favorecer o perjudicar a cualquiera de ellas.

4.—La fuga no se desnaturaliza porque se efectúe cuando el proceso se halle al cono-

cimiento de funcionario distinto del que ordenó la detención del sindicado. Este ilícito contra la administración de justicia sólo requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el detenido lo esté en forma legal; y b) Que esa detención obedezca a un delito que se le imputa. Si hay providencia escrita de autoridad competente; si ella se ha dictado de acuerdo con las formalidades previstas en la ley; y si esta providencia la conoce el imputado, y se evade, el delito de fuga está jurídicamente perfecto, sin que sea necesario que la evasión se efectúe de la cárcel, pues puede cometerse en otros sitios a que hubiera sido llevado el detenido para la práctica de una diligencia o mientras se le conducía con esa finalidad. Nada de ello incide en la estructura del delito, si se han llenado las exigencias que se acaban de indicar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

La sentencia respecto de la cual se ha interpuesto y tramitado legalmente el recurso de casación que ahora se va a decidir, fue dictada el 14 de marzo de este año por el Tribunal Superior de San Gil, y en ella se condena a Moisés Murillo Marín, como responsable de los delitos de lesiones personales y fuga, a la pena privativa de la libertad de cuatro años y medio de presidio y a "relegación por el término de cinco años a una Colonia Agrícola Penal", accesoria ésta que se le impuso con apoyo en el inciso 2º del artículo 34 del Código respectivo.

* * *

Ocurrió el delito de lesiones en la noche del 30 de noviembre de 1956, en el paraje de Menempa, Municipio de Coromoro, jurisdicción del Circuito de Charalá (Santander). En esa fecha y lugar Valeriano Solano, quien al ruido que se produjo en su pequeño gallinero había abandonado el lecho, y salido a averiguar la causa del revuelo y agitación de las aves, y en momentos en que con una linterna trataba de inspeccionar el sitio, resultó herido por medio de un disparo de escopeta, cuyos balines se le introdujeron en la región posterior del muslo izquierdo, a consecuencia de lo cual estuvo incapacitado para trabajar durante 30 días y quedó con una perturbación funcional de carácter permanente. Tanto el lesionado como las personas que lo acompañaban (mujer e hijas) reconocieron como autor del atentado a Moisés Murillo Marín, quien huyó a continuación, pero un poco después fue aprehendido.

Le correspondió iniciar la investigación al Alcalde de Coromoro, quien por medio de auto de 4 de diciembre de 1956 ordenó detener al sindicado. Mas el 20 de febrero de 1957 Murillo se fugó de la cárcel en donde se hallaba a órdenes del Juez Municipal de la población nombrada (folios 17 y vuelto, cuaderno 1º).

o o o

Al individualizar la sanción el fallo tuvo en cuenta estos elementos:

a) Alevosía, la que deduce el Tribunal de la acción del procesado, quien al ser descubierto en el corral de la casa de Solano disparó el arma de que iba provisto, "sorprendiendo a la víctima indefensa y desapercibida y aprovechando esas circunstancias para consumar sin riesgo el atentado";

b) Las sentencias anteriores (dos) dictadas contra Moisés Murillo Marín como responsable de hurtos cometidos en el mes de marzo de 1953, y en los cuales se funda el juzgador para calificar de segunda reincidencia los delitos materia de este tercer juzgamiento; y

c) El concurso real (lesiones y fuga).

* * *

EL ESCRITO DE CASACION:

El autor de la demanda le hace al fallo recurrido, con base en las causales 1ª y 2ª, presentadas confusamente y en forma que no facilita el estudio de su fundamentación, los siguientes reparos:

1º Que se apreció erróneamente la prueba de la responsabilidad;

2º Que no hubo alevosía;

3º Que se incurrió en equivocación al considerar a Murillo Marín como reicidente por segunda vez;

4º Que no había, por lo mismo, razón alguna para imponer la pena accesoria de que trata el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal; y

5º Que el Tribunal "tomó en consideración para apreciar el delito de fuga el auto de detención de la Alcaldía de Coromoro de 4 de diciembre de 1956, lo que entraña una apreciación errónea, porque cuando Murillo se fugó estaba detenido no por cuenta de la Alcaldía sino por orden del Juzgado Municipal de Coromoro. Luego la prueba sobre el particular debe estar conformada por el auto del Juzgado, por la copia de la boleta de detención expedida por el Juzgado y por la certificación del correspondiente empleado de haber recibido la boleta de detención del Juzgado y haberla puesto en ejecución".

o o o

CONTESTACION DE LA DEMANDA:

Casi cuatro meses después de haber recibido en traslado el expediente, por el término de quince días, para contestar la demanda, fue devuelto por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, con solicitud adversa a las pretensiones del actor, las que, en general, refuta con las mismas consideraciones del fallo acusado, que transcribe en sus partes pertinentes.

o o o

SE CONSIDERA:

La alevosía, que en el lenguaje corriente es lo mismo que traición, concurre en delitos contra la vida o contra la integridad personal cuando el infractor ha procedido, ora simulando respecto de la víctima sentimientos de amistad que no experimenta, lo mismo que cuando disimula los de odio que labran su espíritu, o bien cuando se oculta a la vista de la persona agredida para sorprenderla y cometer con más cautelosas y efectivas condiciones el delito. Estas dos clases de ocultación, moral la una y física la otra, dan una idea muy precisa de la naturaleza subjetiva de dicha "agravante" o elemento intensificador del ánimo delictuoso.

Tal criterio es el que predomina en la jurisprudencia. Y entonces, si el delincuente ha procurado colocar al sujeto pasivo en situación que favorezca sus planes, como se colige de los términos en que está redactado el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, y de las circunstancias que allí figuran, todas ellas expresivas de una actividad del agente del delito, no cabe duda de que es acertado el concepto de que la alevosía debe entenderse como un medio preordenado al delito, y no ya como simple aprovechamiento de condiciones propicias que surigeron inesperadamente.

Luego —en el caso que se estudia— no es jurídico afirmar que el delito de lesiones atribuído a Moisés Murillo Marín fue ejecutado con alevosía. Su proceder obedeció a otros motivos: no ser descubierto en los momentos que se preparaba a sustraer las aves de Valeriano Solano. Lo cual quier decir que a su actuación le es aplicable no el ordinal 5º sino el 4º del artículo 363 citado antes.

o o o

REINCIDENCIA

Es reincidente el que después de haber sido condenado comete un nuevo delito. En otros términos, y con las palabras de Magigore, la reincidencia es la recaída en el delito después de una condena anterior.

Sostiene Carrara que la única razón para aumentar la pena al reincidente consiste en la insuficiente relativa a la que sufrió antes. Y esta insuficiencia —agrega el maestro— la demuestra el reo mismo por su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena.

Pero ya se considere la reincidencia como causa de mayor imputabilidad, por haber revelado el culpable incapacidad de adaptación al orden constituído (Maggiore), o como agravante de la pena, es lo cierto que ella no puede predicarse sino de quien habiendo sido condenado recae en el delito, sea de la misma especie (reincidencia específica o propia), o de otra distinta (genérica o impropia).

Establecido que el número de delitos no es lo que le da a quien los comete el carácter de reincidente, sino incurrir en ellos después de haber sido condenado, el Tribunal Superior de San Gil no podía deducirle al procesado Moisés Murillo Marín segunda reincidencia. Porque los fallos condenatorios anteriores que tuvo a la vista para calificarlo así, aún siendo dos, no demuestran la primera reincidencia. En efecto, en ellos se sancionan —mediante procesos adelantados separadamente—, en vez de haberlo hecho en uno solo, como lo manda el artículo 80 del Código de Procedimiento Penal dos actuaciones delictuosas (hurtos) realizadas por Moisés Murillo Marín en el mes de marzo de 1953, una el 7 y la otra el 18.

Y sucedió que al hurto ejecutado el 7 de marzo de 1953 recayó la sentencia condenatoria (6 meses de prisión) del Juez Municipal de Charalá fechada el 17 de marzo de 1956, confirmada el 25 de abril de ese año por el Juez Promiscuo del Circuito de la citada población. Y el hurto de 18 de marzo de 1953 fue sancionado con doce meses de prisión, según fallos de 20 de noviembre de 1953 y 1º de febrero de 1954, proferidos por el Juez Municipal y por el del Circuito de Charalá, en primera y segunda instancia, respectivamente. Y de paso hay que anotar que el segundo hurto (el del 18 de marzo) recibió más pronta sanción (sentencia de 1º de febrero de 1954) que el primero (sentencia de 25 de abril de 1953).

El relato anterior deja ver con toda claridad que el fallo que es materia del recurso extraordinario que aquí se ventila, hizo una calificación indebida de la reincidencia (segunda). Moisés Murillo Marín había cometido dos delitos antes del que trata el proceso que se examina, pero no después de haber sido condenado. Es reincidente, mas sólo a partir de la sentencia del 14 de marzo de 1958 del Tribunal Superior de San Gil. Por eso no era aplicable el inciso 2º del artículo 34 del Código Penal, ni procedía agravar la pena en la medida en que se determina en el inciso 1º de la citada disposición para el reincidente por segunda vez.

El error del Tribunal consistió en creer que después de dictada la sentencia de 1º de febrero de 1954 (primera), el en ella condenado cometió el delito a que se refiere la de 25 de abril de 1956 (segunda). Y ya se ha visto que esa no es la realidad, puesto que el orden cronológico de los hechos patentiza lo contrario. La primera sancionó el segundo y la segunda el primero.

Quiere ello decir que son fundados los cargos 3º y 4º de la demanda.

No puede expresarse lo mismo de los comprendidos en los números 1º y 5º. En aquel se ataca la validez de la prueba de la responsabilidad de Murillo Marín en la lesión causada a Valeriano Solano; y en éste, la relativa al cuerpo del delito de fuga. Ninguna de estas impugnaciones es aceptable. El primer aspecto (responsabilidad) mereció de parte del Juez Promiscuo del Circuito de Charalá y del Tribunal Superior de San Gil un análisis suficientemente razonado. El hecho de que los testigos presenciales sean parientes del lesionado no indica de por sí que sus aseveraciones deban rechazarse. Ellas contribuyen a demostrar en la medida en que ofrezcan serios motivos de credibilidad. Punto éste que le corresponde apreciar a los juzgadores, aplicando las normas sobre crítica del testimonio. El dicho de una persona no es desatendible por su sola vinculación a una de las partes del proceso penal, sino en cuanto revele interés en favorecer o perjudicar a cualquiera de ellas. Factores que no intervinieron en las declaraciones que ha tratado de objetar el demandante.

El cargo contenido en el número 5º carece de todo fundamento. Porque cuando Moisés Murillo Marín logró evadirse se hallaba legalmente detenido, según el auto de 4 de diciembre de 1956, proferido por el funcionario de instrucción (Alcalde de Coromoro). La fuga no se desnaturaliza porque se efectúe cuando el proceso se halle al conocimiento de funcionario distinto del que ordenó la detención del sindicado. Este ilícito contra la administración de justicia sólo requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el detenido lo esté en forma legal; y b) Que esa detención obedezca a un delito que se le imputa. Si hay providencia escrita de autoridad competente; si ella se ha dictado de acuerdo con las formalidades previstas en la ley; y si esta providencia la conoce el imputado, y se evade, el delito de fuga está jurídicamente perfecto, sin que sea necesario que la evasión se efectúe de la cárcel, pues puede cometerse en otros sitios a que hubiera sido llevado el detenido para la práctica de una diligencia o mientras se le conducía con esa finalidad. Nada de ello incide en la estructura del delito, si se han llenado las exigencias que se acaban de indicar.

* * *

Moisés Murillo Marín ha manifestado inclinaciones delictuosas, reveladas en actos repetidos contra la propiedad ajena. Así, aparte de los datos que ya se conocen, se encuentra en el expediente la declaración de Manuel Benavides, que dice:

"Me consta que el señor Moisés Murillo es un hombre de mala fé, porque a mí me robó diez arrobas de maíz, un ensillado (sic) y doce tazas de barro, lo que le encontré en la casa de él, así como un trampero (sic) para matar animales, lo que me robó de una casa que tenía sola en el punto denominado 'Río Arriba' ".

De manera que la personalidad de este infractor y los motivos determinantes de sus actos criminosos, no excusados ni excusables, no permiten aplicarle el mínimo de las sanciones fijadas en los artículos infringidos (203 y 374, inciso 2º, del Código Penal), y los que con ellos se relacionan (33 y 34 —inciso 1º—) del mismo Código. Pero

como al hacer el cómputo armónico con estas consideraciones no se podría imponer una pena mayor de la fijada en la sentencia que se ha acusado, es preciso aceptar la señalada en el punto 1º de su parte resolutiva (4 años y 6 meses de presidio). Quiere esto decir que del punto 2º de la citada parte, sólo es invalidable lo concerniente a la pena de relegación.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, en desacuerdo con la solicitud del señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, resuelve:

INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, fechada el 14 de marzo de 1958, solamente en la parte en que condena al procesado Moisés Murillo Marín "a relegación, por el término de cinco años, a una Colonia Agrícola Penal".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.



TECNICA DE LA DEMANDA DE CASACION PENAL

Como la ley no consagra ni autoriza una tercera instancia en ningún juicio penal, resulta inaceptable que se acuda a la Corte para remediar situaciones que sólo pudieron tener oportuna solución en el desarrollo normal del proceso.

La casación es un recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia, y requiere, por lo mismo, una demanda ajustada a las reglas establecidas para acusarla. Cada cargo que en ella se le haga debe estar fundado en la causal que corresponda, y la petición tiene que ser armónica con su fundamento y finalidad. Si la impugnación no se encuentra prevista en ninguno de los casos que la norma enumera; o figura en otra no invocada; o se concreta a criticar la prueba, olvidando que, el Jurado decide en conciencia, entonces no podrá decirse que hay demanda sino, cuando más, un alegato que ha perdido la oportunidad de ser considerado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diciembre diez de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

El 30 de octubre de 1955 Víctor Manuel Avella le dió muerte a Pedro Elías Vargas. El hecho ocurrió a las dos de la tarde, dentro de la tienda de Etelvina Pinzón de Manrique, situada en el Municipio de Pajarito, jurisdicción de Santa Rosa de Viterbo. Momentos antes Avella se había trabado a puñetazos con Tránsito Suárez (varón). En el lance, en que éste llevaba la peor parte, intervino Vargas, lesionando a aquél en la cabeza con una botella. Concluído este episodio, Avella, al ver de nuevo a Vargas en la tienda, sorpresivamente le clavó un cuchillo en la región toráxica, acto que acompañó de una expresión injuriosa.

Víctor Manuel Avella fue llamado a responder en juicio criminal por el Juez Segundo Superior de Santa Rosa de Viterbo, funcinario que, en las audiencias públicas del 20 de noviembre de 1957, le propuso al Jurado la siguiente única cuestión:

"El acusado Víctor Manuel Avella, de aproximadamente diez y nueve años de edad en la época del delito; hijo de Rudesindo Avella y Trinidad Rodríguez; natural de Sogamoso y vecino de Pueblo viejo, soltero y agricultor, es responsable sí o nó del hecho de haber herido con arma corto-punzante y con intención o propósito de matar a Pedro Elías Vargas, a consecuencia de cuya lesión murió, hecho ocurrido el día treinta de octubre de mil novecientos cincuenta y cinco (1955) en vereda de Corinto, de la comprensión Municipal de Pajarito, en tienda de propiedad de la señora Etelvina Pinzón de Manrique?".

La defensa planteó el debate tratando, en primer lugar, de justificar el homicidio, y, en segundo lugar, de colocar la acción del procesado en el caso del artículo 28 del Código Penal, en cuyos precisos términos solicitó al Jurado que diera su respuesta, la que, sin embargo, no fue pronunciada de acuerdo con lo pedido, puesto que aparece redactada así:

"Sí en estado de ira o entensó (sic) dolor".

En desarrollo de este veredicto, el Juez condenó a Víctor Manuel Avella a ocho años de presidio, pena privativa de la libertad que fue aprobada por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en sentencia de 9 de junio del corriente año, la que ha sido recurrida en casación.

o o o

EL RECURSO:

Como la ley no consagra ni autoriza una tercera instancia en ningún juicio penal, resulta inaceptable que se acuda a la Corte para remediar situaciones que sólo pudieron tener oportuna solución en el desarrollo normal del proceso.

La casación es un recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia, y requiere, por lo mismo, una demanda ajustada a las reglas establecidas para acusarla. Cada cargo que en ella se le haga debe estar fundado en la causal que corresponda, y la petición tiene que ser armónica

con su fundamento y finalidad. Si la impugnación no se encuentra prevista en ninguno de los casos que la norma enumera; o figura en otra no invocada; o se concreta a criticar la prueba, olvidando que, el Jurado decide en conciencia, entonces no podrá decirse que hay demanda sino, cuando más, un alegato que ha perdido la oportunidad de ser considerado. Que es precisamente lo que ocurre con el escrito que tiene a la vista la Sala, en el cual se citan las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, para explicar el recurso que contra el fallo citado se interpuso, y sobre cuya presentación y fondo observa la Procuraduría:

"Con los elementos de juicio que se han dejado ampliamente expuestos y ordenados, sería suficiente para concluír que el cargo básico de la demanda repetido a través de los varios motivos con que se sustentan las dos causales alegadas, debería rechazarse de plano, ya porque en verdad es abiertamente inconducente alegar la causal segunda en los juicios con intervención del Jurado, o la primera, como principal, sin fundamentarla en nada diferente al análisis de hechos y pruebas objeto de la causal mencionada; ora porque la involucración de cargos y motivos relacionados con ambas causales indistintamente, peca contra principios elementales de la técnica del recurso; o bien, porque el enfoque general de la demanda contradice abiertamente las finalidades de las causales alegadas, en cuanto prescinde de la realidad que se ha puesto de manifiesto insistentemente, de que se trata de un juicio en que por haber intervenido un Jurado de conciencia, su dictamen aceptado —y que en forma alguna contraría la realidad procesal—, debe ser el fundamento de la sentencia conforme al mandato del Art. 480 del Código de Procedimiento Penal....."

Además de esos serios reparos al referido memorial, los que bastarían para no seguir adelante en el examen de los cargos que él contiene, el señor Procurador le recuerda en forma objetiva a quien impugna el fallo la uniforme jurisprudencia acerca de estos puntos: a) Que la causal 2ª de casación, que conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos, no procede en aquellos juicios en que al Jurado le corresponde apreciarlos en conciencia; y b) Que si en un veredicto falta uno de los elementos que integran la figura delictuosa de que trata el artículo 28 del Código Penal, no será posible considerar la atenuación allí consagrada.

La Corte, en innumerables fallos, algunos de los cuales cita y transcribe la Procuraduría, ha expresado razonadamente su criterio sobre estas cuestiones, y lo ha hecho en forma tan reiterada, que cada vez que un demandante vuelve a presentarlas como materia discutible o no definida, no puede menos de asombrarse de que aún se desconozcan o se pretendan ignorar las decisiones con las que creía haberles puesto punto final.

Podrá haber algunos casos en que sea tan arbitraria la determinación del Tribunal Popular, que resulte indispensable rechazarla. Entonces la ley presenta el medio de hacerlo y su oportunidad (artículos 537 y 554 del Código de Procedimiento Penal). Pero si se formula la solicitud que autoriza esas disposiciones, y los juzgadores de instancia no la acogen y resuelven de conformidad, la parte interesada puede recurrir en casación, no para atacar el verdicto (como claramente contrario a la evidencia de los hechos) sino el fondo mismo de la sentencia y sus presupuestos, en la hipótesis de que el juicio adolezca de vicios de procedimiento que afecten las normas fundamentales del proceso o resulten violadores de las garantías consagradas en el artículo 26 de la suprema ley. La causal 4ª le permitiría a la Corte enmendar la situación. Pero sería preciso invocarla y fundarla. Y ni aquí se ha planteado ese tema, ni siquiera se ha hecho mención de su posibilidad. Por el contrario, el demandante circunscribió sus puntos de vista a los dos aspectos ya referidos.

En el encabezamiento del escrito aparece:

"Solicito se invalide el fallo respectivo para que se dicte el que deba reemplazarlo o para que se ordene devolver el proceso a fin de que se dicte sentencia, en concordancia con los hechos, o se reponga el procedimiento, o para que se convoque a nuevo Jurado".

Se proponen, pues, soluciones que no guardan armonía con las causales enunciadas. En efecto, la devolución del proceso para que se dicte sentencia o para que se reponga el procedimiento, tiene lugar cuando se han invocado y probado las causales 4ª, 5ª o 6ª; y la orden de convocar a nuevo Jurado procede cuando tiene fundamento en la causal 7ª (letras b) y c) del artículo 570 del C. de P. P.).

Por lo visto, no se ajusta la demanda a la técnica del recurso. Y no es esta su única deficiencia. También se confunde la fundamentación de las causales, lo que se advierte cuando, con motivo de la primera, se afirma: "Hubo errónea interpretación de la ley penal....., al no apreciarse

las pruebas por su estimación legal y habérsele dado pleno valor a la confesión, en forma tácita y no expresa".

* * *

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con la solicitud del Ministerio Público, NO CASA el fallo de fecha, procedencia y contenido ya expresados.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía—Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

EN FORMA REITERADA, LA CORTE HA SOSTENIDO QUE NO SON INCOMPATIBLES LOS PROCESOS QUE SE ADELANTEN PARA ESCLARECER, POR UNA PARTE, SI UNA PERSONA SE HA HECHO ACREEDORA A LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS POR LA LEY 69 DE 1945, Y SI HA INCURRIDO, POR LA OTRA, EN UNA INFRACCION PENAL

Esta Sala ha sostenido en forma reiterada que no son incompatibles los procesos que se adelanten para esclarecer, por una parte, si una persona se ha hecho acreedora a las sanciones administrativas previstas por la Ley 69 de 1945, y si ha incurrido, por la otra, en una infracción penal, pues dicha ley autoriza el seguimiento simultáneo de ambos juicios al disponer en su artículo 9º que aquéllas se impongan "sin perjuicio de la acción penal", y en el artículo 11 que "cuando de las piezas que obran en el juicio sumario a que se refieren los artículos anteriores aparezca que se ha podido cometer un delito, el Tribunal pasará copia de lo conducente al Juez de la competencia para que inicie la investigación a que haya lugar".

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal.—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El señor Procurador Primero Delegado en lo Penal, después de algunas consideraciones que no es pertinente analizar ahora, solicita revocar la providencia que se revisa en apelación, por medio de la cual el Tribunal Superior de Cartagena declaró nulo todo lo actuado en este proceso, seguido contra el recurrente doctor ANTONIO TORRES STEVENSON por faltas que se le imputan en el ejercicio de la abogacía, y que "se devuelva el negocio al Tribunal de origen para que proceda a dictar el fallo correspondiente".

La tesis del a quo puede resumirse así: no se ha establecido que el acusado hubiera incurrido en las faltas que se le atribuyen, pero como no puede descartarse su responsabilidad en un posible delito de falsedad en documento, es preciso investigar primero éste —como ordena hacerlo— para luégo averiguar si su conducta, en el caso de haber sido delictuosa, fue también lesiva de la ética profesional del abogado.

Se considera:

Esta Sala ha sostenido en forma reiterada que no son incompatibles los procesos que se adelanten para esclarecer, por una parte, si una persona se ha hecho acreedora a las sanciones administrativas previstas por la Ley 69 de 1945, y si ha incurrido, por la otra, en una infracción penal, pues dicha ley autoriza el seguimiento simultáneo de ambos juicios al disponer en su artículo 9º que aquéllas se impongan "sin perjuicio de la acción penal", y en el artículo 11 que "cuando de las piezas que obran en el juicio sumario a que se refieren los artículos anteriores aparezca que se ha podido cometer un delito, el Tribunal pasará copia de lo conducente al Juez de la competencia para que inicie la investigación a que haya lugar".

* * *

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto de su colaborador fiscal, revoca la providencia recurrida en cuanto decretó la nulidad de lo actuado, y la confirma en lo demás.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

COMO NO HAY "CALIFICACION DEL SUMARIO" EN LOS JUICIOS BREVES A QUE SE REFIEREN LOS ARTICULOS 8º Y SS. DE LA LEY 69 DE 1945, NO ES PROCEDENTE EL SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO, SINO LA SENTENCIA ABSOLUTORIA, AUNQUE DICHOS FALLOS SON, EN SUSTANCIA, EQUIVALENTES.—EN TODOS LOS CASOS EN QUE LA SENTENCIA FUERE ABSOLUTORIA EN ESTOS JUICIOS, EL JUZGADOR DEBE PASAR COPIA DE LO PERTINENTE A LOS JUECES PENALES, PARA QUE SE AVERIGUE SI SE COMETIO UN DELITO DE FALSA DENUNCIA DENOMINADO CALUMNIA POR LEGISLACIONES Y EXPOSITORES EXTRANJEROS

1.—En los juicios breves a que se refieren los artículos 8 y siguientes de la Ley 69 de 1945 no hay, como es obvio, "calificación del sumario". No resulta, por tanto, procedente dictar en ellos auto de sobreseimiento definitivo, entendida esta expresión en el sentido en que la usa el Código de Procedimiento Penal, sino que en todos los casos en que no haya prueba para condenar, debe proferirse sentencia absolutoria. Dichos fallos son en sustancia equivalentes, pues ambos deciden en definitiva sobre lo principal de la cuestión a favor del procesado y hacen tránsito a cosa juzgada.

2.—Según lo dispuesto por el artículo 12, inciso 2º de la Ley 69 de 1945, siempre que uno de los juicios sumarios a que ella alude concluya con sentencia absolutoria "se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia". El cumplimiento de este deber, que la expresada norma impone de modo imperativo, está fuera del arbitrio de los particulares ofendidos, máxime si se tiene en cuenta que lo que ordinariamente ha de averiguarse es si se cometió un delito de falsa denuncia (artículos 188 y 189 del Código Penal), denominado calumnia por legislaciones y expositores extranjeros.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Penal.—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio).

VISTOS:

El Tribunal Superior de Medellín consulta el auto de veintisiete de agosto del año en curso, mediante el cual sobreseyó definitivamente en favor del acusado, señor SAMUEL CASTRILLON, el proceso por faltas contra la moral en el ejercicio de la abogacía que le imputara su hija señorita Oliva Castrillón Hernández.

Atribuyó ella a su padre hacer "alarde de su profesión para fines que van encaminados a perturbar la moral de los ciudadanos", y, concretamente, que en el juicio sucesorio de la señora Felipa Hernández de Castrillón, madre de la denunciante y primera esposa del procesado, éste suplantó o hizo suplantar firmas de testigos, y que llevó o trató de llevar a él declaraciones falsas. Entre las personas a quienes se hizo objeto de estos procederes, cita a Francisco Tobón, Magola Bustamante, Emilio Pérez y su esposa doña Marina de los Ríos, Aurora Restrepo de Ospina, Elena Ospina Restrepo, Mary Ospina de Tibul y María Jiménez. Agregó la querellante que su padre, para eludir el pago de una pensión alimenticia que debía a aquélla, "hizo cesión de bienes o los traspasó a la segunda esposa, al suegro, y así no encontramos sobre qué caer, para hacer efectiva la prestación por alimentos".

Durante la investigación se acreditó que el señor Castrillón es abogado aceptado (folio 36), y mediante informe del Notario Cuarto del Circuito de Medellín, en cuyo despacho está protocolizado el referido juicio sucesorio, que en él "no aparecen declaraciones de los señores Francisco Tobón, Magola Bustamante, Marina de los Ríos de Pérez, Aurora Restrepo de Ospina, Elena Ospina Restrepo, Mary Ospina de Tibul y María Jiménez, nombres éstos que no figuran en dicho juicio" (Folio 35 vuelto). Y de las anteriores personas, quienes fueron llamadas a declarar niegan las imputaciones de la señorita Castrillón Hernández.

No indicó ésta ni se trajo al expediente dato alguno del cual pueda decirse que el acusado intervino en la celebración de contratos simulados.

Tal vez por haber sugerido el último que no desea se le dé aplicación al artículo 12 de la Ley 69 de 1945, en cuanto dispone que "cuando la sentencia definitiva fuere absolutoria, se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia", el Tribunal nada dijo al respecto. Pero el señor Agente del Ministerio Público invoca la jurisprudencia de la Corte para pedir que se dé cumplimiento a dicha disposición.

Se considera:

1º—En los juicios breves a que se refieren los artículos 8º y siguientes de la Ley 69 de 1945 no hay, como es obvio, "calificación del sumario". No resulta, por tanto, procedente dictar en ellos auto de **sobreseimiento definitivo**, entendida esta expresión en el sentido en que la usa el Código de Procedimiento Penal, sino que en todos los casos en que no haya prueba para condenar, como ocurre en el presente, debe proferirse **sentencia absolutoria**. Pero como dichos fallos son en sustancia equivalentes, pues ambos deciden en definitiva sobre lo principal de la cuestión a favor del procesado y hacen tránsito a cosa juzgada, el auto que se revisa debe confirmarse con la aclaración respectiva.

2º—Según lo dispuesto por el artículo 12, inciso 2º, de la Ley 69 de 1945, siempre que uno de los juicios sumarios a que ella alude concluya con sentencia absolutoria "se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia". El cumplimiento de este deber, que la expresada norma impone de modo imperativo, está fuera del arbitrio de los particulares ofendidos, máxime si se tiene en cuenta que lo que ordinariamente ha de averiguarse es si se cometió un delito de **falsa denuncia** (artículos 188 y 189 del Código Penal), denominado **calumnia** por legislaciones y expositores extranjeros. Procede, en consecuencia, la solicitud que hace a este respecto el señor Procurador.

* * *

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte Suprema —Sala Penal—, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con su colaborador fiscal, confirma el fallo consultado, aclarando que se trata de una sentencia absolutoria, y dispone que se dé cumplimiento a lo dispuesto por el inciso 2º del artículo 12 de la Ley 69 de 1945.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Luis E. Mejía Jiménez—Simón Montero Torres—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

INTERPRETACION Y ALCANCE DEL ARTICULO 382 DEL CODIGO PENAL.—UN VEREDICTO EN QUE SE DIGA QUE EL DELITO SE COMETIO PORQUE EL PROCESADO CREIA EN LA INFIDELIDAD DE SU MUJER, NO QUEDA COMPRENDIDO EN LAS PRECISAS CLAUSULAS DEL 2º INCISO DE LA CITADA DISPOSICION

El artículo 382 del Código Penal contempla en sus dos hipótesis un mismo estado subjetivo del agente, originado también por el mismo hecho, pero conocido por caminos distintos: directo, objetivo el uno, e indirecto, de referencias ciertas, el otro. En el primer caso, el delito (homicidio o lesiones) lo determina la reacción súbita producida en el ánimo del infractor a vista de ojos de la escena allí figurada. En este supuesto, comprobado el hecho y sus circunstancias, la conducta del agente no requiere ser explicada por él. La ley, en su lugar, se encarga de considerarla, en una forma que pudiera llamarse presuntiva.

Pero para que se pueda merecer la atenuación de la segunda hipótesis, es necesario que el procesado tenga una creencia razonable de "tal ofensa", es decir, de que ha sucedido realmente. Y es claro que para llegar a ese grado de convicción, parece necesario que las pruebas, datos o síntomas que contribuyeron a formarla sean de tal naturaleza, que resulte lógica la representación mental del imputado. Sólo así puede la ley extender el régimen penal previsto en el inciso 1º a la segunda parte del artículo; pues si otra fuera la exegésis, se caería en el extremo de darle carácter de privilegiada a la atenuación establecida en el segundo caso. Fuera de que en la escala de las reacciones psicológicas, suele alcanzar un grado de mayor intensidad la suscitada por la presencia de una escena dolorosa que la producidas por la noticia de ella.

Es obvio que la fidelidad se quebranta de distintas maneras, y aún la sola tentativa de un acto que por su carácter e intenciones sea susceptible de lastimar el pudor y de comprometer el recato de la cónyuge, podría muy bien interpretarse como prueba de infidelidad o despertar en el marido sospechas sobre la infidelidad de su mujer.

También es posible que una muestra de simple familiaridad o de llaneza en el trato sea tomada por un hombre receloso como índice de esa conducta, y producir el mismo fenómeno de duda o desconfianza, como no sería raro el darle a manifestaciones inocentes o equívocas, significación de positivo engaño. En todos estos supuestos, es el estado subjetivo el que la ley mira o al que atiende, para los efectos de enjuiciar la responsabilidad del infractor. Pero también es evidente que el texto legal que se comenta no se refiere a ninguna de estas situaciones. Allí se concreta un hecho inconfundible, consumado, suficientemente notorio y capaz de producir, en el ánimo del esposo que lo sorprende, los naturales impulsos de ira o sentimientos de intenso dolor que lo determinen a castigar el desafuero. Y si la Ley extiende los efectos de su atenuación al conocimiento, no ya de visu, sino de oídas, no es para otros actos sino especialmente para éste, el descrito en el primer inciso del artículo 382. La expresión: "determinados por tal ofensa" de que hable el inciso 2º, así lo da a entender muy claramente. De modo que un veredicto en que se diga que el delito se cometió porque el procesado creía en la infidelidad de su mujer, no queda comprendido en las precisas cláusulas del 2º inciso de la citada disposición.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre doce de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

Se halla al estudio de la Sala la demanda del abogado doctor Hermelindo Pulido C., presentada con el fin de sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 1º de marzo de

este año, del Tribunal Superior de Bogotá, en la cual se condena a Nepomuceno Cruz Parra a la pena principal de 9 años de presidio, como responsable de la muerte de su esposa Carmen Velásquez de Cruz, según lo declaró el Jurado al darle respuesta a la siguiente única cuestión que le propuso el Juez de la causa:

"El acusado Nepomuceno Cruz Parra (alias "El Diablo") es responsable, sí o nó, de haber causado la muerte, con el propósito de matar, a su legítima esposa Carmen Velásquez de Cruz, mediante heridas ocasionadas con instrumento cortante y punzante que le determinaron una anemia aguda, hecho que tuvo ocurrencia en las horas de la tarde del veinticinco de mayo de mil novecientos cincuenta y cinco, dentro del establecimiento situado en la calle novena (9ª), número diez y seis treinta y seis (16-36) de esta ciudad capital, y habiendo procedido el acusado en estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación de la víctima?".

Al terminar las audiencias públicas, que se celebraron en los días 5 y 7 de marzo de 1957, los Jueces de conciencia expresaron su veredicto en estos textuales términos: "Sí, pero además obró bajo el intenso dolor que le produjo el creer en la infidelidad de su esposa".

* * *

LA IMPUGNACION:

Afirma el demandante —y ese es el motivo del recurso— que el fallo acusado desconoció el veredicto y, por lo tanto, violó los artículos 382 del Código Penal y 480 del Código de Procedimiento Penal. Afirmación que lo lleva a invocar conjuntamente las causales 3ª y 1ª de casación.

El autor del escrito, luégo de historiar los acontecimientos del 25 de mayo de 1955 y la actuación procesal, sostiene que los Jueces de hecho, de acuerdo con lo pedido por la defensa, determinaron una responsabilidad distinta de la sancionada en el fallo recurrido. En concreto: que el Jurado calificó el delito en los términos del artículo 382 del Código Penal, y que el Tribunal condenó ajustándose a los del artículo 28 ibídem, que enfoca una situación no sólo menos favorable para el reo, sino que se aparta de la clara intención del Jurado, manifestada explícitamente en su inconfundible veredicto.

* * *

REPLICA DEL MINISTERIO PUBLICO:

Le correspondió contestar la demanda al señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, quien recibió en traslado el expediente —por el término de quince días— el 11 de julio (Folio 12, cuaderno 3º), y lo devolvió el 14 de noviembre (folio 23), es decir, a los cuatro meses y tres días. Se anota la anomalía, que de tiempo atrás se viene observando —y a veces en proporciones más notables— porque ella en cierta forma establece una desigualdad entre las partes que intervienen en el recurso de casación, que si hay lugar a declararlo desierto por falta de oportuna demanda, para cuya presentación se concede el mismo término de 15 días, también el encargado de contestarla debe hacerlo en el tiempo que fija la ley.

Dice el representante del Ministerio Público que para que en un juicio por Jurado proceda la aplicación del artículo 382 del Código Penal, es imprescindible que se reconozcan expresamente en el veredicto las modalidades previstas en el citado precepto.

Del estudio que hace el señor Procurador, saca las siguientes conclusiones:

1ª Que no resulta jurídico acumular —dentro de un veredicto— modalidades excluyentes, o sea, las de los artículos 28 y 382 del Código Penal;

2ª Que el juzgador no podía aceptar la del artículo 382, por no haber sido precisada en el veredicto, ni tampoco era deducible de los motivos que indujeron al procesado a darle muerte a su esposa:

3ª Que el fallo se ajustó al pliego de cargos formulados en el auto de proceder, en donde quedó definida la situación jurídica del procesado como ejecutor del homicidio en las circunstancias previstas en el artículo 28; y

4ª Que el veredicto no pierde su carácter de tal por el hecho de interpretarlo en la forma que se desprende de su redacción y, que por lo mismo, de la sentencia que lo acomodó a las disposiciones legales pertinentes no puede predicarse el cargo de estar en desacuerdo con el pronuncianmiento de los Jueces Populares.

* * *

SE CONSIDERA:

En el auto de proceder, término de la investigación y punto de partida del juzgamiento, se planteó el hecho dentro del régimen penal del artículo 28, porque si el uxoricida admitió la imputación

no fue por haber sido sorprendido por un espectáculo que lo impresionara y sumiera su espíritu en hondo dolor, sino dominado por la ira que le produjo la actitud agresiva de su esposa, incomodada por las recriminaciones con que Nepomuceno Cruz Parra inició la entrevista en la tienda de Susana Porras Galindo. Incidentalmente aludió en su indagatoria a la infidelidad de su cónyuge legítima, pero, desde luego, no fue esta la causa inmediata de su delictuoso proceder. Sin embargo, en los debates orales la defensa pretendió, en primer lugar, justificar el hecho y, en segundo lugar, conseguir que el Jurado situara el delito en las circunstancias del artículo 382 del Código Penal, que dice así:

"Cuando el homicidio o las lesiones se cometan por cónyuge, padre o madre, hermano o hermana contra el cónyuge, la hija o la hermana, de vida honesta, a quienes sorprenda en ilegítimo acceso carnal, o contra el copartícipe de tal acto, se impondrán las respectivas sanciones de que tratan los dos capítulos anteriores, disminuídas de la mitad a las tres cuartas partes .

"Lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará al que en estado de ira o de intenso dolor, determinados por tal ofensa, cometa el homicidio o cause las lesiones en las personas mencionadas, aun cuando no sea en el momento de sorprenderlas en el acto carnal....."

Esta disposición contempla en las dos hipótesis de los textos transcritos un mismo estado subjetivo del agente, originado también por el mismo hecho, pero conocido por caminos distintos: directo, objetivo el uno, e indirecto, de referencias ciertas, el otro. En el primer caso, el delito (homicidio o lesiones) lo determina la reacción súbita producida en el ánimo del infractor a vista de ojos de la escena allí figurada. En este supuesto, comprobado el hecho y sus circunstancias, la conducta del agente no requiere ser explicada por él. La ley, en su lugar, se encarga de considerarla, en una forma que pudiera llamarse presuntiva.

Pero para que se pueda merecer la atenuación de la segunda hipótesis, es necesario que el procesado tenga una creencia razonable de "tal ofensa", es decir, de que ha sucedido realmente. Y es claro que para llegar a ese grado de convicción, parece necesario que las pruebas, datos o síntomas que contribuyeron a formarla sean de tal naturaleza, que resulte lógica la representación mental del imputado. Sólo así puede la ley extender el régimen penal previsto en el inciso 1º a la segunda parte del artículo; pues si otra fuera la exegésis, se caería en el extremo de darle carácter de privilegiada a la atenuación establecida en el segundo caso. Fuera de que en la escala de las reacciones psicológicas, suele alcanzar un grado de mayor intensidad la suscitada por la presencia de una escena dolorosa que la producida por la noticia de ella.

Y esta no fue la realidad del estado espiritual de Nepomuceno Cruz Parra, ni el Jurado la concretó en su veredicto, que tal como quedó escrito no es posible entenderlo como una modificación del cargo materia del planteamiento en la pregunta, porque él no fue desconocido o negado. La frase explicativa que sigue al "Sí" de la respuesta, contribuye apenas a darle más fuerza al veredicto, a acentuar su contenido; en una palabra, a proporcionarle fundamento o solidez. Es una adición que por no introducirle modalidad favorable al hecho criminoso del responsable, resulta redundante y sin ninguna capacidad estimativa de orden legal para individualizar la pena que ha de imponerse en la sentencia.

Es obvio que la fidelidad se quebranta de distintas maneras, y aun la sola tentativa de un acto que por su carácter e intenciones sea susceptible de lastimar el pudor y de comprometer el recato de la cónyuge, podría muy bien interpretarse como prueba de infidelidad o despertar en el marido sospechas sobre la conducta de su mujer.

También es posible que una muestra de simple familiaridad o de llaneza en el trato sea tomada por un hombre receloso como índice de esa conducta, y producir el mismo fenómeno de duda o desconfianza, como no sería raro el darle a manifestaciones inocentes o equívocas significación de positivo engaño. En todos estos supuestos, es el estado subjetivo el que la ley mira o al que atiende, para los efectos de enjuiciar la responsabilidad del infractor. Pero también es evidente que el texto legal que se comenta no se refiere a ninguna de estas situaciones. Allí se concreta un hecho inconfundible, consumado, suficientemente notorio y capaz de producir, en el ánimo del esposo que lo sorprende, los naturales impulsos de ira o sentimientos de intenso dolor que lo determinen a castigar el desafuero. Y si la ley extiende los efectos de su atenuación al conocimiento, no ya de visu, sino de oídas, no es para otros actos sino especialmente para éste, el descrito en el primer inciso del artículo 382. La expresión: "Determinados por tal ofensa" de que habla el inciso 2º, así lo da a entender muy claramente. De modo que un veredicto en que se diga que el delito se cometió porque el procesado creía en la infidelidad de su mujer, no queda

comprendido en las precisas cláusulas del 2º inciso de la citada disposición.

No prosperan, pues, las causales alegadas.

* * *

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el señor Procurador Segundo Delegado en lo Penal, NO CASA el fallo del Tribunal Superior de Bogotá, fechado el 1º de marzo de 1958, en el cual se condenó a Nepomuceno Cruz Parra, como responsable de la muerte de su esposa Carmen Velásquez, a la pena principal de nueve años de presidio y a las accesorias pertinentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Con salvamento de voto, **Luis Eduardo Mejía — Pedro Pacheco Osorio—Alejandro Camacho Latorre, Conjuez.—Pioquinto León L., Secretario.**

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO, DR. LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ:

El Jurado que calificó la responsabilidad de JUAN N. CRUZ PARRA (a. El Diablo) como uxoricida, admitió dicha responsabilidad con las circunstancias del artículo 28 del Código Penal, que se incluyeron en la pregunta, agregando: "Pero además obró bajo el intenso dolor que le produjo el creer en la infidelidad de la esposa".

El fallo del Tribunal Superior de Bogotá —creyó— que esta modalidad de la acción criminal, en sus aspectos psíquicos o afectivos, ni quitaba ni ponía al veredicto, es decir, no modificaba, en forma alguna, el tipo de responsabilidad formulada por el Juez y aceptada por el tribunal de conciencia. Y de igual parecer es la mayoría de la Sala de Casación Penal, al negarse a invalidar el referido fallo, legalmente acusado.

No compartió el suscrito tales puntos de vista, y de ahí la razón de su salvamento de voto.

Un veredicto se acepta, o se rechaza. Pero, una vez aceptado, el fallador debe sacar todas y cada una de las consecuencias del mismo, para amoldarlas a las disposiciones penales respectivas. Lo que no puede ni debe hacerse, es aceptarlo el Juez en parte —la más gravosa para el reo—, y rechazarlo luégo en cuanto se roza con modalidades atenuativas, so pretexto de que estas modalidades no corresponden a hechos probados y se hallan totalmente ausentes del proceso. En esta hipótesis, lo indicado es declarar el veredicto contraevidente, en la oportunidad procesal del caso. Lo contrario rompe la lógica y quebranta el mecanismo sui generis de los juicios ante el Jurado.

Que fue, precisamente, lo que hizo el Tribunal cuya es la sentensia acusada, y acaba de ratificarlo la mayoría de la Sala Penal de la Corte

Efectivamente, para condenarse a Juan N. Cruz como victimario de su mujer legítima, se aceptó el veredicto afirmativo de responsabilidad penal, porque él se ciñe a lo probado en los autos; para segarle la mitigación de la pena, se rechaza el veredicto, porque no consta en ellos que la víctima hubiera sido infiel a sus deberes de esposa. De esta suerte, un juicio práctico sobre responsabilidad penal, o sea, la calificación de los Jueces de hecho, se acepta y rechaza a un tiempo; y a la apreciación de conciencia se contrapone la apreciación en puro derecho, Ello extemporáneamente, ya que el Tribunal revocó, a su tiempo, la providencia por medio de la cual el Juez de primera instancia había declarado contraevidente el veredicto.

Se objeta, asimismo, que el Jurado no afirmó la realidad del adulterio de la mujer, sino la simple "creencia" del reo al respecto. En verdad, los Jueces populares se desentendieron del asunto, adoptando una posición más radical y comprensiva: ni afirmaron ni negaron que la víctima hubiera sido infiel, pero vieron claro, en su conciencia, que Juan N. Cruz actuó especialmente movido por el "intenso dolor" de su creencia en tal infidelidad.

¿Fundada o infundada esta creencia? Ello no importa; lo esencial es que el trastorno emocional existió y se vinculó, **causalmente**, desde el punto de vista psíquico, a la ejecución del homicidio. Esta relación **causal**, copiada en conciencia por los jurados, se refiere a los **móviles** de la acción, que tanta importancia tienen en nuestro Código, de orientación positivista; móviles que constituyen hechos tan reales y significantes como las simples variaciones o mudanzas del orden físico o externo.

Tan cierto es esto último, que, hoy, nadie duda de la juridicidad de la llamada legítima defensa subjetiva o putativa, que es más una realidad anímica, que del mundo externo. Tampoco en esta figura se parte de la base de una violencia injusta actuante objetivamente contra el sujeto; es este quien lo crea, desviado por un falso juicio a que no resulta extraña su efectividad. El vulgo comenta que "cada cual es dueño de su miedo"; y los juristas, con argumentos más sutiles y palabras más técnicas, profesan que la justificación del hecho, en tales casos, debe ser reconocida.

Si se acepta una **legítima defensa subjetiva**, no hay lógica en rechazar, paralelamente, la existen-

cia de un intenso dolor de tipo íntegramente subjetivo, capaz de reacciones tan violentas y excusables como las originadas en percepciones y apercepciones de objetos y actitudes concretos y totalmente reales.

Era fácil salvar el obstáculo a que aludió el Ministerio Público, cuando expresó, con toda razón, que sería injurídico y pugnaría con el sistema penal nuestro el deducir dos excusas atenuantes de una misma calidad para un mismo hecho: la contemplada en el artículo 28 del Código Penal y la que nacería de la agregación del jurado a su veredicto. Bastaba con aplicar o reconocer la excusa más amplia y favorable, que es, indudablemente, la segunda. Esta vendría a absorber la primera, sin desconocerse su existencia.

Un uxoricida como Otelo se presenta al crítico más como un desgraciado, que como un criminal; más digno de lástima, que de represión punitiva; menos peligroso, que digno de consideración humana. Juan N. Cruz no es Otelo. Pero la tragedia de los dos, con ser tan notables sus diferencias, sí es la misma: la de los celos. Con la desventaja de que la mujer de Cruz no era un modelo de respeto y buenas maneras para con su marido, ni es, en los autos, totalmente infundada la hipótesis de la infidelidad.

Por las razones anteriores, cree el suscrito que ha debido invalidarse el fallo contra Juan N. Cruz, en lo pertinente. Y las deja expuestas, no sin hacer constar el respeto, aprecio y admiración que le merecen sus ilustrados colegas de la Sala.

Fecha ut-supra.

LUIS EDUARDO MEJIA JIMENEZ

Pioquinto León L., Secretario.

VEREDICTO CONTRADICTORIO. — LA ELABORACION DE UN CUESTIONARIO TIENE UNA IMPORTANCIA DECISIVA PORQUE CIRCUNSCRIBE EL CASO SUB-JUDICE Y HACE EL PLANTEAMIENTO DESTINADO A ENCAUZAR EL DEBATE. CARECEN DE VALIDEZ LOS PROCESOS QUE SE ADELANTAN SIN OBSERVAR LAS FORMAS QUE LES CONCIERNEN. — NO ES POSIBLE AFIRMAR RESPECTO DE UN MISMO AGENTE QUE TUVO ANIMO DE MATAR Y QUE ACTUO SIN VOLUNTAD PROPIA, NI ES LO MISMO PRESENTAR SINTOMAS DE ANORMALIDAD QUE "PADECER DE GRAVE ANOMALIA"

1.—La elaboración de un cuestionario tiene en estas materias una importancia decisiva, y en forma alguna puede considerarse como cosa de poco momento. Es un acto característico del juicio penal, pudiera decirse que una de sus vértebras de sustentación, porque circunscribe el caso sub-judice y hace el planteamiento destinado a encauzar el debate.

Cuando la ley indica el tenor del cuestionario, se limita a dar un ejemplo, a trazar un derrotero y no —como es obvio— a exigirle al a-quo que incluya todas las posibles situaciones jurídicas, vengan o nó al caso, en una sola proposición. Y si ésta contiene conceptos antitéticos y modadilades que no sólo chocan unas con otras sino que se apartan de la realidad procesal, el juzgamiento se traba y el fallo no podrá ser auténtica expresión de la justicia.

2.—Cuando se predica de alguien que tuvo el ánimo de delinquir y a la vez se admite la licitud del hecho realizado con determinación ilícita, es indudable que se está en presencia de extremos opuestos que no pueden coexistir en un solo acto ni converger hacia un mismo sujeto.

No es posible afirmar respecto de un mismo agente que tuvo ánimo de matar y que actuó sin voluntad propia.

Según reiterada jurisprudencia de la Corte, carecen de validez aquellos procesos que se adelantan sin observar las formas que les conciernen.

3.—No es lo mismo presentar síntomas de anormalidad que "padecer de grave anomalía". Este es un estado y no algo meramente hipotético o sintomático. El síntoma —en medicina— es apenas un fenómeno que revela la enfermedad y que sirve como elemento auxiliar del diagnóstico.

Hoy, en frente del sistema que establece el Código Penal (artículo 11), no puede sostenerse la irresponsabilidad de los anormales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diciembre trece de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez).

VISTOS:

El 22 de septiembre de 1952, en la población de Saboyá, en el cuartel en donde se hallaba el personal del Batallón de Infantería número 2 "Sucre", el soldado Marco Aurelio Alarcón, utilizando el fusil que "aseaba", le dio muerte a su compañero de armas Juan Emilio Guevara Romero, sin previa disputa, ni gesto alguno provocador de parte de la víctima, quien sólo le había hecho una advertencia amistosa a Alarcón, sujeto de carácter fácilmente irritable.

* * *

Convocado, por medio de auto de 4 de febrero de 1954 el Consejo de Guerra Ordinario que debía juzgar al delincuente Marco Aurelio Alarcón por el delito de "homicidio voluntario", comprendido en el Capítulo II, Título V del Código de Justicia Penal Militar, vigente entonces, en la sesión del 24 de febrero de 1954 el Presidente del Consejo propuso a la consideración de los Vocales las siguientes cuestiones:

"¿Se realizaron sí o nó, los hechos de que da cuenta la investigación, o sean (sic), que el día

veintidós de septiembre del año de mil novecientos cincuenta y dos encontrándose una Comisión de Orden Público en el Municipio de Saboyá, al mando del cabo segundo Gerardo Rengifo Pizo, cuando éste retiró el personal, después de haber cumplido las faenas del medio día se produjera la muerte violenta del soldado Juan Emilio Guevara Romero, motivada por las heridas producidas a consecuencia de un disparo de fusil, según se pudo exponer (sic) en el auto de proceder?".

"El acusado Marco Aurelio Alarcón o Rodríguez, fue el autor sí o nó, según se ha visto en el curso de este proceso, de haber causado (sic) la muerte al soldado Juan Emilio Guevara Romero, con ánimo de matar según los hechos a que se refiere la pregunta anterior?"

"El acusado Marco Aurelio Alarcón o Rodríguez, en el caso de que se le considere como autor de los hechos de que trata este cuestionario obró, sí o nó en alguno de los siguientes casos: por insuperable coacción ajena o en estado de sugestión hipnótica o patológica, siempre que el sugestionado no haya consentido previamente en cometerlo; con plena buena fé determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho no provenientes de negligencia; por ignorancia de que el hecho esté prohibido en la Ley Penal, siempre que aquella dependa de fuerza mayor; por disposición de la ley u orden obligatoria de autoridad competente; por la necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, su honor o sus bienes y siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión, y por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro inminente o grave contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional?".

Todas estas cuestiones fueron contestadas afirmativamente; pero en la tercera aparece la adición que va a transcribirse: "Con síntomas de anormalidad".

Consecuencia de tal veredicto —que no fue objetado— es el fallo condenatorio (10 años de presidio) del Tribunal Superior Militar, fechado el 15 de noviembre de 1955, el que ha sido recurrido en casación por el Ministerio Público de la segunda instancia, y sustentado por el Procurador Delegado de las Fuerzas Armadas.

* * *

LA DEMANDA:

El cargo único que se le hace a la sentencia acusada es el de haberse pronunciado sobre un veredicto evidentemente contradictorio, de que trata la causal 7ª del artículo 567 del C. de P. P. Y en ella se funda el demandante para impugnarla.

Dice el escrito:

"Como lo anoté anteriormente, a los Vocales del Consejo de Guerra Ordinario ya citado se les preguntó si Alarcón en la comisión del delito de que se le sindicó, tenía en su haber alguna de las causales de inimputabilidad consignadas en el artículo 23 del Código Penal o de justificación del hecho de que habla el artículo 25 de la misma obra. Al ser contestada afirmativamente esta pregunta, agregaron los Vocales que Alarcón había cometido el hecho delictuoso "con síntomas de anormalidad". Esta situación desplazó automáticamente la situación jurídica del procesado, de la carencia de responsabilidad, a la tipificación especialísima que en punto a la misma consagra el artículo 29 del Código Penal. La modalidad adoptada por los Jueces de conciencia hizo ipso facto contradictorio su veredicto, por cuanto no se puede en sana lógica jurídica absolver a un sindicado de los hechos de que se le acusa pretextando en su favor eximentes de responsabilidad para agregar que el delito fue cometido "con síntomas de anormalidad", lo cual en forma alguna conlleva (sic) la absolución del incriminado, sino que, muy por el contrario, obliga al fallador en derecho de acuerdo con el artículo 29 del Código Penal a imponer las medidas de seguridad de que habla el artículo 61 ibídem... Es además contradictorio el veredicto de los Vocales, ya que al contestar que Alarcón sí tuvo ánimo de matar a Pablo Emilio Guevara, no podía exculpársele a continuación de responsabilidad....."

* * *

SE CONSIDERA:

Lo primero que salta a la vista (y la hiere) es la forma verdaderamente sui-géneris —y desde luego injurídica— como se redactó la tercera pregunta. Se agruparon en ella todas las causas de inimputabilidad y de justificación comprendidas en los artículos 23 y 25 del Código Penal, que corresponden exactamente a los textos de los artículos 87 y 89 del Código de Justicia Penal Militar que estaba en vigencia cuando el delito se cometió. Además de que ninguno de los fenóme-

nos allí mezclados había sido materia del proceso, ni para nada figuró su posibilidad en el pliego de cargos, que es el auto de proceder, con ese insólito procedimiento se las dificultó a los Vocales, cuya función es la misma que en los juicios penales ordinarios corresponde al Jurado, la tarea de pronunciar con la elemental precisión su veredicto. No podía, pues, esperarse que ellos manifestaran con exactitud su pensamiento, dada la complejidad del interrogatorio, que en sí mismo llevaba ya una real contradicción y se prestaba a confundir y a llenar de perplejidad a los encargados de absolverlo.

La elaboración de un cuestionario tiene en estas materias una importancia decisiva, y en forma alguna puede considerarse como cosa de poco momento. Es un acto característico del juicio penal, pudiera decirse que una de sus vértebras de sustentación, porque circunscribe el caso sub-judice y hace el planteamiento destinado a encauzar el debate.

Cuando la Ley (artículo 398 del Código de Justicia Penal Militar que se aplicó) indica el tenor del cuestionario, se limita a dar un ejemplo, a trazar un derrotero y no —como es obvio— a exigirle al a-quo que incluya todas las posibles situaciones jurídicas, vengan o nó al caso, en una sola proposición. Y si ésta contiene conceptos antitéticos y modalidades que no sólo chocan unas con otras sino que se apartan de la realidad procesal, el juzgamiento se entraba y el fallo no podrá ser auténtica expresión de la justicia.

Pero como este tema no es pertinente, bastaría, en términos generales, aludir a la jurisprudencia, según la cual carecen de validez aquellos procesos que se adelantan sin observar las formas que les conciernen. Declaracioón que no puede hacer la Corte, por no haberse invocado la causal adecuada (artículo 568 del C. de P. P.).

En cambio, sí prospera el cargo formulado en la demanda. El veredicto es evidentemente contradictorio, porque resultan inconciliables las respuestas dadas a la segunda y a la tercera pregunta. Aparte de que en esta última se ignora el fenómeno aseverado (si la inimputabilidad o la justificación), no es posible afirmar respecto de un mismo agente que tuvo ánimo de matar y que actuó sin voluntad propia.

o o o

El demandante sostiene que la expresión "con síntomas de anormalidad" trasladó el hecho al caso del artículo 29 del Código Penal. Lo que no parece exacto, puesto que no es lo mismo presentar síntomas de anormalidad que "padecer de grave anomalía". Este es un estado y no algo meramente hipotético o sintomático. El síntoma —en medicina— es apenas un fenómeno que revela la enfermedad y que sirve como elemento auxiliar del diagnóstico. Luego la explicación empírica de los Vocales que actuaron en el Consejo de Guerra que juzgó a Marco Aurelio Alarcón, carece de valor jurídico y deja el "sí" huérfano del complemento indispensable para acomodar la respuesta en un precepto legal determinado.

Conviene aclarar que la contradicción no surge de la inane frase que se ha glosado, y que hoy, en frente del sistema que establece el Código Penal (artículo 11), no podría sostenerse la irresponsabilidad de los anormales. Ella resulta evidente por haber convenido en la concurrencia de situaciones jurídicas que se excluyen entre sí. Cuando se predica de alguien que tuvo el ánimo de delinquir y a la vez se admite la licitud del hecho realizado con determinación ilícita, es indudable que se está en presencia de extremos opuestos que no pueden coexistir en un solo acto ni converger hacia un mismo sujeto.

o o o

En mérito de las anteriores consideraciones, la Crte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado y ordena devolver el proceso, por conducto del Tribunal Superior Militar, a la autoridad que corresponda, para que se convoque a nuevo Consejo de Guerra ordinario.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas —Gabriel Carreño Mallarino — Luis Eduardo Mejía— Simón Montero Torres — Pedro Pacheco Osorio.—Pioquinto León L., Secretario.

INDULTO Y AMNISTIA. — TODO ASESINATO ES ATROZ. AUNQUE PUEDA, EN CASOS PARTICULARES, ESCAPAR A ESTA CALIFICACION

Corte Suprema de Justicia—Sala Penal—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez)

VISTOS:

Con apoyo en lo dispuesto por el artículo 616 del nuevo Código de Justicia Penal Militar (Decreto Extraordinario 0250 de 1958), la extinguida Corte Militar envió a esta Corporación las presentes diligencias, relacionadas con las solicitudes de **indulto** y **amnistía** hechas, hace años, por los reos de homicidio Camilo Leal Bocanegra, Arturo Giraldo y Alfonso Cruz Ayala, respectivamente. Por tratarse de reo rematado, que está cumpliendo pena a virtud de fallo o sentencia ejecutoriada, resulta evidente que lo que quiso solicitar Cruz Ayala fue el **indulto**, y no la **amnistía**; y sobre tal base se decidirá.

* * *

El 9 de abril de 1948, Camilo Leal Bocanegra, a la cabeza de una muchedumbre amotinada y enardecida por la pasión política, violentó las puertas y ventanas de la casa cural del municipio tolimense de Armero, penetró en ella, so pretexto de buscar armas, e injurió y amenazó, armado de machete, al párroco del lugar, doctor Pedro María Ramírez Ramos, y a las Hermanas religiosas que allí se encontraban.

Al día siguiente, a eso de las cuatro de la tarde, el mismo Camilo Leal Bocanegra penetró en la casa de Cecilia Torres, donde se había refugiado, en unión de otras personas, al aludido sacerdote; lo tomó del brazo, lo hizo salir a la calle, y, ostentando un machete descubierto que asía de la mano derecha, mientras con la izquierda mantenía "agarrado" al mismo sacerdote, lo condujo hasta el parque o plaza, donde se había congregado una turba armada y vociferante. Miembros de esta turba embistieron contra el párroco "y le daban empujones y plan con peinillas y machetes" (folio 67 vuelto, testigo Martín Chaparro), hasta que lo dejaron exánime.

La investigación logró identificar en **Alfonso Cruz Ayala** y **Arturo Giraldo** (a. El Loco) a dos de las personas que acometieron contra el presbítero Ramírez, dándole sendos machetazos. Se les consideró, por esta causa, como coautores del homicidio, calificado de **asesinato**, y, en sentencia de las autoridades militares (que conocían a la sazón de esta clase de delincuencia), se les condenó a sufrir la pena principal de VEINTE AÑOS, CUATRO MESES, VEINTICUATRO DIAS de **presidio**, para cada uno, fuéra de las accesorias correspondientes. También **Camilo Leal Bocanegra** fue hallado responsable del homicidio, como cómplice necesario (artículo 19 del Código Penal), y se le condenó, en la misma sentencia, a sufrir la pena principal de DIEZ Y NUEVE AÑOS, OCHO MESES, VEINTE DIAS de presidio, aparte de las accesorias de ley.

* * *

Para resolver, SE CONSIDERA:

En el caso, se trata, indudablemente de infracciones penales de las contempladas en el Decreto Extraordinario 1.823 de 1954, cometidas "por aversión o sectarismo políticos". En favor de los reos rematados procede el beneficio del **indulto** (artículo 3º, ib.); pero no se extiende "a los delitos cuyos caracteres de atrocidad revelen una extrema insensibilidad moral". (Artículo 4º, ib.).

En lo tocante a Camilo Leal Bocanegra, esta Sala de la Corte lo considera merecedor de tal beneficio. Porque su acción criminal fue, simplemente, un supuesto o antecedente del homicidio (traslado de la víctima), no revestida de manifestaciones especiales de barbarie y situada en una zona oscura o equívoca en cuanto al propósito o designio criminal. No consta que el traslado del sacerdote se hubiera hecho en medio de expresiones injuriosas o amenazantes de que puedan deducirse las perversas intenciones del reo y su insensibilidad moral. Se ignora el diálogo, o mejor, el sentido en que se desarrolló el sostenido entre la víctima y el

acusado, desde el momento en que se le sacó de su refugio hasta que la multitud la emprendió contra él. Desde el punto de vista probatorio, el hecho en sí no se presenta con caracteres perfectamente definidos, sino, tan sólo, en su aspecto material, como mudanza física cuyos elementos subjetivos o morales no aparecen claramente delimitados. Y la duda que de ello surge puede y debe favorecer al acusado.

Cosa muy distinta ocurre con los reos Cruz Ayala y Arturo Giraldo. De acuerdo con lo probado y aceptado en los fallos respectivos, se sabe que su acción criminal se desnvolvió en actos ejecutivos de clara dirección homicida (machetazos). Prevalidos de la fuerza del número, indiferentes ante la perfecta indefensión de su víctima, sordos a las llamadas del respeto que debió de hacerles la calidad sagrada de la misma, e insensibles ante la mansedumbre y pasividad que resplandecían en los ademanes y actitudes del ministro de Dios, acometieron sin piedad contra él.

De suyo, todo asesinato es atroz, aunque pueda, en casos particulares, escapar a esta caificación. Pero el cometido en la persona del presbítero Ramírez ,cuya mansedumbre apostólica aparece de relieve en los autos, no puede sustraerse a tal calificativo, en cuanto se toca con la acción criminal de los reos Cruz Ayala y Giraldo. La insensibilidad moral con que actuaron, es manifiesta. Y por ello, el indulto no podrá favorecerlos.

En virtud de lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, RESUELVE:

1º Se concede indulto al reo CAMILO LEAL BOANEGRA, por los delitos de homicidio y contra la propiedad a que se refiere el fallo de seguna instancia proferido por la JEFATURA DEL ESTADO MAYOR GENERAL DEL LAS FUERZAS ARMADAS, con fecha del 26 de agosto de 1948 (Fs. 11 y ss., C. 3º).

2º Para los efectos de la notificación y diligencia a que se refiere el artículo 11 del Decreto Extraordinario 2062, de 1954, remítanse copias suficientes a la Dirección General de Prisiones, a la mayor brevedad.

3º No es el caso de conceder indulto a los reos Alfonso Cruz Ayala y Arturo Giraldo.

4º Para notificar esta providencia al reo Cruz Ayala, se comisiona al Juzgado Superior de Popayán (reparto), ya que aquél, según consta al folio 5 del cuaderno 1º, purga pena en la Penitenciaría de Popayán. Término, ocho días y las distancias. Se librara despacho con copia.

5º Notifíquese personalmente al reo Giraldo, preso en la Penitenciaría Central de esta capital (Fs. 8, C. 1º).

Cópiese, notifíquese y archívese.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino—Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

NULIDAD CONSTITUCIONAL. — PROCESO INCONCLUSO. — INTERPRETACION DEL ARTICULO 356 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL. — OMISION DE CAREOS. — NEGATIVA DE PRUEBAS EN LAS AUDIENCIAS O CON OCASION DE ESTAS. — NORMAS PARA SANEAR LOS PROCESOS DE OMISIONES Y OTRAS FALLAS. — NO ES IMPROCEDENTE DENTRO DEL ESTUDIO DE LOS FUNDAMENTOS DE LA CAUSAL 4ª DE CASACION PENAL, EL ANALISIS O EL COMENTARIO DE LA PROCEDENCIA DE PRUEBAS ESTIMADAS INCONDUCENTES POR LOS INSTRUCTORES O JUZGADORES. — VIOLACION DE LA OFICIOSIDAD PROCESAL-PROBATORIA O SISTEMA INQUISITIVO

1.—De acuerdo con lo prescrito en el artículo 26 de la Constitución Nacional, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

Como puede observarse en su redacción y según lo ha dicho la Corte en recientes fallos, el texto consagra una garantía de tipo individual, ampliamente protectora de los intereses de la persona frente al poder del Estado, y, en especial, del llamado derecho de defensa.

No se limitó la Carta a hablar de las formas del juicio, es decir, de los requisitos o formalidades de los actos procesales, como de obligatorio cumplimiento, sino que exigió su "plenitud", o sea, que se respetasen en su totalidad o integridad.

De suerte que, para los fines del precepto, que son de orden público, no es suficiente que alguna o algunas de las formalidades prescritas en la ley se llenen a cabalidad, mientras se omiten otras sustanciales, se rechazan o se dejan desviar de sus fines naturales; el constituyente requirió que se cumplieran en su totalidad o "plenitud". No basta, de consiguiente, que a un procesado se le admita el defensor que ha elegido libremente, o se le provea de uno de oficio, que llene su cometido de intervenir en la audiencia y reciba notificaciones, si, por otra parte, las pruebas que solicita para la la eficacia de la defensa se le deniegan sistemáticamente o con pretextos más o menos convencionales. En esta hipótesis, no ha habido "plenitud de formas", y el juicio resulta en oposición a la garantía constitucional.

Se ha dicho que los fines del precepto son de orden público, como resulta evidente. Porque, con todo y ser cierto que el interés inmediato protegido por la norma es el del individuo y es éste quien se beneficia directamente de que, en el juicio, campee la totalidad de las formas legales, también la sociedad necesita sentirse segura de que ninguno de sus integrantes será sometido a procedimientos arbitrarios que entorpezcan la defensa o dificulten el escalrecimiento imparcial y objetivo de los hechos. "¿Qué sociedad, anota el Profesor italiano Guarneri, podría quedar satisfecha de condenas dictadas a ciegas sobre posibles inocentes?". A este resultado puede llegarse, y de hecho, se llega, frecuentemente, en la práctica, cuando se lesiona tal "plenitud" o se la hace ineficaz.

No importa, para los efectos de la norma constitucional, que, en determinado juicio, se esté en presencia de un "maleante" o miembro del hampa. Porque ni el constituyente ni el legislador autorizaron dos procedimientos diversos, uno, excepcional o arbitrario, para quienes exhiben malos antecedentes criminales, y otro, exigente y rodeado de amplias garantías, para quienes no los tienen. Ello conduciría a un juicio apriorístico, de funestas consecuencias, que afectaría la paz pública. ¿Qué seguridad tendría el ciudadano celoso en cumplir las leyes, de que a él no se le aplicase, a su tiempo, el procedimiento excepcional, con el pretexto de malos antecedentes? Justamente por ello, se ha impuestó, en la mayor parte de los países civilizados, no obstante la evolución del derecho político, la prevención de Beccaria, según la cual "a ningún hombre puede lla-

márssele reo antes de la sentencia del Juez, y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado...." Parte sustantiva de esta "protección pública", que no prejuzga o elabora juicio apriorístico de culpabilidad, lo constituye el cumplimiento de todas las formas procesales consagradas en las leyes.

Se ha llamado la atención sobre la calidad de sustanciales, que deben tener las formas cuya plenitud ordena el constituyente, porque una interpretación científica no puede ni debe conducir al simple formalismo procesal, es decir, a la fórmula por fórmula, con desconocimiento de su trascendencia o aspecto teleológico.

Evidentemente, dentro del curso del proceso penal, que es, por naturaleza, dinámico, unas formas procesales no satisfechas pueden quedar absorbidas por otras más amplias, u otras formalidades viciosas purgarse, posteriormente, de sus defectos. En estos casos, la "plenitud" a que se refiere la Carta, queda indirectamente satisfecha. Tal ocurre en casos de omisión de notificaciones, contra la cual no se reclama oportunamente (ordinales 3º, 4º y 5º, artículo 198 del Código de Procedimiento Penal), o cuando, a pesar de la omisión, los interesados comparecen a las diligencias y hacen uso de sus derechos (ordinal 2º, artículo 199, ib.), o bien cuando, habiéndose denegado, durante la instrucción sumaria, una prueba fundamental, por estimarse ilegalmente que no procede, se ordena y practica durante el plenario.

Otras veces, se tratará de simples erratas, que no inciden sobre lo esencial del asunto, o no afectan los fines naturales de la "forma"; como cuando se altera o deforma el apellido del acusado, que, no obstante ello, ha sido objeto de una perfecta identificación. En esta hipótesis, no puede alegarse la nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 aludido, porque la ausencia de la forma debida (nombre real del acusado) no altera su propia finalidad; el requisito ha dejado de ser sustancial, porque sus fines han quedado a salvo. La declaración de nulidad conduciría al formalismo criticado, pues equivaldría a mantener la fórmula por la fórmula, sin consideración teleológica alguna.

2.—Dice el texto del artículo 356 del estatuto procesal penal: "No podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos, y se verificaran CON URGENCIA las citas que hiciere y LAS DEMAS DILIGENCIAS QUE PROPUSIERE para comprobar sus aseveraciones".

La norma, según se desprende de sus términos, es totalmente imperativa, obligatoria; y manifiesta su íntima relación con el derecho de defensa. Cualquiera que sea la finalidad de la indagatoria, respecto a lo cual disienten los doctrinantes; ora se considere como un medio de prueba, bien como parte del derecho de defensa, o como ambas cosas a un tiempo, lo cierto es que las citas hechas en ella por el acusado y las diligencias que proponga, deben verificarse, no como una gracia o favor de los funcionarios, sino en cumplimiento de un deber terminante, categórico, impuesto por la ley.

Puede ocurrir, desde luego, que las citas o diligencias propuestas por el indagado, sean manifiestamente extravagantes, cual es la verificación de un hecho físicamente imposible, caso en el cual carece de fuerza obligatoria el precepto, como es obvio. Otras veces, como ya se anotó, el vicio o defecto procesal puede sanearse, como sucede, cuando, omitidas o denegadas las pruebas favorables al acusado, se practican o verifican en el plenario, o sea, con posterioridad al auto de enjuiciamiento.

Pero, no tratándose de aquellos casos, o de otros semejantes, la obligación impuesta por la referida norma es de inmediato e indiscutible cumplimiento.

En cuanto a los efectos o consecuencias de su violación, también habrá casos en que ésta no incida directamente sobre el derecho de defensa, porque se refiera a hechos meramente circunstanciales o accesorios, de útil, pero no de indispensable conocimiento. No podrá invocarse entonces la nulidad del proceso, por lesión de aquel derecho de defensa, si ésta ha sido, por otra parte, garantizada en sus demás aspectos.

Si se trata, en cambio, de hechos fundamentales como los que giran alrededor de la imputabilidad o la no imputabilidad, la responsabilidad o la irresponsabilidad, las circunstancias que obligan a disminuir la pena (el estado de ira del artículo 28 del Código Penal, en lugar de las de asesinato) u otros fenómenos semejantes, que se rozan, esencial

mente, con la defensa o descargos del imputado, la omisión en el cumplimiento del referido texto puede conducir, según se presente el caso concreto en su integridad, a la anulación del proceso, sobre la base del artículo 26 de la Constitución.

3.—Los careos no son obligatorios como diligencias de oficio (artículo 376 del Código de Procedimiento Penal), pero no existe razón para negarlos, directa o indirectamente, cuando los solicitan las partes.

4.—Para sanear los procesos de omisiones y otras fallas; para concluírlos, hallándáose "inconclusos"; para descubrir la verdad de manera objetiva y libre de direcciones unilaterales; y, en fin, para garantizar una función trascendente, que en una sociedad del tipo de la colombiana, no puede interpretarse como favor o gracia, cual es la función de la defensa, se creó no sólo la norma contenida en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, sino también la del artículo 472, que dice textualmente:

"Durante la audiencia, el Juez gozará de amplias facultades para suscitar los careos que crea oportunos, para exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias y para practicar las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos".

Facultades perfectamente lógicas, por ser bien sabido que, en nuestro sistema procesal penal, domina el procedimiento inquisitivo, esencialmente oficioso; y porque, en virtud de la trascendencia reconocida por las instituciones colombianas al juicio penal, no se busca, en éste, el descubrimiento de una verdad puramente formal, sino el de la genuina verdad que algunos denominan "verdad real".

5.—No comparte la Sala la posición rigorista del Ministerio Público, cuando sugiere que es improcedente, dentro del estudio de los fundamentos de la causal 4ª de casación, el análisis o el comentario de la procedencia de pruebas estimadas inconducentes por los instructores o juzgadores. Raras veces podría debatirse con acierto y eficacia el fundamento o la sin razón de los cargos sobre que se asiente la nulidad alegada con base en la referida causal, si la Corte careciera de esta necesaria facultad; y toda nulidad está ligada, directa o indirectamente, a cuestiones de hecho, que, en un sentido o en otro, son también probatorias. Lo que ocurre es que la referencia a las pruebas tiene una finalidad distinta e impone diversos criterios de apreciación de las mismas, según se trate de la causal 2ª o de la 4ª.

6.—La imputación a los defensores de que dejaron sin prueba el proceso, por no haber hecho uso del derecho a solicitarlas, dentro del término que sigue a la ejecutoria del auto de proceder, para de ahí tratar de sacar la conclusión de que fueron esos mismos defensores quienes lesionaron el derecho de defensa, por lo cual no tienen fundamento sus quejas, es equivocada.

Hay en esto un error, que nace, en parte, de la falsa creencia de que el sistema procesal penal puede equipararse al civil, en que rige el principio dispositivo, que se satisface con la verdad formal, como un eco del apotegma según el cual "scienti et volenti non fit injuria". Pero tal no es el mecanismo de nuestras instituciones penales de procedimiento. Como regla general, las investigaciones de esa clase se comienzan o pueden iniciar de oficio, y de oficio se allegan las del sumario, sin que obste la colaboración de las partes; en la segunda etapa del proceso, comúnmente llamada juicio en nuestras instituciones, la oficiosidad se restringe, en cierto sentido, pero el principio se conserva.

Manifestación de dicho principio la constituye el suspendido artículo 446 del Código de Procedimiento Penal ,que facultaba al Juez para abrir el juicio a pruebas, si lo estimaba conveniente; y, asimismo, el artículo 450 de la misma obra, que lo autorizaba para disponer que se practicasen "aquellas que considere conducentes para el esclarecimiento de los hechos".

Suspendidos estos artículos con un criterio antitécnico que rompe la armonía del sistema, por ministerio del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, la oficiosidad no quedó abolida del todo. Se conservó vigente el artículo 472 del estatuto procesal, a que ya se aludió. Se mantuvo, igualmente, la integridad del artículo 542, en relación con el 545, que permite al fallador de la segunda instancia abrir el juicio a pruebas y decretar "las que él estimare convenientes", aunque estas facultades no se reconocieron para los juicios con intervención del Jurado (artículo 547, ib.). Están vigentes también los artícu-

los 425 y 548 del estatuto procesal, que imponen a los falladores el deber de interrogar al procesado, en las oportunidades allí previstas.

Por manera que, si las partes no llenaron la función que les incumbía, de colaboradoras activas de la justicia, cada una dentro de su campo de acción, tocaba a los Jueces convertir en cosa viva y actuante, para beneficio de la misma jusicia, los arbitrios reconocidos por la ley, de acuerdo con su clara función finalista, arbitrios que, leal y diligentemente ejercidos como deberes positivos y no como cosas muertas, podían y debían coducir a que se enmendase "el grave problema de un expediente inconcluso".

También lo dispuesto en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, que manda al instructor "investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen", es una expresión del sistema inquisitivo-oficioso, norma esta que no debe desconocerse en el sumario.

Aunque la Corte en providencia de 23 de noviembre de 1950 (G. J., tomo LXXXI, números 2.160 y 2.161, página 833), dijo que "El proceso no es un laboraratorio indefinido de investigaciones, que permita llevar hasta lo infinito la práctica de pruebas, máxime si son inconducentes e ineficaces", debe tenerse también en cuenta:

Un proceso técnico, amoldado a los fines de la ley y justiciero en su orientación, no puede plasmar en reacciones que se extingan —contra las leyes naturales de su desenvolvimiento— al momento de producirse, o que rompan los canales de la juridicidad para envolver al individuo, sin que le sea posible una defensa efectiva ni sea seguro que merezca, en justicia, este tratamiento.

La violencia sistemática del derecho de defensa, considerado por maestros como Carrara como un derecho natural de la persona, no se satisface con fórmulas externas, sin proyecciones prácticas como aceptar unos defensores de oficio, dejarles que hablen ante el Jurado, notificarles algunas providencias y recibirles sus memoriales. Ello no es más que una mínima parte del ejercicio normal de aquel derecho, que, por su trascendencia, se convierte en función de interés público.

Nada eficaz pueden hacer los defensores, con todo y su loable diligencia, si se apartan de su alcance, con violencia de las leyes y aún de la simple equidad natural, los medios o instrumentos conducentes para llenar a cabalidad su función. La falta de práctica, —pese al clamor de los defensores en el expediente—, de las pruebas que éstos o los acusados solicitaron y de las que la ley ordena practicar de oficio y "con urgencia", junto con la omisión, por encima de todo y de todos y la denegación persistente de las mismas, a pesar de su clara procedencia, se llama, frente a la realidad, violación sistemática de los derechos de la persona, en la especie defensa contra imputaciones penales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez y ocho de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez).

VISTOS:

Corresponde decidir a esta Corte sobre el recurso de casación interpuesto, oportunamente, contra el fallo del Tribunal Superior de Cartagena, por el cual se condenó a Miguel Mendoza y Jacinto Torres a la pena principal de diez y ocho años de presidio para cada uno, como responsables de los delitos de homicidio y robo.

En las primeras horas de la mañana del 16 de junio de 1952, el Juzgado Permanente Central de Cartagena fue telefónicamente informado de que, en el interior de la Fábrica de "Coca Cola", sita en el Barrio Manga, Avenida Miramar, se hallaba MEDARDO PUELLO, Celador de la Fábrica, completamente exánime y mostrando señales de haber sido muerto violentamente. El cadáver fue reconocido, el mismo día, por los señores médicos legistas, quienes dictaminaron que la muerte de Puello había sido causada por el mecanismo criminal de "estrangulación con lazo", el cual "debió ser de una tela suave y resistente". (Folios 7, cuaderno 1º). Otras diligencias inmediatas no dejaron duda de que el móvil de aquel homicidio había sido el del robo, pues faltaban, en las oficinas respectivas, una caja fuerte, marca "Mosler", una máquina de escribir y una sumadora, que, posteriormente, fueron recuperadas por las autoridades policivas; y, de otra parte, se encon-

traron las cerraduras violentadas, papeles en desorden y otras huellas o hechos no menos significativos.

Sin comisión alguna u orden de captura de la autoridad instructora del sumario, la Polica Nacional, Jefatura de Investigación Criminal, **detuvo**, para los efectos del mismo sumario, a Manuel María Méndez Hernández, Héctor Orozco Parra, Nicolás Puello Rodríguez, Juan Trujillo o JACINTO TORRES y Silverio Pomares Silvano, quienes fueron puestos a disposición del Director de dicha Policía, División Bolívar, el 21 de junio siguiente (folios 12, C. 1º).

El día 23 de los mismos, la referida Jefatura enviaba al funcionario instructor (Comandante de la Policía Nacional, División citada) "el informe rendido por los detectives números 2, 9 y 280, relacionado con la investigación llevada a cabo en las Oficinas de la Coca Cola de esta ciudad" (Folios 13, ibídem), del cual informe deben, desde ahora, ponerse de relieve los siguientes hechos:

a) Que los detectives de los números indicados ocurrieron, la mañana del referido 16 de junio, al lugar de los hechos, en asocio del detective número 12 y del Capitán Humberto Franceschi, "Jefe de la Sección de Cárcel de la Policía de Bolívar", a recoger datos que ilustraran la investigación.

b) Que, informados por "los empleados de la Coca Cola,", se trasladaron a la residencia del señor Eduardo Lemaitre, donde le decomisaron al Celador José Pérez Mejía las máquinas sumadoras y de escribir ya mencionadas.

c) Que Pérez Mejía manifestó haber hallado las máquinas abandonadas en un patio, "como a las seis de la mañana del 16 de los corrientes", por lo cual las recogió y guardó en la residencia del señor Lemaitre.

d) Que al mismo Pérez Mejía se le capturó, "como medida precautelativa", y se le mantuvo "incomunicado" (sic) "en una celda de San Diego, celda en la cual se encontraba ANDRES TORRENTE ZURITA, **con el debido propósito de charlar con el celador Pérez Mejía y ver si lograba algunas verdades** acerca de lo que se investigaba". (Subrayó la Corte).

Tenían, pues, los auxiliares del proceso un método peculiar y totalmente alejado de las previsiones de la ley, para cumplir la incomunicación de presuntos delincuentes: **comunicándolos** con persona elegida de antemano por los **incomunicadores**. Los datos o secretos que no podían o querían obtenerse por un procedimiento regular, se pretendía conseguir de esta suerte; y la inteligencia investigativa, hábil, pero respetuosa de la ley, era reemplazada por la industria.

e) Que los detectives **refieren** que Torrente Zurita **refirió** que Pérez le había **referido**, durante la **incomunicación** (tres referencias):

".....hermano, estoy metido en un lío muy grande, es el lío de la Coca Cola, dos noches antes del 16 de los corrientes, tres hombres vinieron con el objeto de robar en la Coca Cola, pero no lograron hacer nada. Anoche volvieron y me entregaron dos máquinas, una sumadora y una de escribir, me ofrecieron unos centavos. Me dijo Pérez Mejía que había guardado las máquinas en una camioneta en los patios de donde él presta servicio de celador, pero que en ese momento no sabía que los ladrones habían matado al celador, de la Coca Cola. Que como a las cuatro de la madrugada ya del 16 de los corrientes, al darse cuenta que los asaltantes habían matado al celador de la Coca Cola, se llevó las máquinas que le habían entregado para el Pastelillo. Y que como a las 5 o 5½ de la mañana llamó a don Eduardo Lemaitre y le entregó las máquinas que él recibiera de los ladrones" (Fs. 14 vuelto, C. 1º).

De ser totalmente ciertas estas referencias, aparece una manifiesta contradicción entre lo dicho por Pérez Mejía a los detectives y lo manifestado a Torrente Zurita (también figura con el apellido de Torren o Torrens); y, en la misma hipótesis, las consecuencias procesales y penales eran o debían ser diversas, según se aceptase una u otra versión.

f) Que también fue capturado y puesto a disposición de la autoridad investigadora **Félix Alvaro Peña** (alias TRINCHE), porque "Andrés Torren Zurita....dijo.... al ver entrar" al mismo: "Ya trajeron el Trinche, fue él el primero que entró por la oficina de la Coca Cola en la noche de los hechos". (Folios 14, ib.).

Se desprende de lo anterior, entre otras cosas, que Torrente Zurita no sólo estaba o debía de estar pendiente de lo que manifestara Pérez Mejía, sino que también le era permitido el informarse de otros hechos relacionados con la investigación. Lo que no consta es si las referidas expresiones, caso de ser ciertas, se produjeron en presencia del "incomunicado" Pérez Mejía, lo cual tenía y tiene indubitable significación procesal.

g) Que, "interesados en establecer la verdad de los hechos", los detectives se dieron "a la tarea de capturar a todos los elementos antisociales", entre los cuales se cuenta a ALBERTO CALLON OLARTE. Este dizque les manifestó:

"Que el domingo en la noche se encontró con

el maleante Miguel Fernández Mendoza o Miguel Mendoza Fernández o Miguel Fernández Flórez...., con un cachaco que no conoce, delgado, con dos calzas de oro y el conocido maleante JACINTO TORRES GUUTIERREZ o Juan Trujillo Gueiterrez (sic) o Juan Torres Gutiérrez".

Según la relación, Fernández invitó a Callón para un "trabajito", pero no aceptó.

h) Que, el lunes siguiente, Gallón Olarte fue "soltado" (la Policía capturaba y "soltaba" a su sabor), "con el objeto de que NOS siguiera haciendo averiguaciones y se trasladó a Bayunca, porque allá viven los Pajaritos, al llegar a la casa de los Pajaritos, ya en Bayunca encontró a Miguel Fernández Mendoza y al cachaco a quien no le sabe el nombre. Y él le manifestó que habían fracasado en el trabajito de Manga, tenía los codos y las rodillas todas raspadas diciéndole que la ropa la había tenido que dejar donde una señora de nombre Petrona en el Barrio de San Diego; que la dejó porque estaba sucia de sangre y que la iba a mandar buscar al día siguiente con la mujer de él. Se advierte que el celador muerto en la Coca Cola en la noche del 16 de los corrientes, tenía un revólver Colt, Special, el cual desapareció con 12 cartuchos. En la noche del lunes 17 fue capturado Jacinto Torres o Juan Trujillo al ser requisado se mostró con el pantaloncillo sucio de sangre. Sin tener heridas ni lesiones donde viniera esa sangre. Hicimos las gestiones necesarias para lograr la captura de Miguel Fernández Mendoza y del cachaco en Bayunca, pero ellos lograron evadir la acción de la Policía y se fugaron". (Fs. 15, ib.).

Como se observa, los buenos oficios de Callón Olarte fueron premiados con su libertad definitiva. Se capturaba a antisociales y se les libertaba, para que hicieran las pesquisas personales que correspodían al instructor y a sus auxiliares.

i) Que, según el mismo informe, "Silviro Pomares Ilbano, es un San Andresano que duerme en una canoa que está volteada a unos 250 Mts. donde se efectuó el robo y a un metro de donde se encontró la caja. Interrogado dice haber visto a varias personas que llevaban la caja de caudales. Que poco más o menos uno de los que llevaban la caja tiene la talla de Jacinto Torres, pero COMO ERA DE NOCHE NO LO PUDO IDENTIFICAR CON PERFECCION".

j) Que, finalmente, quedaron capturados "a órdenes del Comando o de quien llegue a adelantar la investigación" José Pérez Mejía, Gabriel Padilla, Silviro (sic) Pomares Ilbano y Félix Alvaro Peña (alias Trinche), fuéra de Orozco Parra y los demás a quienes alude el documento de folios 12, ya citado.

El mismo 23 de junio, fecha del informe que acaba de comentarse, se recibió testimonio a ALBERTO CALLON OLARTE, quien manifestó ser comerciante de profesión y confirmó, en lo sustancial, el relato mencionado por los detectives. Cuenta, además, cómo, el día anterior, fue "llamado nuevamente" por el Capitán Fanseschi, "y me DETUVO en la cárcel de San Diego, encerrándome en la celda donde estaba Jacinto Torres, a fin de que me pusiera en contacto con éste y me informara algo sobre el particular". Termina contando cómo no fueron del todo eficaces sus llamadas a la confidencia, pues sólo obtuvo algunas más o menos anodinas, que detalla claramente (Folios 17 y v.).

Entre éstas, figura la de que Miguel Mendoza y Torres habían hecho un negocio, y sólo habían logrado conseguir un revólver; "que Miguel había metido la pata porque no había necesidad de hacer lo que hizo". Agrega el declarante que fue comisionado para que, si iba a Barranquilla, "hiciera todo lo posible para verse con Miguel y le comunicara su situación y que le mandara algo del revólver".

JACINTO TORRES fue indagatoriado el 28 de junio, fecha en la cual no ostentaba el sumario más pruebas incriminativas contra aquél, que el informe de los detectives y la declaración jurada de Callón Olarte. En la diligencia, insinúa una coartada, pues manifestó que, la mañana de los hechos, se encontraba en la casa del señor Benito Salazar y de su hijo Pedro, situada en el barrio El Rebolo, de la ciudad de Barranquilla, de donde viajó a Cartagena, en compañía de JUAN Mendoza, en las horas de la tarde. Da algunos detalles respecto a su recorrido aquella tarde, y termina negando las confidencias a que alude el declarante Callón, pues "la persona que diga eso, queda de hecho denunciado por el suscrito por calumnia". (Fs. 27 y ss).

Aquel mismo día, se recibió declaración a Silverio Pomares (no Silviro, como aparece en otros documentos), por medio de intérprete, y ratificó, también en lo sustancial, el relato hecho a los detectives. Había dicho que le había sido imposible identificar con perfección a JACINTO TORRES como uno de los sujetos que movían la caja de caudales robada, por ser de noche. Pero, ya en esta oportunidad, sin que conste por virtud de qué extrañas facultades, manifestó que "aun cuando era oscura la mañana, pude ver que eran dos sujetos, los que puedo IDENTIFICAR caso de que

se me pongan de presente". (Folios 29 y vuelto). En efecto, se arregló la rueda de detenidos, para la confrontación del caso, y Pomares señaló a Jacinto Torres y Miguel Mendoza.

Se indagatorió entonces, en la fecha indicada, a MIGUEL MENDOZA FERNANDEZ (Folios 30 y siguientes), y manifestó, entre otras cosas: que fue condenado, una vez, por ratería, a dos meses de presidio; que no conoce a Jacinto Torres, pero sí a Alberto Callón Olarte, cuyas imputaciones no se explica; que, el día de los hechos, se encontraba en la ciudad de Barranquilla; y que ignora quién o quiénes consumaron los delitos imputados. No sabe por qué le reconoció Silverio Pomares, "porque yo no fuí".

Hallándose el proceso en esta situación, se dictó el auto de folios 32, en la misma fecha del 28 de junio citado, por medio del cual se ordena detener a TORRES y MENDOZA FERNANDEZ. Esta providencia, no obstante su importancia y pese a los ordenamientos procesales, NO FUE NOTIFICADA EN TIEMPO ALGUNO a los procesados.

Al folio 38 del cuaderno 1º, aparece un informe del mismo Capitán Franceschi y los detectives números 2, 9 y 12, en que se da cuenta de la captura de Miguel Mendoza, verificada en la ciudad de Barranquilla, no se sabe en qué fecha (el informe tiene la del 30 de junio de 1952). Refieren los aludidos miembros de la Policía que se trasladaron a Barranquilla, en fecha no indicada, y se presentaron "a la Seguridad y le comunicamos que íbamos a la captura de los presuntos asaltantes y asesinos de la Embotelladora Bolívar Coca Cola, buscando rigurosamente en todo el perímetro de la ciudad de Barranquilla y en unos pueblos y barrios buscando a **Miguel Mendoza Fernández y a un cachaco que según fue también cómplice del asesinato**" (sic). Agrega el informe textualmente:

"Y como nosotros llevábamos a Alberto Callón Olarte para que nos fuera informando a donde podíamos localizar a los citados individuos, él nos informó que posiblemente Miguel Mendoza y un hermano y otro cuñado se encontraban detenidos en la Modelo".

Efectivamente, allí lo encontraron, detenido por cuenta del Juez Octavo Nacional de Policía, el cual lo entregó a los detectives, por intermedio del Jefe de la Sección de Investigación.

Los hechos anteriores se comentan por sí solos.

JOSE PEREZ MEJIA, en cuyo poder, como ya se comentó, fueron halladas dos máquinas de las sustraídas, rindió indagatoria el 30 de junio (folios 39 y siguientes), en la cual manifestó que tales objetos los encontró, la madrugada del día de los hechos (5. a. m.), al dirigirse de la residencia del señor Eduardo Lemaitre a su propia casa, y que los tomó y guardó con autorización del mismo. En cuanto a las referencias de Andrés Torres o Torren Zurita, a que alude el informe de los detectives, niega que correspondan a la verdad, pues él no manifestó que Félix Pérez (a. Trinche) hubiera sido el primero que entró a la fábrica asaltada.

En el estado a que se refieren las anotaciones precedentes, fue recibido el proceso, el 17 de julio de 1952, por el señor Fiscal Segundo Superior, quien lo mantuvo paralizado hasta el 5 de septiembre, en que dictó una importante ampliación (folios 44 y vueltos), comisionando para su cumplimiento al Inspector de Policía de Manga, con un término de quince días. Más adelante habrá de referirse la Sala a la calidad e importancia de las diligencias ordenadas en el auto de ampliación.

El funcionario comisionado actuó negligentemente; evacuó unas pocas diligencias y terminó disponiendo, el 3 de noviembre, que se enviaran los autos a la Fiscalía, "con nota de estilo". Allí durmieron éstos hasta el 23 de febrero del año siguiente, en que el Fiscal se acordó del negocio, gracias a un memorial del sindicado Mendoza Fernández, fechado el 10 del mismo mes, en el cual solicitaba se le permitiera comparecer a "exponer mis puntos de vista", pues, "en vista de tener ocho meses de estar detenido...., me permito manifestarle que no he sido llamado a nada y desearía de usted tuviera la vondad (sic) de hacerme compadecer (sic) a su respetado despacho". **(Fs. 64).**

Era lamentablemente cierto que no había sido llamado "a nada", pues ni siquiera se le había notificado el auto de detención, proferido varios meses antes.

No se sabe por qué causa dejó de cumplirse la provisión del 23 de febrero citado, que disponía recibir nueva indagatoria a Mendoza, el 26 de dicho mes. Lo cierto es que, el 7 de marzo, la Fiscalía dictaba proveído, ordenando recibir indagatorias a Mendoza y Torres, solicitar los antecedentes de aquellos y practicar las demás diligencias pendientes, para lo cual comisionaba a otra autoridad de Policía (Fs. 65 vuelto) .

El funcionario comisionado se limitó a recibir las nuevas indagatorias y a promover la averiguación de los antecedentes penales de los acusados y, recibido el proceso en la Fiscalía comitente, por auto del 7 de abril de 1953 (folios 92

vuelto), se comisonó al Comando de la Policía Departamental para que perfeccionase la investigación.

El Comando no mostró diligencia alguna; recibió, el 25 de abril, informe secretarial de que no había sido posible localizar los "elemntos relacionados con esta investigación", informe que fue repetido, el 30 de junio, sobre la base de que los testigos estaban ausentes y el término de la comisión se hallaba vencido "con exceso"; y, el 4 de julio, dispuso devolver el sumario, con la advertencia de que no se había cumplido la comisión, "por no haberse localizado los declarantes", pero haciendo constar que dicho Comando "tendría muchísimo gusto en prestarle toda la colaboración que desee, para beneficio de la justicia". (Folios 95 vuelto).

Con fecha 27 de julio de 1953, es decir, MAS DE UN AÑO después de haberse iniciado la investigación, ésta se declaró cerrada; y, no obstante tan larga e injustificada demora en el perfeccionamiento de la misma, apenas el 6 de noviembre siguiente cumplió el Fiscal el deber de conceptuar de fondo, como, en efecto, lo hizo, solicitando se enjuiciara por homicidio y robo a los procesados Torres y Mendoza, y se sobreseyera en favor de Félix Alvarez Perea y José Pérez Mejía, no sin hacer constar, de paso:

"....la última comisión fue a la Comandancia de la Policía de Bolívar para practicar numerosas diligencias, especialmente declaraciones de testigos, habida consideración de que la Policía cuenta con varios vehículos de motor y personal suficiente para las notificaciones o citaciones de testigos. A pesar de ello, con la excusa de no haberse encontrado los testigos, este expediente fue devuelto sin que se practicara una sola de las diligencias, quedando para la Fiscalía EL GRAVE PROBLEMA DE UN EXPEDIENTE INCONCLUSO". (Mayúsculas de la Sala).

EL AUTO DE ENJUICIAMIENTO

El mérito de las diligencias sumarias "inconclusas", fue calificado por el señor Juez Segundo Superior de Cartagena, el 7 de diciembre de 1953, con llamamiento a juicio para los procesados Torres y Mendoza, por los cargos de homicidio simplemente intencional y robo, y con sobreseimiento definitivo en favor de Félix Alvarez Peña y José Pérez Mejía.

En la referida pieza, que corre a folios 105 y siguientes del primer cuaderno, el Juzgado analiza, primeramente, lo relacionado con las pruebas del cuerpo del delito. Luego, al examinar la imputabilidad y responsabilidad de los acusados, expresa que de las declaraciones de ellos "no se saca ninguna luz sobre el particular, porque no hay la confesión que sirva de base para establecer la verdad", por lo cual es preciso ocurrir a otros elementos procesales. Y, en efecto, considera como dignos de crédito y totalmente válidos los testimonios de Alberto Callón Olarte, Silverio Pomares y Pedro Patiño Pérez, ya que, respecto de los dos primeros, "no se ve en ellos interés alguno que los obligue a decir tal cosa"; y "uno de ellos, Callon Olarte, era amigo de los sindicados, y el otro ni siquiera los conocía".

Por lo demás, nada dice el auto respecto a la coartada que insinuó Jacinto Torres en su indagatoria, ni en cuanto a la influencia que, en la valoración de las pruebas y calificación del asunto, pudieran tener los careos y reconocimientos omitidos.

En relación con los otros acusados (Pérez Mejía y Félix Alvarez), prácticamente el auto se limitó a decir que no existían pruebas contra ellos.

Se interpuso apelación contra el mencionado proveído; y, en brevísima vista del 9 de abril de 1954, el señor Fiscal Segundo del Tribunal conceptuó que todo estaba bien, pues eran más que suficientes, como prueba indiciaria, los testimonios de Alberto Callon Olarte y Silvano (sic) Pomares.

El 12 de junio del mismo año, después de hacer unas simples transcripciones de algunos elementos de prueba recogidos en el proceso o de simples referencias a los mismos, y sin cumplirse el menor conato por analizar el grado de crédito que, frente a las reglas de crítica científica del testimonio, pudieran merecer los señores Callón Olarte y Silverio Pomares, el Tribunal Superior de Cartagena confirmaba el auto de vocación a juicio, no dejando de advertir que constituía prueba incriminativa "la rotunda negación de los hechos o relaciones con las personas que se les preguntan a los ciudadanos Jacinto Torres y Miguel Mendoza, quienes no han dado una satisfactoria y concordante explicación con los hechos que se les imputan".

Es de observar que tampoco el Tribunal hizo comentario alguno, respecto a las omisiones de la investigación, sus proyecciones sobre la calificación y otras circunstancias procesalmente relevantes, que habían determinado el concepto del Fiscal de primera instancia, sobre "el grave problema de un expediente inconcluso".

Ejecutoriado el auto de proceder, se dejó vencer el término probatorio, sin que ninguna de las par-

tes hubiera solicitado la apertura a pruebas, o mejor, la práctica de las que se consideraran pertinentes. Omisión quizá explicable por la indigencia de los procesados, que eran ambos asistidos por un defensor de oficio, o bien porque la defensa tuviese un plan muy personal para el desarrollo del debate y considerase mejor precipitar la celebración de la audiencia ante Jurado, lo cual parece más verosímil.

Pero resulta ilógico que, existiendo el precedente de la anotación expresa de la Fiscalía sobre "el grave problema de un expediente **inconcluso**", esta entidad no hubiera advertido que era llegado el momento procesal de purgar el proceso de vicios y omisiones, reclamando el cumplimiento de las diligecnias que los instructores comisionados no habían querido o podido verificar, con todo y la manifestación de uno de ellos, en el sentido de que tendría "muchísimo gusto en prestar toda la colaboración que se deseara, para beneficio de la justicia" (Fs. 95 v.).

Esta omisión es de mayor importancia, si se tiene en cuenta que, habiéndosele quitado al Juez, por ministerio del artículo 4º del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, la facultad que antes tenía de decretar pruebas de oficio, parecía lógico que el Ministerio Público promoviera, en la referida oportunidad, el perfeccionamiento de lo que, con sobra de razón, había calificado de "inconcluso".

CRITICA Y EXAMEN PREVIO DE ALGUNOS ELEMENTOS PROCESALES, DE INFLUENCIA EN LA DECISION DEL RECURSO.

1. En la primera indagatoria recibida al procesado Torres, se lee:

"PREGUNTADO. Diga el indagado ¿dónde se encontraba la madrugada del día diez y seis de este mes, en unión de quién o de quiénes y de qué se ocupaba? CONTESTO: La madrugada del día diez y seis del presente mes, me encontraba en la casa del señor BENITO SALAZAR, quien reside en el barrio de El Rebolo, yo estaba enfermo de un pié; estaba durmiendo en unión de los que en ésa residen, que son el señor Benito Salazar y su hijo Pedro. PREGUNTADO. Diga el indagado desde cuándo se encuentra en esta ciudad y qué vehículo lo transportó? CONTESTO: Me encuentro en esta ciudad desde el día diez y seis de este mes, o sea, desde el lunes de la semana pasada, llegué como **a eso de las cuatro de la tarde**, en el bus de La Esperanza, o de nombre La Esperanza, yo tomé en (sic) bus a la entrada de Barranquilla, en unión de Juan Mendoza, quien fue el que le canceló al cobrador del bus los pasajes. Yo iba a sacar el tiquete de la empresa, pero Juan Mendoza me manifestó que no lo sacara, que tomáramos el bus a la entrada de Barranquilla y así el pasaje nos salía menos costoso. PREGUNTADO: Diga el declarante a qué parte llegó usted a su llegada a la ciudad? CONTESTO: Yo me bajé del bus en la esquina de La Brisa, salí inmediatamente a la casa de un paisano mío de nombre **Biscaíno Villa Berdugo**, a quien no encontré, y tuve que venir al mercado donde él tiene un kiosco. **Allí lo encontré, estuve con él hasta las doce de la noche** charlando y tomando, pues ahí también habían otras personas. A las doce de la noche me fuí a dormir, le quedé debiendo a Villa la suma de cuatro pesos y pico. Me fuí a dormir al dormitorio central en unión de una mujer, como a eso de las dos o tres de la mañana fuí detenido allí en el dormitorio por el señor Raúl Pereira, el capitán Francesqui, otro a quien llaman Eusebio, quien iban acompañados del detective Ponce". (Folios 27 y ss.).

En su segunda indagatoria, el procesado manifestó:

"Pido... que para que se esclarezca este caso se me reconozca por el individuo que dice conocer a los que cometieron el delito y se me dé un careo con los que me acusan en este caso. También hago constar que he pasado como cuatro o cinco memoriales y que ninguno de ellos aparece aquí en las sumarias, uno en que manifestaba la confidencia que le hizo un detenido a los señores Julián González Nisperuza a un detenido también de apellido Martínez y Fernando Teherán Car (ilegible), donde le manifestaba que los señores detectives querían que dijera que Jacinto Torres Mendoza y Miguel Mendoza habíamos sido los que habíamos cometido ese delito, porque nosotros teníamos antecedentes, y se podía creer que nosotros fuéramos y que así no quedaría el delito impune, y que en recompensa de esto le darían la libertad, lo que así lo hicieron. Pido que si este señor ha dicho algo contra mí, se me dé **un careo** o que se llame a declarar para que se ratifique en lo dicho y que si esto es así como dicen los señores citados, la confidencia a los señores González, Martínez y Garcés, no seré yo el merecedor que se me detenga, sino aquellos empleados que con acusaciones falsas quieren ganar privilegios ante la sociedad y la justicia, Y POR SEGUNDA VEZ PIDO QUE SE ME HAGA UN RECONOCIMIENTO CON EL INDIVIDUO QUE DICE QUE CONOCE A LOS QUE COME-

TIERON EL DELITO..... PREGUNTADO. Diga el indagado, si así lo desea, ¿dónde se encontraba y con quién o quiénes estaba en la noche del quince de junio del año pasado?. CONTESTO: Me encontraba en Barranquilla. Me encontraba esa noche en casa de Benito Salazar, enfermo de un pié que tenía hinchado a consecuencia de que me golpee y se me hinchó y como testigo de esto tengo a una señora que vive en frente del señor Salazar, quien me estuvo componiendo el pié los días jueves, viernes, sábado, domingo hasta el lunes en la mañana, que fue cuando destiné el viaje para acá, llegando aquí a las cuatro y media de la tarde el lunes diez y seis en el bus llamado La Esperanza, y se puede citar a los señores del vehículo para que certifiquen si ellos llegaron a las cuatro y media de la tarde el lunes diez y seis y si salieron de Barranquilla a las doce y media de la tarde; también pueden citar al señor Viscaíno Villa Berdugo, quien es o era empleado del Mercado Público, para que él diga si yo llegué a esta ciudad el día mencionado, lunes. También tengo otros señores, Manuel Peña y una señora que no recuerdo, pero sí sé la dirección de la casa, quienes pueden decir si yo me despedí de ellos el día que yo me embarcaba para acá, el señor Raúl Salcedo, quien reside en esta ciudad, quien también es del conocimiento que yo llegué a esta ciudad el lunes en la tarde. También hago saber que el señor Salazar DONDE ME ENCONTRABA YO EL DOMINGO, trabaja EN EL TERMINAL MARITIMO de Barranquilla, a quien se le puede preguntar si él fuere necesario si yo dormí en su casa el día quince de junio o para mejor explicar, si yo estuve en su casa desde el día martes hasta el día lunes. PIDO QUE SE HAGAN ESTAS AVERIGUACIONES lo más pronto posible, PARA QUE SE ESTABLEZCA LA VERDAD,.... digo que es una calumnia por lo que CAYON OLARTE le dijo a los señores Nisperuza, Joaquín (apellido ilegible) y Fernando Teherán". (Fs. 87 y 88).

Como se ve fue claro el procesado en exponer una coartada, cuyo fundamento o realidad tocaba investigar de oficio a los instructores, ya que el artículo 356 del Código de Procedimento Penal dispone que "se verificarán CON URGENCIA las citas que hiciere y las demás diligencias que propusiere para comprobar sus aseveraciones". Es lo que pedía Torres, y no para exculparse, como hubiera podido decirlo y lo insinuó, sino para una cosa más amplia y comprensiva: "para que se establezca la verdad". Sin embargo, con todo y la manifiesta importancia de las diligencias insinuadas o pedidas, no obstante lo perentorio de la norma legal citada, ni se verificaron las citas, ni se practicaron "las demás diligencias".

No fue Miguel Mendoza, el compañero de sindicación de Torres, tan preciso y abundante en datos tendientes a la investigación de la verdad de una coartada; pero sí manifestó, igualmente, lo que sigue:

"....el señor Secretario del Comando llevó a un yumeca (de color negro y habla inglés), es un hombre que tiene aspecto de loco. Le preguntó el Secretario que si me conocía y éste dijo que no. Que la ropa era de color kaki mono, pero que no era yo y que no me conocía. Entonces el señor Secretario cogiéndome a la fuerza me dijo que dijera la verdad, preguntándome de una cosa que yo no conozco..... No sé por qué el señor Tohorres Suirita (sic) declara contra mí, cuando él es un preso rematado. Ese es un hombre que yo nunca he tenido referencia de él, y por lo tanto él no puede dar una declaración contra mí. Pero cómo puede una persona que está presa saber lo que pasa en la calle. Por ahí mismo pueden comprender que lo que me tienen es una mala voluntad, y que soy ignorante de lo que está pasando".

3. En memorial puesto al despacho el 8 de junio de 1954, o sea, cuatro días antes de confirmarse por el Tribunal Superior de Cartagena el auto de proceder, los acusados Mendoza y Torres le observaban al mismo:

".....hasta el presente no se nos ha hecho un reconocimiento con la persona que dice conocer a los individuos que cometieron dicho delito; ni se nos ha dado un careo con Alberto Callón Olarte, la única persona que con su declaración nos tiene privados de nuestra libertad" (Folios 123 y 124).

Insistían, pues, los sindicados en que se practicaran pruebas básicas relacionadas con el derecho de defensa; y el tiempo en que lo hicieron, parecía ser el oportuno para solucionar el grave problema de un expediente inconcluso, a que se había referido el Fiscal instructor. Sin embargo, esta oportunidad procesal fue desaprovechada por el Tribunal.

Es de observar, de paso, que Torres había apelado del auto que clausuró la investigación; y aunque no expresó los motivos de su inconformidad con dicho proveído, es lógico presumir que deseaseaba se practicasen las diligencias y citas a que había aludido en sus dos indagatorias, en forma clara, concreta, precisa (Fs. 97 y 98).

4. El 22 de septiembre de 1954, cumplida la diligencia de sorteo de Jurados, Jacinto Torres volvía sobre el tema del reconocimiento y el careo con

su acusador, y manifestaba al Juez Superior:

"...hasta el presente ese alto despacho NO HA ORDENADO EL RECONOCIMIENTO Y CAREO con el citado declarante (Alberto Callón Olarte), pido a su alta autoridad ordene de inmediato se reabra el término probatorio, siquiera por cinco días para que así se allegue legalmente al cuestionario las pruebas que procesalmente pido...." (Fs. 143).

Es evidente que el Juzgado ha debido resolver esta solicitud, o mejor, debía resolverla negativamente, por estar precluído el término probatorio, como, en efecto, se resolvió (folios 144 vuelto). Pero la insistencia del procesado es un índice revelador de la importancia que él daba a unas pruebas que no sólo había solicitado en tiempo hábil, sino que, a virtud de disposición legal, han debido practicarse de oficio.

5. Señalada la fecha y hora de la audiecnia ante Jurado, los defensores de los presuntos reos solicitaron se practicasen, durante la misma audiencia, las siguientes pruebas:

"1º Comparecencia de los señores SILVERIO POMARES BANAAR, ALBERTO CALLON OLARTE Y ANDRES ZURITA TORRENS, con el fin de interrogarlos sobre hechos conducentes del proceso y en conformidad con puntos que someteremos en la práctica de dicha diligencia, en el acto de la audiencia.

"2º. Ordenar el traslado de la Caja Mosler, referida en la investigación como propiedad de la fábrica de Coca Cola, el bote y la mecha que dizque le fue encontrada a Miguel Mendoza.

"Los peritos los nombrará el señor Juez, dirán:

"a) Si el peso, volumen y la forma de la Mosler dicha permiten que dos individuos de la talla, fuerza y complexión muscular de los encausados, cargarla y depositarla en un bote, situado en agua de escasa profundidad, un pié al menos, pisando en orillas fangosas, como son las del lugar de este hecho y las de casi toda la bahía, y que, en especial, corresponden las que se hallan frente a la Embotelladora Bolívar y, desde este punto hasta el Pastelillo.

"b) Si diversas mechas, brocas o taladros de 3|4,, o sea, de la misma dimensión que la señalada en el expediente, realizan perforaciones exactas, es decir, del mismo diámetro y características que la (sic) se dice fue encontrada a Miguel Mendoza.

"d) (sic). El Juez nombrará intérprete para el interrogatorio de Pomares Bannar, preferentemente sanandresano.

"e) Antecedentes de Alberto Callón Olarte y Andrés Torrens Zurita". (Fs. 154 y 155).

6. El Juzgado denegó la totalidad de las pruebas anteriores, expresando:

"De conformidad con el artículo 208 ibídem (Código de Procedimiento Penal), no se admitirán ningunas pruebas que no conduzcan a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso.

"Si bien es cierto que la ley le da derecho a los defensores de solicitar la comparecencia de los testigos y los respalda el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, esta facultad de la defensa está condicionada a la apreciación del Juez, fundada en el principio general consagrado en el artículo 208 ibídem, en virtud del cual goza el Juez de libre arbitrio para determinar si las pruebas son conducentes y rechazarlas cuando encuentre que ellas no conducen a establecer directa o indirectamente los hechos que son materia del proceso.

"Es así que dentro del proceso están completamente acreditados esos hechos, luego son inconducentes las pruebas pedidas por la defensa y en ejercicio de la facultad concedida por el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, el Juzgado las rechaza.

"En cuanto al segundo punto no encuentra el Juzgado motivos fundados para aportar esos elementos al juicio, porque ellos son incidentalmente accesorios que no conducen a establecer el cuerpo del delito en lo que respecta al homicidio. En lo que se refiere al delito de robo, abundan dentro del proceso la prueba (sic) que demanda la ley para su consumación (sic). Así, esta prueba tampoco es procedente y, por lo tanto, también se niega por inconducente". (Fs. 156 y 157).

No obstante que la negativa precedente pudiera considerarse sin importancia, pues la audiencia pública hubo de aplazarse, para nuevo señalamiento, la Sala se ha detenido en la transcripción completa del memorial probatorio y del auto que resolvió al respecto, porque este último resulta singularmente expresivo de la desconcertante idea que instructores y jueces tenían de las finalidades del proceso penal y de la significación que, frente a él, representa o supone el derecho de defensa.

Sorprende, en efecto, que el Juez hubiera creído o considerado como función de la defensa, cuando hace uso del derecho procesal de pedir pruebas, la de comprobar el cuerpo del delito o la responsabilidad de los acusados; y resulta inexacto, por otra parte, que la simple ratificación oral, ante el Juez que ha de dictar la sentencia, de testimonios rendidos durante la instrucción sumaria, sea inconducente.

7.—Cumplido nuevo señalamiento para la audiencia pública, se solicitó por uno de los defensores que se hiciera comparecer, a la misma, a "Alberto Callón Olarte, Silverio Pomares, Vizcaíno Villa Berdugo, Juan Mendoza, Manuel Peña, José Salas y Gumersindo Arroyo, "a fin de que evacuen las citas que le (sic) hacen los encausados en sus indagatorias, ya que **jamás** fueron atendidas las peticiones de descargo hechas por ellos". (Mayúsculas del memorial, folios 160).

Agregaba el defensor que "los procesados pidieron insistentemente careo con los señores Callón Olarte y Silverio Pomares, y JAMAS fueron atendidos". (Mayúsculas del signatario).

Finalmente, bajo el aparte b) del memorial petitorio, solicitaba el mismo defensor:

"Como de acuerdo con el artículo 316 del Código de Procedimiento Penal las armas, instrumentos y efectos con que se haya cometido el delito o provengan de su ejecución, deben estar descritas y detalladas en el proceso, y, además, hacen parte de él, pido que el bote, el lazo, el berbiquí, el pedazo de madera que fue examinado, la Caja Fuerte, etc., ,sean llevados al salón de las audiencias; y como la Caja Fuerte se encuentra en la oficina de la Coca Cola, el señor Juez ordenará que sea traída al citado salón de audiencias PARA QUE LOS SEÑORES DEL JURADO PUEDAN VERLA Y JUZGAR EN RELACION CON LAS EXPOSICIONES QUE HAREMOS". (Mayúsculas de la Sala).

8. En nuevo memorial del 14 de abril de 1955, el defensor, doctor Tinoco expresaba al Juez: "Nuevamente insisto en que se decreten las pruebas que pedí en memorial del 2 de los corrientes". Creía difícil la comparecencia de todos los declarantes citados, y se contentaba con que fuese requerido Silverio Pomares y con que, por medio de la Policía, en uno de los vehículos usados por ella, se trasladase al salón de audiencias la caja de caudales referida (folic 64).

Trataba de justificar sus puntos de vista, con la anotación siguiente:

"Señor Juez: A mi defendido no se le atendió jamás en sus pruebas de descargo. Es justo que siquiera se le dé la oportunidad de probar en la audiencia".

9. También el doctor Jaime Gómez O'Byrne, defensor del otro procesado, pidió las siguientes pruebas para practicar en la audiencia, "con el fin de que las garantías para la defensa que consagra la Constitución Nacional sean observadas:

a) Cita de Silverio Pomares.

b) Traslado de la caja Mosler al salón de audiencias, "para mejor ilustración de los Jurados".

"Es evidente, terminaba el defensor, QUE LAS PRUEBAS DE DESCARGO DE LOS ENCAUASADOS JAMAS FUERON PRCTICADAS" (Fs. 165).

9. (sic). El Juez accedió a que se citase al testigo Pomares, pero rechazó lo referente al traslado de la caja aludida (Fs. 165 vuelto y 166).

10. Se hizo otra vez señalamiento para audiencia, y los defensores solicitaron, de consuno, que se practicase la peritación sobre la caja de caudales, pedida en memorial de folios 123 y 124 (folios 171). Pero la negativa del Juez fue rotunda (Fs. 172).

11. Los defensores no se dieron por vencidos, y el 26 de abril de 1955, o sea, dos días antes de la fecha fijada para la audiencia, pidieron:

"1º Citar y hacer comparecer al señor Antonio Regino Blanco (Suramericana de Seguros, tel. 33,590) empleado que fue de la Coca Cola para la fecha de ocurrencia de los hechos, quien asistió al examen de la Mosler en la Policía, para que deponga sobre hechos conducentes, ya dicho señor (sic) debió ser interrogado y no lo fue.... 2º Solicitar antecedentes penales del señor Alberto Callón Olarte, tanto a la Cárcel de San Diego, como la de sumariados y a la Policía".

La prueba fue denegada, por haberse pedido "fuera de tiempo" y porque no tendía "a darle al proceso ninguna fase", ni era "decisiva" (Fs. 174 v.).

12. En la audiencia que se inició el 28 del mes citado, el Fiscal del Juzgado expresó:

"Referente a los memoriales dirigidos por el señor Torres, es lástima que no se hubiera dado con el paradero de Gallón y que no se hubiera practicado las pruebas a que se refiere (sic). Encargado yo de la Fiscalía del Juzgado Segundo Superior y en una visita de cárcel me informó el acusado que insistía en ese careo. Yo le informé que ya había pasado el término probatorio. Y lamento que no se haya podido traer a la audiencia al señor Pomares, porque yo también quería interrogarlo". (Fs. 179).

Como se ve, el Ministerio Público se limitaba a lamentarse, en lugar de colaborar activamente en el esclarecimiento de la verdad.

13. En la misma audiencia, el doctor Gómez O'Byrne manifestó:

".... basta con leer la indagatoria de uno y otro encausado, para advertir que ni uno solo de los descargos, ni una sola cita que nacen de ellas han sido evacuadas. Porque no se evacuaron las citas y se comprobaron los descargos de Jacinto Torres

y Miguel Mendoza. Y este clima desfavorable para los encausados llega hasta la causa". (Fl. 89).

14. El veredicto del Jurado fue negativo para todas las cuestiones propuestas; y, consecuente con él, por no estimarlo contrario a la evidencia, el Juzgado de primera instancia dictó fallo absolutorio. (Fs. 190 y ss.).

Y, no obstante lo expresado por el Juez, en relación con lo perfecto de las pruebas recogidas, cuando denegó la práctica de las solicitadas por los defensores, en el fallo absolutorio se lee:

"De esto resulta claro que falta la plena prueba o completa para condenar, de conformidad con el artículo 203 del C. de P. P., que es el que gobierna los presupuestos procesales para dictar sentencia condenatoria.

"Las pruebas que se trajeron en el plenario son ampliamente conocidas y a lo sumo tienen el carácter de indiciarias, pero no en el grado suficiente para constituír la prueba demandada por la ley para tenerlas como suficientes como presunción de responsabilidad.

"Los indicios allegados por el instructor, si bien es cierto que dieron margen para un auto de vocación a juicio, ellos en sí no eran suficientes para que se tuvieran como pruebas completas de responsabilidad". (Fs. 201).

15. Apelado el fallo del Juez, ambos defensores ejercieron su derecho de alegar, haciendo hincapié en las omisiones e irregularidades del negocio.

"El H. Magistrado podrá enterarse —comentaba el doctor José Ferna de Tinoco, defensor de Mendoza— de las numerosas citas que hicieron los procesados en sus indagatorias, de las pruebas que pidieron, y es seguro que quedará pasmado, al comprobar que una sola, pero ni una sola siquiera de las que pudieran favorecerles, se llegó a practicar".

Por su parte, el defensor de Torres, doctor Gómes O'Byrne, anotaba:

"Entre las muchas omisiones incomprensibles que aparecen protuberantes en el curso de la investigación, la de no someter a careos y reconocimientos entre el señor Pomares Banaar y los celadores Pedro Patiño Pérez, José Pérez Mejía y Félix Alvarez Peña, quienes conversaron últimamente con el occiso, es una, aparte de que las evacuaciones y pesquisas que se desprenden de las declaraciones de Torres Zurita pasan inadvertidas, cuando si la de Callón Olarte les despertó curiosidad ,no existe razón para que con aquélla no sucediera lo mismo".

"Es de notar que Félix Alvarez Peña tuvo contacto directo con los ladrones, según sus propias afirmaciones, y, no obstante, pasa ligeramente por el análisis de las pruebas y la práctica de ellas. Ni reconocimientos ni nada parecido, porque Pomares Banaar en una posición perceptiva a todas luces imposible, fue elegido la clave de la pista, y eso que no habla una palabra de castellano y mucho menos lee".

"Largo sería enumerar las anomalías cuando más incómodo descifrar sus orígenes... Aquí está la causa, en espera de una preparación técnica, una conciencia recta y un claro sentimiento de justicia, como corresponde poseer a un Magistrado".

16. En auto del 10 de diciembre de 1955, el Tribunal Superior de Cartagena resolvió sobre la apelación interpuesta por la parte civil, declarando contraevidente el veredicto o veredictos y disponiendo se convocase nuevo Jurado (Folios 248 y ss.).

17. El 10 de febrero de 1956, hallándose en curso la nueva actuación, Jacinto Torres volvía sobre el asunto del reconocimiento "por el individuo que dice haberme reconocido a mí como autor material de este delito". Nada se dijo por el Juez al respecto, aunque es evidente que no era oportuna la práctica de la prueba (Folios 264).

18. En auto del 6 de abril de 1956, se señalaba la hora de las 9 de la mañana del 25 de los mismos, para dar comienzo a la nueva audiencia, y se disponía, de oficio, la citación del testigo Silverio Pomares Bernal (sic) "para ser interrogado en el curso de la audiencia sobre las afirmaciones que le imputa a los procesados" (Fs. 271).

A petición de los defensores, la audiencia fue aplazada, y, por medio de auto del 24 de abril citado, se hizo nuevo señalamiento para el día 8 de mayo siguiente, a las nueve de la mañana (Fs. 273 vuelto).

19. En memorial recibido por la Secretaría del Juzgado el 2 de mayo, es decir, con la anticipación suficiente prevista en el artículo 473 del C. de P. P., los defensores solicitaron la práctica, en la audiencia, de las siguientes pruebas:

a) Comparecencia de Silverio Pomares Banaar para su examen como testigo.

b) Comparecencia de Antonio Regino Moreno, "a quien le aparecen citas a folios 2, 3 y 6 del proceso, sin que nunca hubiese rendido declaración, A FIN DE QUE ABSUELVA EL INTERROGATORIO A QUE LO SOMETEREMOS DURANTE LA AUDIENCIA".

c) Traslado de la caja Mosler, "para mejor ilustración de los Jurados en los fundamentos de la defensa".

d) Solicitud de antecedentes penales del testigo Alberto Callón Olarte.

e) Nombramiento de perito intérprete para el examen de Silverio Pomares Banaar.

20. El 4 del mismo mes, el doctor Tinoco reclamaba se resolviese sobre el memorial anterior (Fs. 276); y, en efecto, se hizo en la siguiente forma:

"Manténgase el presente escrito en la Secretaría, mientras el doctor José Vicente de la Hoz, representante de la parte civil, devuelve el traslado que tiene recibido". (Fs. 275 v.).

21. Según constancia de la Secretaría, el negocio fue devuelto la tarde del 7 de mayo (Folios 273 vuelto). Sin embargo, los dos memoriales aludidos no fueron resueltos en forma alguna, o mejor, no se proveyó en relación con el de pruebas, presentado el 2 de mayo.

Es decir que, en esta oportunidad, ya no se adoptó el camino de negar directamente las pruebas, por estimarse inconducentes, como se había hecho antes; el Juez se limitaba a negarlas de facto, no resolviendo.

22. El defensor, doctor Tinoco, expresó en la audiencia:

"Una de las razones que nosotros alegamos en el curso del proceso, es la total negativa que se le ha dado a los encausados para que se practiquen las pruebas por ellos pedidas... Ultimamente pasamos un memorial solicitando se trajera al salón de audiencias la caja de la Coca Cola y citando algunos testigos, y tampoco se resolvió. Yo acogiéndome a lo que dispone el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, y como nosotros hicimos esa solicitud en tiempo oportuno, entonces nos permitimos solicitar al señor Juez haga comparecer a esta audiencia al señor Antonio Regino Blanco a fin de que aclare algunas cuestiones..."

De lo ocurrido posteriormente, da fe el acta respectiva, en los términos que siguen:

"El señor Juez considera que la prueba solicitada por el defensor doctor Tinoco Morelo, que se cite al testigo Moreno Blanco, quien no rindió declaración en este proceso, no es oportuno dentro de las facultades que le concede la ley para decretar pruebas durante el juicio. El apoderado de Miguel Mendoza SIENTA SU MAS ENERGICA PROTESTA POR ESTA NUEVA DENEGACION DE PRUEBAS QUE SE LE HACE A SU DEFENDIDO Y QUE SE HA CONSTITUIDO EN NORMA DENTRO DE ESTE PROCESO, CON LO CUAL SE ESTA VIOLANDO DE MANERA FLAGRANTE EL LEGITIMO DERECHO DE DEFENSA" (Fs. 285).

23. Por su parte, el doctor Gómez O'Byrne, defensor del procesado Torres, manifestó en la misma audiencia:

"Quiero dejar bien claro que nuestro celo... no ha fallado un solo instante, tanto es que quiero darle lectura a memoriales que son una continua solicitud de pruebas.... Todos estos memoriales fueron presentados en tiempo. Cree que con esta corta explicación queda aclarada la dignidad que corresponde a nuestra condición de abogados, y sobre todo, la sordera judicial para aportar pruebas en defensa de nuestros patrocinados. Yo soy uno que insiste en creer de buena fé de nuestros funcionarios públicos y en su honrabilidad, sólo que fueron sordos y no quisieron oír nuestras solicitudes". (Fs. 291).

Según se desprende de las anotaciones anteriores, no puede creerse que la omisión de diligencias sustanciales para seguridad de la justicia y garantía del derecho de defensa, hubieran sido fruto de la inadvertencia de los juzgadores. No sólo el Fiscal había puesto de presente lo grave del problema del "expediente inconcluso", sino que también los procesados y sus defensores, con celo encomiable éstos, llamaron sistemáticamente la atención de los falladores y demás funcionarios, respecto a la manera como, según su criterio, se habían cerrado los caminos de la defensa.

De paso, no debe dejar de advertirse que, aun suponiendo que algunas de las solicitudes aludidas se hubieran podido considerar extemporáneamente con razón, la ley le brindaba al Juez amplísimas facultades para proveer al mejor esclarecimiento de los hechos, ya que estaba vigente y lo está aún el artículo 472 del C. de P. P., conforme al cual el funcionario que preside la audiencia puede, durante ella, "suscitar los careos que crea oportunos", "exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias", y "practicar las diligencias que estimare convenientes....."

24. Habiendo sido desfavorable el veredicto para los procesados, los defensores de éstos ocurrieron en memorial conjunto al Juez, antes de dictarse sentencia, solicitando la anulación del proceso, desde sus comienzos, con fecha 23 de mayo de 1956 (Fs. 307 y ss).

No obstante la importancia de dicho memorial, en el cual se hace un análisis completo de todos los defectos de la investigación y de las fallas que, en sentir de los defensores, lesionaron sustancialmente el derecho de defensa, la Sala se abstiene de hacer transcripciones, ya que, en lo esencial, dicho examen crítico se repite en la demanda de casación.

No obstante, debe llamarse la atención sobre la grave denuncia que hacen los defensores, en su memorial del 9 de mayo, y que no mereció comentario concreto o intentos por rebatirla, ni en el fallo de primera instancia, ni en el proferido por el Tribunal. Dice así:

"HOSTILIDAD DEL JURADO. A lo dicho en los numerales anteriores, se agrega la parcialidad manifiesta que demostró el Jurado de Conciencia en la audiencia pública de ayer, que sintetizamos a continuación:

"a El señor Donaldo Bossa Herazo no disimuló, en ningún momento, su simpatía por el doctor José Agustín de Avila, Agente del Ministerio Público, durante las exposiciones de éste; actitud comparable tan sólo a de aversión (sic) que manifestó por los razonamientos de la defensa, en forma que coreaba las objeciones que nos hacía el señor Agente del Ministerio Público aludido.

"En ocasiones nos vimos obligados a suspender nuestras exposiciones de defensa, porque los jurados se dedicaban a dormir, ora a charlar entre ellos, animadamente, bien a conversar con personas extrañas al jurado y a despecho de toda prohibición legal. Tal es el caso del señor Donaldo Bossa Herazo, quien desatendió la grave función de jurado de conciencia que le asignó la ley, para enfrascarse en amena plática con el doctor Enrique Emiliani Román, Juez Tercero Penal del Circuito, y despreocuparse totalmente de las exposiciones de la defensa, hasta el punto de que usted en su calidad de Juez de la causa, tuvo que requerirle para que prestara la atención debida.

"c) El señor Víctor Nieto Núñez tampoco escondía sus simpatías por el señor representante de la parte civil; le vimos reírse a mandíbula batiente, en medio de gestos aprobatorios, cuando éste leía los antecedentes de Jacinto Torres. Casi puede asegurarse que fue un jurado con intención preconcebida de condenar.

"Recordamos que, durante el sorteo de jurados, planteamos la tacha del señor Donaldo Bosa Herazo, por considerarlo amigo íntimo del doctor José Agustín de Avila, Fiscal del Juzgado Segundo Superior. Este funcionario se abstuvo de coadyuvar en esa tacha, antes bien pidió prueba de esa amistad íntima que alegamos".

"Fundados en estas consideraciones y otras que posteriormente haremos, si fuere el caso, sostenemos que el artículo 26 de la Constitución Nacional ha sido violado y, por tanto, pedimos que se decrete la nulidad de todo lo actuado en este proceso". (Fs. 321 y 322).

La anterior denuncia, sobre la realidad de cuyos fundamentos mal podría conceptuar la Sala, ha sido calificada de grave por doble motivo: de una parte, porque, en el juramento que rinden los Jurados, prometen "examinar con la más escrupulosa atención, tanto los cargos **como la defensa** que va a hacerse al acusado" (artículo 27 de la Ley 4ª de 1943), es decir, la ley los grava con esta clase de diligencia; y de otra, porque la imparcialidad de los Jueces de hecho debe ser tan perfecta, que la misma ley dio esta sabia pauta al respecto:

"En todo caso, el Juez debe tener presente, como norma invariable, que la ley exige la absoluta imparcialidad de los Jueces de hecho y que es necesario evitar que haya en ellos cualquier motivo que perturbe la imparcialidad de su conciencia". (Artículo 511, C. de P. P.).

Ha debido, de consiguiente, anotarse por el Juez si los cargos eran ligeros o temerarios; o si, por el contrario, tenían algún fundamento, que pudiera estudiarse y debatirse con posterioridad.

25. En fallo del 27 de agosto de 1956, el Juzgado Segundo Superior de Cartagena condenó a cada uno de los acusados a la pena principal de **diez y ocho años de presidio,** como responsables de homicidio y robo, fuéra de las penas accesorias correspondientes.

Apelaron los defensores, y en la oportunidad procesal correspondiente, manifestaron que ratificaban sus puntos de vista sobre la **nulidad constitucional** del juicio seguido a sus clientes, según lo habían alegado ante el fallador de la instancia. (Fs. 570).

Finalmente, el 30 de septiembre de 1957, el Tribunal Superior de Cartagena se negaba a anular la actuación y terminaba confirmando, en todas **sus partes,** el fallo apelado (folios 371 y ss), que fue, como ya se sabe, objeto del recurso extraordinario de CASACION.

* * *

LA DEMANDA DE CASACION Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Consecuente la defensa con los puntos de vista sustentados a través de las distintas etapas del juicio, sostiene la nulidad de éste, en relación con lo previsto en el artículo 26 de la Constitución; y, al efecto, invoca la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P., conforme a la cual procede la casación "cuando la sentencia sea violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

Cita el recurrente el artículo 200 del estatuto procesal, y advierte, en seguida, que "el derecho de defensa que aún tienen los encausados Mendoza y Torres no tuvo oportunidades de ser ejercido; y no precisamente por parte de ellos o de sus representantes legales dentro del juicio, sino que una cortina negativa se interpuso a la verificación de las citas y descargos de las indagatorias y a la práctica de las pruebas solicitadas insistentemente, todas de absoluta conducencia. Las constancias dejadas por los defensores en la última audiencia pública son la confirmación final de este proceso, seguido de espaldas a la Constitución".

Cree, asimismo, el recurrente que, en el proceso, se violentó el artículo 295 del Código Procesal, en perjuicio de los acusados; y, después de aludir a los artículos 106, 270, 157, 261, 211, 356, 370, 386 y 437 de la misma obra (se citan en el orden en que aparecen en la demanda), que considera se violaron, anota que el derecho de defensa no pudo ejercerse, porque los funcionarios se fundaron sólo en las pruebas de cargo, "únicas en el expediente que aparecen como practicadas".

Se queja también el demandante de la falta de notificación de providencias como el auto de detención y otros de importancia; alude a la insistencia con que se pidieron pruebas, que se negaban sistemáticamente, y expresa que "Esta permanente negativa llegó al extremo cuando en la última audiencia, presente el testigo Antonio Regino Blanco, Cajero de la Embotelladora de Coca Cola, solicitada su declaración una vez más, con el "ukase" del Juez: "Es inconducente". Sin embargo, Regino Blanco aparece en el expediente interviniendo en la búsqueda de la caja de caudales y en las diligencias que adelantó la empresa para recuperar lo perdido, como empleado de confianza que era. De este episodio sólo queda la protesta enérgica sentada por el defensor de Mendoza en el acta de la última audiencia contra esa determinación del Juez".

Glosa el mismo recurrente alguna anotación del fallo, relativa a la libertad con que, según el mismo, pudieron actuar los defensores, pues se "perdió lamentablemente de vista que.... no podían desarrollar su defensa sino alrededor de las pruebas de cargo para tratar de refutarlas, puesto que no había prueba favorable a ellos, debido, precisamente, a que no se practicó ninguna, absolutamente ninguna de las de descargo, pedidas repetidas veces".

Termina el demandante transcribiendo parte de la jurisprudencia de la Corte sobre nulidades del juicio penal y solicitando se invalide la sentencia recurrida.

La Procuraduría, por su parte, se manifiesta en total desacuerdo con los puntos de vista del recurrente; afirma haber revisado cuidadosamente la actuación, sin encontrar anomalías serias que permitan la invalidación del fallo; hace hincapié en que las partes no pidieron pruebas, a raíz de la ejecutoria del auto de proceder y en que el Juez tenía atribuciones legales para estimar inconducentes las que considerase tales; agrega que, en ningún caso, "se perfiló negativa sistemática o arbitraria de las pruebas solicitadas" y que,, por el contrario, a los procesados "se facilitaron TODOS LOS MEDIOS Y GARANTIAS para demostrar su inocencia y destruír los cargos que se les formularon desde cuando se les llamó a responder en juicio". (Mayúsculas de la Sala).

Finalmente, cree la Procuraduría que no es posible, dentro de la causal 4ª alegada, entrar a examinar las pruebas de cargo, lo cual es propio del análisis relativo a la causal 2ª; y termina citando como aplicables al caso algunas doctrinas de la Corte sobre nulidades.

CONSIDERACIONES DE LA SALA:

1. De acuerdo con lo prescrito en el artículo 26 de la Constitución Nacional, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando **la plenitud de las formas** propias de cada juicio".

2. Como puede observarse en su redacción y según lo ha dicho la Corte en recientes fallos, el texto consagra una garantía de tipo individual, ampliamente protectora de los intereses de la persona frente al poder del Estado, y, en especial, del llamado derecho de defensa.

No se limitó la Carta a hablar de las formas del juicio, es decir, de los requisitos o formalidades de los actos procesales, como de obligatorio cumplimiento, sino que exigió su "plenitud", o sea, que se respetasen en su totalidad o integridad.

De suerte que, para los fines del precepto, que son de orden público, no es suficiente que alguna o algunas de las formalidades prescritas en la ley se llenen a cabalidad, mientras se omiten otras **sustanciales**, se rechazan o se dejan desviar de sus fines naturales: el constituyente requirió que se cumplieran en su totalidad o "plenitud". No basta, de consiguiente, que a un procesado se le admita el defensor que ha elegido libremente, o se le provea de uno de oficio, que llene su cometido de in-

tervenir en la audiencia y reciba notificaciones, si, por otra parte, las pruebas que solicita para la eficacia de la defensa se le deniegan sistemáticamente o con pretextos más o menos convencionales. En esta hipótesis, no ha habido "plenitud de formas", y el juicio resulta en oposición a la garantía constitucional.

Se ha dicho que los fines del precepto son de orden público, como resulta evidente. Porque, con todo y ser cierto que el interés inmediato protegido por la norma es el del individuo y es éste quien se beneficia directamente de que, en el juicio, campee la totalidad de las formas legales, también la sociedad necesita sentirse segura de que ninguno de sus integrantes será sometido a procedimientos arbitrarios que entorpezcan la defensa o dificulten el esclarecimiento imparcial y objetivo de los hechos. "¿Qué sociedad, anota el Profesor italiano Guarneri, podría quedar satisfecha de condenas dictadas a ciegas sobre posibles inocentes?". A este resultado puede llegarse, y de hecho, se llega, frecuentemente, en la práctica, cuando se lesiona tal "plenitud" o se la hace ineficaz.

No importa, para los efectos de la norma constitucional, que, en determinado juicio, se esté en presencia de un "maleante" o miembro del hampa. Porque ni el constituyente ni el legislador autorizaron dos procedimientos diversos, uno, excepcional o arbitrario, para quienes exhiben malos antecedentes criminales, y otro, exigente y rodeado de amplias garantías, para quienes no los tienen. Ello conduciría a un juicio apriorístico, de funestas consecuencias, que afectaría la paz pública. ¿Qué seguridad tendría el ciudadano celoso en cumplir las leyes, de que a él no se le aplicase, a su tiempo, el procedimiento excepcional, con el pretexto de malos antecedentes? Justamente por ello, se ha impuesto, en la mayor parte de los países civilizados, no obstante la evolución del derecho político, la prevención de Beccaria, según la cual "a ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del Juez, y **la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado**....." Parte sustantiva de esta "protección pública", que no prejuzga o elabora juicio apriorístico de culpabilidad, lo constituye el cumplimiento de todas las formas procesales consagradas en las leyes.

3. Se ha llamado la atención sobre la calidad de sustanciales, que deben tener las formas cuya plenitud ordena el constituyente, porque una interpretación científica no puede ni debe conducir al simple formalismo procesal, es decir, a la fórmula por la fórmula, con desconocimiento de su trascendencia o aspecto teleológico.

Evidentemente, dentro del curso del proceso penal, que es, por naturaleza, dinámico, unas formas procesales no satisfechas pueden quedar absorbidas por otras más amplias, u otras formalidades viciosas purgarse, posteriormente, de sus defectos. En estos casos, la "plenitud" a que se refiere la Carta, queda indirectamente satisfecha. Tal ocurre en casos de omisión de notificaciones, contra la cual no se reclama oportunamente (ordinales 3º, 4º y 5º, artículo 198 del Código de Procedimiento Penal), o cuando, a pesar de la omisión, los interesados comparecen a las diligencias y hacen uso de sus derechos (ordinal 2º, artículo 199, ibídem), o bien, cuando, habiéndose denegado, durante la instrucción sumaria, una prueba fundamental, por estimarse ilegalmente que no procede, se ordena y practica durante el plenario.

Otras veces, se tratará de simples erratas, que no inciden sobre lo esencial del asunto, o no afectan los fines naturales de la "forma"; como cuando se altera o deforma el apellido del acusado, que, no obstante ello, ha sido objeto de una perfecta identificación. En esta hipótesis, no puede alegarse la nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 aludido, porque la ausencia de la forma debida (nombre real del acusado) no altera su propia finalidad; el requisito ha dejado de ser **sustancial**, porque sus fines han quedado a salvo. La declaración de nulidad conduciría al formalismo criticado, pues equivaldría a mantener la fórmula por la fórmula, sin consideración teleológica alguna.

4. Sería empresa de difícil o lenta terminación la que acometiese el examen prolijo de todas y cada una de las omisiones, fallas e irregularidades del defectuoso proceso que la Sala tiene, ahora, a su estudio. En mucha parte, tal examen quedó hecho por medio de los capítulos anteriores, porque era necesario, para los fines del recurso, obtener y presentar una visión global de lo acaecido en el proceso; por otra parte, no siendo preciso, para los mismos fines, comentar en detalle todos los defectos procesales, la Sala habrá de limitarse ahora al análisis de los que estima de mayor importancia y suficientes para encarecer la procedencia del recurso de casación:

a)—Violación del artículo 356 del estatuto procesal penal.

Dice el texto:

"No podrá limitarse al procesado el derecho de

hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos, y se verificarán CON URGENCIA las citas que hiciere y LAS DEMAS DILIGENCIAS QUE PROPUSIERE para comprobar sus aseveraciones".

La norma, según se desprende de sus términos, es totalmente imperativa, obligatoria; y manifiesta su íntima relación con el derecho de defensa. Cualquiera que sea la finalidad de la indagatoria, respecto a lo cual disienten los doctrinantes; ora se considere como un medio de prueba, bien como parte del derecho de defensa, o como ambas cosas a un tiempo, lo cierto es que las citas hechas en ella por el acusado y las diligencias que proponga, deben verificarse, no como una gracia o favor de los funcionarios, sino en cumplimiento de un deber terminante, categórico, impuesto por la ley.

Puede ocurrir, desde luego, que las citas o diligencias propuestas por el indagado, sean manifiestamente extravagantes, cual es la verificación de un hecho físicamente imposible, caso en el cual carece de fuerza obligatoria el precepto, como es obvio. Otras veces, como ya se anotó, el vicio o defecto procesal puede sanearse, como sucede, cuando, omitidas o denegadas las pruebas favorables al acusado, se practican o verifican en el plenario, o sea, con posterioridad al auto de enjuiciamiento.

Pero, no tratándose de aquellos casos, o de otros semejantes, la obligación impuesta por la referida norma es de inmediato e indiscutible cumplimento.

En cuanto a los efectos o consecuencias de su violación, también habrá casos en que ésta no incida directamente sobre el derecho de defensa, porque se refiere a hechos meramente circunstanciales o accesorios, de útil, pero no de indispensable conocimiento. No podrá invocarse entonces la nulidad del proceso, por lesión de aquel derecho de defensa, si ésta ha sido, por otra parte, garantizada en sus demás aspectos.

Si se trata, en cambio, de hechos fundamentales como los que giran alrededor de la imputabilidad o la no imputabilidad, la responsabilidad o la irresponsabilidad, las circunstancias que obligan a disminuír la pena (el estado de ira del artículo 28 del Código Penal, en lugar de las de asesinato) u otros fenómenos semejantes, que se rozan, esencialmente, con la defensa o descargos del imputado, la omisión en el cumplimiento del referido texto puede conducir, según se presente el caso concreto en su integridad, a la anulación del proceso, sobre la base del artículo 26 de la Constitución.

No se presentan mayores dificultades para aplicar, al caso sub-judice, los principios que acaban de enunciarse:

Por lo que toca al procesado Jacinto Torres, se sabe, conforme a las transcripciones y comentarios hechos atrás, cómo introdujo una coartada, en sus dos indagatorias, citando nombres concretos de personas, dando sus direcciones, expresando los lugares donde estuvo acompañado de ellas o de otras, las horas y aun los motivos y demás circunstancias externas que rodearon su actividad. Basta leer las mencionadas indagatorias, para darse cuenta de la enorme importancia que la verificación de datos y hechos presentaba, no sólo como descargos o fundamentos de defensa, sino para la justicia en general.

Sin embargo, se convirtió el precepto del artículo 365 citado en letra muerta, dispensándose los instructores de cumplirlo, y, aún más, en ningún momento procesal se hicieron esfuerzos eficaces por corregir tan grave omisión. El Fiscal instructor ordenó verificar las citas, en el auto de ampliación de folios 44 y vuelto. Pero ahí terminó su actividad, porque no hizo uso de los apremios legales conducentes a la efectividad de su proveído.

La influencia directa de estas omisiones en el derecho de defensa, salta a la vista.

Supóngase que los testigos citados por Jacinto Torres hubieran admitido ser cierto lo dicho por el mismo Torres, y que la investigación hubiera descubierto que merecían crédito, conforme a la pauta crítica consignada en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Automáticamente, se derrumbaban las imputaciones de los declarantes Silverio Pomares y Alberto Callón, pilares de la incriminación de los hechos delictuosos, a través de todo el proceso; y, como consecuencia, ya éstos no podían continuar siendo imputados a Torres.

Es claro que los testigos pudieron ser supuestos o inexistentes; podían no merecer crédito, en el caso de ser hallados y examinados; podían no confirmar los dichos del detenido. Mas ¿cómo saber todo esto, sin agotarse las diligencias pertinentes? Instructores, Jueces, y demás funcionarios formaron, al parecer, un juicio apriorístico sobre tales circunstancias; y, tácitamente, rechazaron la credibilidad de Benito Salazar y compañeros de cita, sin examinarlo ni intentar hacerlo.

Resulta, pues, singular y hasta deconcertante que, en el auto que confirmó el de proceder, el Tribunal hubiera anotado que Jacinto Torres y Miguel Mendoza "no han dado una satisfactoria y concordante explicación de los hechos que se les imputan". Torres había expresado, y lo reite-

ró tenazmente, que se hallaba en Barranquilla, y no en Cartagena, el día de los hechos, a la hora en que ocurrieron, y citó los nombres de Benito Salazar y su hijo, entre otros, como testigos de esta coartada. ¿Qué más querían los Jueces que dijera o hiciese? ¿Acaso que presentase él, no se sabe por qué medios, las pruebas que correspondía allegar o verificar a la justicia, a virtud de mandato perentorio de la ley?

b)—**La omisión de careos.**

En las transcripciones y anotaciones de los primeros capítulos, se encarecieron las continuas súplicas del acusado Torres, para que se verificase un careo en forma, con el testigo Callón Olarte.

Los careos no son obligatorios como diligencias **de oficio** (artículo 376 del Código de Procedimiento Penal), pero no existe razón para negarlos, directa o indirectamente, cuando los solicitan las partes. En el caso, era tan manifiesta la procedencia y utilidad de la prueba, que la Fiscalía instructora la había ordenado, en uno de sus autos ampliativos (numeral 5º del auto del folio 44), aunque inútilmente, pues ningún esfuerzo se había hecho por cumplirlos, no obstante la anodina manifestación de uno de los funcionarios comisionados, en el sentido de que quedaba "a la orden". Es que, como en la vieja fórmula colonial, **se obedecía, pero no se cumplía.**

Salta a la vista que el careo o careos constituían uno de los varios medios defensivos del procesado Torres; pruebas de descargo sobre cuya validez y eficacia no podía ni debía prejuzgarse, sin atentar no sólo contra el derecho de defensa, sino también contra la simple técnica de la instrucción.

Por lo demás, bueno es advertir que hubo múltiples oportunidades de practicar la prueba; y que existían y existen disposiciones legales que permitían y aun obligaban a los funcionarios a practicarla **de oficio.**

c)—**La negativa de pruebas, en las audiencias o con ocasión de éstas.**

Conforme se dejó estudiado, las pruebas importantísimas que los defensores solicitaron, en aquellas oportunidades, se rechazaron, **sistemáticamente.** En esto recalca la Sala, porque no entiende cómo haya habido funcionarios actuantes en el proceso, que pongan o hayan puesto en duda una verdad tan evidente.

Unas veces, se denegaban, con el pretexto de ser inconducentes, porque no se enderezaban diz-que a comprobar el cuerpo del delito o la responsabilidad de los acusados, y todo era meridiano y perfecto en los autos; otra ocasión, se optaba por el silencio o la omisión injustificada en resolver oportunamente, porque los autos los tenía la parte civil; otra, finalmente, porque, a pesar de haberse dicho y tenerse sabido que era **grave** el problema de "un expediente inconcluso", al Juez no se le ocurría que, precisamente para ello, para sanear los procesos de omisiones y otras fallas; para concluírlos, hallándose "inconclusos"; para descubrir la verdad de manera objetiva y libre de direcciones unilaterales; y, en fin, para garantizar una función trascendente, que en una sociedad del tipo de la colombiana, no puede interpretarse como favor o gracia, cual es la función de la defensa, se creó no sólo la norma contenida en el artículo 473 del C. de P. P., sino también la del artículo 472, que dice textualmente:

"Durante la audiencia, el Juez gozará de **amplias facultades** para suscitar los careos que crea oportunos, para exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias y para practicar las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos".

Facultades perfectamente lógicas, por ser bien sabido que, en nuestro sistema procesal penal, domina el procedimiento inquisitivo, esencialmente oficioso; y porque, en virtud de la trascendencia reconocida por las instituciones colombianas al juicio penal, no se busca, en éste, el descubrimiento de una verdad puramente formal, sino el de la genuina verdad que algunos denominan "verdad real".

No comparte la Sala la posición rigorista del Ministerio Público, cuando sugiere que es improcedente, dentro del estudio de los fundamentos de la causal 4ª de casación, el análisis o el comentario de la procedencia de pruebas estimadas inconducentes por los instructores o juzgadores. Raras veces, podría debatirse con acierto y eficacia el fundamento o la sin razón de los cargos sobre que se asienta la nulidad alegada; si la Corte careciera de esta necesaria facultad; y toda nulidad está ligada, directa o indirectamente, a cuestiones de hecho, que, en un sentido o en otro, son también probatorias. Lo que ocurre es que la referencia a las pruebas tiene una finalidad distinta e impone diversos criterios de apreciación de las mismas, según se trate de la causal 2ª o de la 4ª.

Precisamente por ello, la Sala entra a referirse ahora, aunque de modo sucinto, a la procedencia de las pruebas solicitadas con ocasión de las au-

diencias por los defensores, y al modo como su negativa u omisión lesionó gravemente el derecho o derechos de los acusados.

La prueba de testigos, según se vio atrás y lo pusieron de relieve los defensores, se relacionaba con personas que, habiendo sido mencionadas en las indagatorias, no se examinaron, a pesar de los reclamos de Jacinto Torres; o bien, con otros que, habiendo declarado, como Callón Olarte y Silverio Pomares, habían sido tachados por los reos, siendo útil y aun necesario que compareciesen a ampliar sus dichos, ratificarlos o corregirlos. En realidad, tales pruebas habían sido decretadas oficiosamente, en su mayoría, por el Fiscal instructor, o sea, se habían considerado pertinentes (folios 44, numerales 1º, 3º y 5º). En cuanto Antonio Regino Blanco, la explicación de los defensores no debía dejar ni deja duda de su legítimo fundamento.

Supóngase, siguiendo argumentación semejante a la ya esbozada para el caso ya visto, que Callón Olarte y Silverio Pomares hubieran infirmado sus propios testimonios, al ser examinados en la audiencia, o que, tratando de ratificarlos, hubiesen revelado, por sus ademanes, actitudes y demás circunstancias de su manifestación oral, ante los Jueces, la poca o nula fé que mereciesen. ¿Qué habría ocurrido, la primera vez, es decir, en la primera audiencia? Sencillamente, que se habrían desmoronado los cargos hechos a Torres y Mendoza, supuesto que ellos se habían edificado, exclusivamente, sobre tales testimonios; y, como lógica consecuencia, no habría sido posible, sin agravio deliberado a la justicia, que se declarase contraevidente el veredicto absolutorio.

Es evidente que se trata de una simple hipótesis, pues no se sabe que tal rectificación se hubiera hecho, necesariamente, en el caso de practicarse la prueba, ni que los testigos mencionados se hubieran exhibido, en tal evento, como indignos de crédito. Pero ¿qué fundamentos y qué seguridad tenía la justicia y tiene ahora, para creer lo contrario? No puede valorarse una prueba, sin producirse; y, en este proceso, se valoró tácitamente, adivinándose que no ocurrirían los hechos sobre que se basa la hipótesis expuesta.

En cuanto a la omisión de la segunda audiencia, sobre el mismo asunto, pueden exponerse comentarios semejantes: el segundo veredicto, definitivo, según la ley, habría sido absolutorio, como lo fue el primero. Pero ya el defecto o vicio procesal no nace de un arbitrio superficialmente entendido, como el que se ejerció, la primera vez, al estimarse inconducentes las pruebas, sino del silencio del Juez, cuando la ley le imponía la obligación de no callar y de romper su mutismo, para que, produciéndose las pruebas, se arrojase luz sobre el caso y se diese, siquiera una vez, oportunidad a los procesados para afianzar sus descargos.

También se pidió, ora que la caja de caudales sustraída de la empresa perjudicada fuese objeto de una peritación científica (pues no lo había sido hasta entonces), bien que, a lo menos, se llevara al salón de audiencias, para que pudieran observarla los Jurados. El fundamento y la utilidad de la prueba, lo mismo que su vinculación a la defensa de los acusados, aparecen evidentes con sólo leer estos párrafos que figuran en una de las actas de audiencia:

"Con Antonio Regino Blanco íbamos a probar que la caja no fue encontrada a un metro de distancia, sino más lejos; íbamos a saber también que esa caja estaba puesta en un banquillo, y QUE POR LO MENOS SE NECESITABAN SEIS HOMBRES PARA BAJARLA DE ALLI..." (Fs. 295).

No se olvide que Silverio Pomares había manifestado, en su declaración (folios 29 y vuelto), que eran DOS hombres quienes "arrastraban una cosa como una caja o fardo". De manera que la verificación del dato era importantísima, tanto para los efectos de la defensa, como, en general, para los de la justicia.

d)—**Violación de la oficiosidad procesal-probatoria o sistema inquisitivo.**

Se ha dicho y sugerido (sentencia del Tribunal y vista del señor Procurador) que fueron los defensores quienes dejaron sin pruebas el proceso, pues no hicieron uso del derecho a solicitarlas, dentro del término que sigue a la ejecutoria del auto de proceder. De ahí se trata de sacar la conclusión de que fueron esos mismos defensores quienes lesionaron el derecho de defensa, por lo cual no tienen fundamento sus quejas.

Hay en esto un error, que nace, en parte, de la falsa creencia de que el sistema procesal penal puede equipararse al civil, en que rige el principio dispositivo, que se satisface con la verdad formal, como un eco del apotegma según el cual "scienti et volenti non fit injuria". Pero tal no es el mecanismo de nuestras instituciones penales de procedimiento. Como regla general, las investigaciones de esa clase se comienzan o pueden iniciar de oficio, y de oficio se allegan las del sumario, sin que obste la colaboración de las partes; en la segunda etapa del proceso, comúnmente lla-

mada juicio en nuestras instituciones, la oficiosidad se restringe, en cierto sentido, pero el principio se conserva.

Manifestación de dicho principio la constituye el suspendido artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, que facultaba al Juez para abrir el juicio a pruebas, si lo estimaba conveniente; y, asimismo, el artículo 450 de la misma obra, que lo autorizaba para disponer que se practicasen "aquellas que considere conducentes para el esclarecimiento de los hechos".

Suspendidos estos artículos con un criterio antitécnico que rompe la armonía del sistema, por ministerio del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, la oficiosidad no quedó abolida del todo. Se conservó vigente el artículo 472 del estatuto procesal, a que ya se aludió. Se mantuvo, igualmente, la integridad del artículo 542, en relación con el 545, que permite al fallador de la segunda instancia abrir el juicio a pruebas y decretar "las que él estimare convenientes", aunque estas facultades no se reconocieron para los juicios con intervención del Jurado (artículo 547, ibídem). Están vigentes también los artículos 452 y 548 del estatuto procesal, que imponen a los falladores el deber de interrogar al procesado, en las oportunidades allí previstas.

Por manera que, si las partes no habían llenado o no llenaban la función que les incumbía, de colaboradoras activas de la justicia, cada una dentro de su campo de acción, tocaba a los Jueces convertir en cosa viva y actuante, para beneficio de la misma justicia, los arbitrios reconocidos por la ley, de acuerdo con su clara función finalista, arbitrios que, leal y diligentemente ejercidos como deberes positivos y no como cosas muertas, podían y debían conducir a que se enmendase "el grave problema de un expediente inconcluso", a que había aludido el Ministerio Público.

También lo dispuesto en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, que manda al instructor "investigar **con igual celo** no sólo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, **sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen**", es una expresión del sistema inquisitivo-oficioso, norma ésta que se desconoció a través de todo el sumario, como lo alega el recurrente, proyectándose este defecto sobre la etapa del juicio —según se ha venido demostrando— y refluyendo en el derecho de defensa. Tan grave se presenta en los autos esta violación, que no sólo no existió celo alguno para garantizar tal derecho, practicándose las pruebas insinuadas por los imputados o que conducían a favorecerlos, sino que ni siquiera se actuó tal celo para los efectos a que, primeramente, se refiere el texto. Basta una ojeada a los autos par llegar a esta lamentable conclusión.

5. Para oponerse a las pretensiones de la demanda, cita el señor Procurador una doctrina de la Corte, de acuerdo con la cual "El proceso no es un laboratorio indefinido de investigaciones, que permita llevar hasta lo infinito la práctica de pruebas, máxime si son inconducentes e ineficaces" (GACETA JUDICIAL, tomo LXXXI, números 2.160 y 2.161, página 833). Pero tál no es el caso de este proceso, conforme se ha venido apreciando. Porque, si es cierto aquel extremo, también lo es el contrario: que un proceso técnico, amoldado a los fiñes de la ley y justiciero en su orientación, no puede plasmar en reacciones que se extingan —contra las leyes naturales de su desenvolvimiento— al momento de producirse, o que rompan los canales de la juridicidad para envolver al individuo, sin que le sea posible una defensa efectiva ni sea seguro que merezca, en justicia, este tratamiento.

Y esto fue lo que se hizo con los procesados: se les envolvió en las reacciones procesales, y dejándolas desviar de sus fines propios —que son el esclarecimiento objetivo y genuino de la verdad— se les enjuició y condenó, SIN DEJARLES O CONCEDERLES LA MAS MINIMA POSIBILIDAD DE COMPROBAR SUS DESCARGOS O MEDIOS DE DEFENSA.

No se trataba, pues, de hacer la investigación interminable, a base de diligencias extravagantes y verificación de citas inconducentes, sino de una cosa elemental: el cumplimiento diligente, equitativo y lealmente entendido de los ordenamientos del soberano.

Al respecto, la Sala no puede menos de manifestar su total desacuerdo con las afirmaciones de la Procuraduría, cuando expresa que "a los procesados se les facilitaron TODOS LOS MEDIOS Y GARANTIAS para demostrar su inocencia y destruír los cargos que se les formularon, desde cuando se les llamó a responder en juicio".

Las pesadas transcripciones y comentarios hechos a través de esta providencia —cuya extensión se ha considerado útil y necesaria— dejan ver, con penosa claridad, que ocurrió todo lo contrairo: una violación **sistemática**, extraña, singular, del derecho de defensa.

Esto, considerado por maestros como Carrara como un derecho natural de la persona, no se satisface con fórmulas externas, sin proyecciones prác-

ticas, como aceptar unos defensores de oficio, dejarlos que hablen ante el Jurado, notificarles algunas providencias y recibirles sus memoriales. Ello no es más que una mínima parte del ejercicio normal de aquel derecho, que, por su trascendencia, se convierte en función de interés público. Nada eficaz podían hacer los defensores, con todo y su loable diligencia, si se apartaban de su alcance, con violencia de las leyes y aun de la simple equidad natural, los medios o instrumentos conducentes para llenar a cabalidad su función. Y la realidad es esa, contra la cual los defensores han clamado hasta ahora: NO SE PRATICO NI UNA SOLA PRUEBA DE LAS QUE SOLICITARON ACUSADOS Y DEFENSORES. Ni siquiera las que la ley ordenaba practicar de oficio y "con urgencia". O se omitieron, por encima de todo y de todos, o se denegaron persistentemente, a pesar de su clara procedencia. Y eso se llama, frente a la realidad, violación SISTEMATICA de los derechos de la persona, en la especie defensa contra imputaciones penales.

6. Los defectos de la instrucción sumaria no sólo no se corrigieron en la etapa del juicio, sino que continuaron su dirección e influencia en ésta, conforme se ha demostrado. Por ello, la nulidad que habrá de decretar la Corte, por violación del artículo 26 de la Carta (nulidad constitucional), ratificando las reiteradas y uniformes doctrinas sobre el asunto, será necesario extenderla hasta el auto de cierre de la investigación, como resulta lógico.

Se habrá observado que la Sala ha hecho, a través de su argumentación, especial referencia a lo ocurrido con el acusado Jacinto Torres. Así debía ser, en efecto, porque en relación con él el desconocimiento del derecho de defensa resalta más vivamente. Pero de lo expuesto resulta también claro que Miguel Mendoza fue víctima del mismo sistema, ya que las pruebas pedidas durante el juicio se referían a todos los reos, o de haberse verificado las citas y cumplido las diligencias que reclamó Torres, su resultado hipotéticamente favorable habría echado por tierra las imputaciones de los testigos Callón Olarte y Silverio Pomarés, únicos fundamentos de la prueba incriminativa en que se basaron el auto de enjuiciamiento y la condena recurrida en casación. Esto es obvio.

DECISION:

La Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con el Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA el fallo acusado, y, en su lugar, declara NULO el proceso, a partir del auto de cierre de la investigación, que debe purgarse de vicios dentro de los términos legales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ricardo Jordán Jiménez—Antonio Vicente Arenas—Gabriel Carreño Mallarino — Simón Montero Torres—Luis Eduardo Mejía Jiménez—Pedro Pacheco Osorio—Pioquinto León L., Secretario.

SALA DE CASACION LABORAL

EN LOS CONTRATOS A TERMINO INDEFINIDO, EL PREAVISO DADO PARA TERMINAR EL CONTRATO, NO EXIME DE ILEGALIDAD LA RUPTURA

El plazo, en el contrato de trabajo, lo fijan las partes y, en su defecto, la ley.

En el caso de autos el contrato de trabajo quedó sujeto al plazo presuntivo, esto es, a "términos sucesivos de seis en seis meses", de acuerdo con lo prescrito en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo.

El contrato de la clase expresada se entiende prorrogado en las mismas condiciones anteriores, "por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo..." (Art. 49 ibídem).

El plazo obra automáticamente, de modo que si el que rige la convención es legal, termina el día señalado por la ley, sin que al efecto haya necesidad de aviso previo, requisito no establecido en la legislación laboral.

Pero, si expirado el plazo del contrato celebrado por tiempo indefinido, el trabajador continúa prestando sus servicios con la aquiescencia tácita del patrono, se produce el fenómeno de la reconducción, en virtud del cual el contrato queda prorrogado, por ministerio de la ley, por un lapso de tiempo igual al precedente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cuatro de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

SILVIO PAREDES demandó, por conducto de apoderado, a la sociedad de responsabilidad Limitada "Farmacia y Droguería Colón", con domicilio en Popayán para que se declarase que desde el 31 de enero de 1956, día en que se efectuó el despido, está resuelto el contrato de trabajo entre el demandante y la empresa mencionada, por ruptura ilegal de parte de ésta, y que, en consecuencia, la sociedad demandada debe pagarle las sumas correspondientes a auxilio de cesantía, compensación en dinero de vacaciones no disfrutadas, primas de servicios, remuneración de horas extras, lucro cesante e indemnización moratoria.

Según los hechos fundamentales de la demanda, Paredes prestó sus servicios personales a la "Farmacia y Droguería Colón Limitada", desde el 1º de enero de 1955 hasta el 31 de enero de 1956, en virtud de un contrato verbal de trabajo que por tiempo indefinido celebró con el Gerente de la compañía; la función que desempeñó fue la de Agente Viajero para la venta de artículos de la Farmacia y Droguería en varias zonas del país; la remuneración convenida entre las partes fue de $ 400.00 mensuales fijos y, además, el uno por ciento sobre el producto de las ventas efectivas; a mediados de enero de 1956 el Gerente de la sociedad, señor Carlos Alberto Sánchez, hizo saber verbalmente al empleado, que no seguiría ocupando sus servicios, porque había resuelto suspender el sistema de ventas por medio de Agente Viajero, dando término así y sin justa causa al contrato de trabajo; pero como entre las atribuciones de Paredes se hallaba la del recaudo de dineros de la clientela, la sociedad le permitió trabajar hasta el 31 de enero de 1956; al producirse el despido la sociedad quedó a deber al trabajador las prestaciones e indemnizaciones sociales que establece la ley.

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 1º, 5º, 22, 23, 37, 38, 45, 47, 55, 64, 65, 98, 127, 130, 136, 192, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; 1º, 2º, 5º, 12, 25, 26, 27, 36, 39 y 74 del C. P. T. y los Decretos 616 y 617 de 1954.

El litigio fue decidido en primera instancia por el Juzgado del Trabajo de Popayán, de conformidad con las peticiones de la demanda, a excepción de las súplicas relativas a la indemnización compensatoria y a la moratoria.

La sentencia de segunda instancia, proferida por el Tribunal Superior de Popayán, reforma la de primer grado. En el numeral primero de su parte resolutiva, condena a la sociedad a pagar al actor, la suma de $ 4.697.92, integrada por las siguientes partidas:

a) Por cesantía .....$	723.13
b) Por primas de servicios (saldo).....	287.51
c) Por vacaciones	333.75
d) Por horas extras	35.98
e) Por perjuicios (lucro cesante).....	3.337.55
TOTAL.....	4.697.92

En su numeral segundo el fallo autoriza a la sociedad para compensar, de la condena anterior, la suma de $ 860.21, valor de una deuda del trabajador a favor de aquélla, y en el numeral tercero la absuelve de los demás cargos de la demanda.

Contra dicho fallo, la parte demandada interpuso el recurso de casación que vá a decidirse.

PRIMER CARGO

Violación indirecta de los artículos 49, 61 y 64 y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo a consecuencia de errores de hecho en la estimación de la prueba de confesión provocada, rendida por el actor en primera instancia.

Reproduce el recurrente el contenido de la diligencia de absolución de posiciones, en lo que de ella considera pertinente, y luégo arguye:

"De lo afirmado por el actor en la absolución de posiciones, según las transcripciones anterio- ciedad puso en su conocimiento, el día 1º de diciembre de 1955, que no era posible continuar manteniendo el vínculo laboral por razones de reorganización del negocio. Y esa noficación no era otra cosa que la manifestación expresa de que al vencimiento del plazo presuntivo, el 31 de diciembre de 1955, no continuaba el contrato de trabajo por otro período igual de seis meses. Por tanto, al no entenderlo así, el Tribunal, desconociendo el texto mismo de las palabras del actor, cometió un error de hecho.

"Mal podía entender el trabajador, y también la sociedad, que el contrato de trabajo continuaría por otros seis meses a partir del día 31 de diciembre de 1955, cuando ambos, como lo afirma el actor en la absolución de posiciones, hicieron de común acuerdo gestiones para obtener que el primero, es decir, Paredes, fuera empleado en otras empresas. Quien se considera actuando dentro de una situación estable, y no ha recibido aviso o notificación del patrono en relación con su terminación, mal puede, con la intervención de ese mismo patrono, realizar gestiones para vincularse a otra empresa. No estimarlo así, es cometer un ostensible error de hecho.

"El mismo actor declara que en su último viaje al Sur notificó a los clientes de la sociedad demandada, que ese era su último viaje, porque la empresa había suspendido el cargo de agente viajero. Entonces el trabajador sí sabía cuál era la resolución del patrono acerca de la prórroga del contrato de trabajo. No apreciarlo así es cometer un error de hecho.

"En consecuencia, del texto y espíritu de la confesión del actor se deduce que la sociedad demandada, o sea el patrono, ni expresa ni tácitamente aceptó que el trabajador continuara prestando sus servicios al vencimiento de los seis meses el día 31 de diciembre de 1955. Por las especiales circunstancias del caso, de común acuerdo las partes convinieron en que el actor siguiera trabajando por unos días más, y tan cierto es esto, que como el demandante lo confiesa, el día 10 de enero de 1956, es decir, después del 31 de diciembre de 1955, fecha de vencimiento de los seis meses, él hizo gestiones en la ciudad de Cali para conseguir un nuevo empleo (pregunta 7ª y respuesta). No estimarlo así es cometer un error de hecho.

"Por el contrario, la sociedad, con anticipación de un mes, notificó al trabajador su resolución de no prorrogar el contrato de trabajo, tal como se deduce de la contestación dada por éste a la segunda pregunta del pliego de posiciones. No entenderlo así se cometer error de hecho".

Por último, afirma el autor del recurso que, sin los errores de hecho anotados, el Tribunal había llegado a la conclusión de que la sociedad no rompió ilegalmente el contrato de trabajo y, por tanto, se había abstenido de condenarla al pago de perjuicios por lucro cesante.

Se considera:

Sobre los aspectos planteados en este cargo la sentencia acusada se expresa así:

"Siendo la confesión indivisible, como lo enseña el artículo 609 del Código Judicial, habrá de admitirse, en el caso de autos, tal como la hace el demandante, es decir, tanto en lo desfavorable como en lo favorable. Porque el demandante acepta que el 1º de diciembre de 1955 le hizo saber el Gerente de la Empresa que por cuestiones relacionadas con las ventas tenían que prescindir de sus

servicios, pero niega ser cierto que en esa fecha se le hubiera señalado el día en que quedaría cesante, afirmando que fue a mediados de enero de este año (1956) cuando el mismo Gerente le notificó que sólo debería trabajar hasta el día 31 del citado mes de enero, como en efecto ocurrió. Como no existe en los autos contra dicha confesión otra prueba que la desvirtúe hay que admitirla en su integridad.

"De dicha confesión resulta, lisa y llanamente, que el demandante fue despedido al vencerse el primer mes de la segunda prórroga de su contrato de trabajo, prórroga iniciada el día 1º de enero de 1956 y que vencía el 30 de junio del mismo año, esto es, cuando faltaban cinco meses para el vencimiento de este nuevo plazo presuntivo de su contrato de trabajo".

La confesión a que alude el Tribunal, mal estimada por éste según el recurrente, se halla contenida en la respuesta a la segunda pregunta de las posiciones. Su texto, como el de la pregunta, es el siguiente:

"2ª.—¿Cómo es cierto, sí o nó, que el señor Carlos Alberto Sánchez, Gerente de Farmacia y Droguería Colón Limitada, le notificó a usted el día 1º de diciembre de 1955, que por reorganización en el sistema de ventas de la Empresa, usted quedaba cesante a la terminación del aviso que ese día le daba con una anticipación de 45 días, o sea que usted podía seguir trabajando hasta el día 15 de enero de 1956?.

Respuesta: "**No es cierto** (subraya la Corte) y aclaro que el 1º de diciembre de 1955 me dijo el señor Carlos Alberto Sánchez que por lo malo de las ventas al por mayor tenían que prescindir de mis servicios y que oportunamente me diría hasta cuándo debería trabajar. Que a mediados de enero me manifestó que debería trabajar hasta el 31 de enero del año en curso (1956) y que a fines del mes vino el señor Ancízar Correa, Agente Viajero de Hormonas quien ya sabía que estaba despedido y me insinuó que nos fuéramos para Bogotá que allá en los laboratorios en que él trabajaba podría conseguirme trabajo y hablando esto con el señor Sánchez me dijo que aprovechara la oportunidad y así fue como el 2 de febrero de este año me fuí para Bogotá....."

Manifiesta el recurrente que no pretende ir contra el principio de indivisibilidad de la confesión, porque lo que sucede en el presente caso es que "está demostrado que el trabajador sí conoció de manera clara y precisa la resolución del patrono de que no habría prórroga del contrato de trabajo o mejor del plazo presuntivo de seis meses".

Según lo expuesto, aunque la confesión es indivisible, como la califica el Tribunal, el hecho que en ella niega el demandante está probado en autos. Este aspecto de la acusación se tratará más adelante, pero conviene hacer presente desde ahora que sobre la cuestión en examen el fallo se apoya también en otras pruebas, no atacadas por el recurrente, que le sirven de soporte suficiente.

Dice en efecto el sentenciador:

"La buena fé con que debe ejecutarse el contrato de trabajo se opone al sistema utilizado por la parte demandada, consistente en notificarle al trabajador que prescindirá de sus servicios en una fecha futura, para luégo señalar esa fecha a su arbitrio; y "lo que es peor todavía, para ir prorrogando esa fecha del despido según su propio interés y conveniencia".

"Y no es sólo la expresada buena fé lo que se opone al sistema sino también el fin que persigue la ley laboral cuando le señala a todo trabajador subordinado un período de seguridad contractual. Precisamente persigue por este aspecto, evitar que el trabajador quede a merced del empleador, en cuanto a su estabilidad en el trabajo; evitar que lo despida cuando le plazca, sin una justa causa, o que lo mantenga en la agonía de continuar la vida de su contrato poco a poco, según su arbitrio, prorrogándolo por quincenas o meses, sin sujeción a precepto legal alguno, y sólo de acuerdo con su propio interés, que es lo que resulta en el caso **sub-lite**, según las posiciones que se hizo absolver al demandante y las respuestas dadas por éste".

Para la Corte la valoración probatoria del Tribunal sobre la confesión del actor, se ajusta a las reglas de la sana crítica, pues no ofrece ella otro alcance que el señalado por la sentencia recurrida.

En efecto: lo que el demandante Paredes reconoce como hecho cierto es que el representante de la sociedad le hizo saber el 1º de diciembre de 1955, el proyecto que tenía de prescindir de sus servicios, no la manifestación de que ellos terminarían el 31 del mes y año dichos.

Tener la intención de ejecutar un hecho y llevarlo realmente a la práctica, esto es, traducirlo en un acto de voluntad, con repercusiones en la vida jurídica, son situaciones completamente distintas.

Sobre el punto conviene observar además lo siguiente:

En la respuesta al noveno de los hechos de la

demanda, en el cual se afirma que la sociedad dió por terminado el contrato sin justa causa durante el curso del primer mes del segundo plazo presuntivo, el personero de la entidad demandada hace esta declaración, que tiene el mérito de una confesión espontánea: Que el 1º de diciembre de 1955 le hizo saber a Paredes su determinación de que el contrato terminara el 31 de ese mes y año. "Por liberalidad de la Empresa se le dieron cuarenta y cinco (45) días de preaviso, prorrogados luégo hasta el 31 de enero de 1956 para beneficiar al trabajador con el porcentaje por recaudos de cuentas pendientes por ventas en viaje, y el arreglo definitivo de las cuentas a cargo del señor Paredes P. por los mismos conceptos. Durante el período del preaviso que la Empresa otorgó al trabajador, por acuerdo entre éste y el Gerente de la Empresa, a solicitud insistente del trabajador, se iniciaron gestiones para conseguirle empleo al señor Silverio Paredes P., como se demostrará oportunamente".

El plazo, en el contrato de trabajo, lo fijan las partes y, en su defecto, la ley.

En el caso de autos el contrato de trabajo quedó sujeto al plazo presuntivo, esto es, a "términos sucesivos de seis en seis meses", de acuerdo con lo prescrito en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo.

El contrato de la clase expresada se entiende prorrogado en las mismas condiciones anteriores, ,"por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo...." (Artículo 49 ibídem).

El plazo obra automáticamente ,de modo que si el que rige la convención es legal, termina el día señalado por la ley, sin que al efecto haya necesidad de aviso previo, requisito no establecido en la legislación laboral.

Pero, si expirado el plazo del contrato celebrado por tiempo indefinido, el trabajador continúa prestando sus servicios, con la aquiescencia tácita del patrono, se produce el fenómeno de la reconducción, en virtud del cual el contrato queda prorrogado, por ministerio de la ley, por un lapso de tiempo igual al precedente.

La situación jurídica que se produce, en el caso indicado, tiene, pues, su fuente en la propia ley. El mandato es imperativo y no está al arbitrio de cualquiera de las partes acatarlo o nó.

Por tanto, la afirmación de que la sociedad concedió graciosamente al trabajador Paredes un término de 45 días, a partir del 1º de diciembre de 1955, que luégo prorrogó por 15 días más, es contraria a lo dispuesto en el artículo 49 antes citado, pues de acuerdo con la doctrina consagrada en su texto, la prolongación de los servicios después de la fecha anotada, implicó conforme a la ley del trabajo, la prórroga del contrato por un período de seis meses.

Los demás errores de hecho de que habla el recurrente, se hacen consistir en la mala estimación que hizo el fallador de la confesión del actor contenida en las posiciones que pasan a transcribirse:

"5ª.—¿Como es cierto, sí o nó, que el día 14 de diciembre de 1955 teniendo usted noticia de que los laboratorios Squibb de Cali necesitaban un Visitador de Médicos para las zonas del Cauca y Nariño, usted solicitó al Gerente de la Farmacia y Droguería Colón Limitada, escribiera una carta al señor José María Mercado, Jefe de Personal de esos laboratorios, recomendándolo a usted para el puesto?".

Respuesta: "Es cierto".

"7ª.—¿Cómo es cierto, sí o nó, que el día 10 de enero de 1956 el señor Sáulo Efraín Sánchez habló telefónicamente con el señor Mercado en virtud de nueva petición suya, y una vez terminada la conferencia el señor Sánchez le informó a usted que el puesto había sido dado al señor José Ignacio Forero, pero que su nombre quedaba anotado para un empleo de Viajero Supernumerario, siempre que llenara la solicitud de empleo que le enviarían con el mismo Forero, formulario que poco después le fue entregado a usted por el señor Forero y que a solicitud suya se lo llenó en las oficinas de la Farmacia y Droguería Colón Limitada el señor Sáulo Efraín Sánchez, el cual usted firmó y lo devolvió al señor Forero?".

Respuesta: "Es cierto y aclaro que el formulario me fue entregado por Sáulo Efraín Sánchez y no por José Ignacio Forero y yo lo envié por correo".

"10ª—¿Cómo es cierto, sí o nó, que ante el aviso que le dio a usted el señor Ancízar Correa, Viajero de Laboratorios Hormona, de que había presentado renuncia del puesto que en dicho Laboratorio desempeñaba, usted pidió al señor Correa y al Gerente de la Farmacia y Droguería Colón Limitada, le ayudaran a conseguir tal empleo, para lo cual se trasladó usted, el Gerente de Farmacia y Droguería Colón Limitada, y el señor Correa a las oficinas de Marconi en Popayán, el día 21 de diciembre de 1955, a las cinco de la tarde, con el fin de telefonear al Gerente de Laboratorios Hormona de Bogotá, con el objeto de conseguirle a usted el mencionado empleo?".

Respuesta: "Sí es cierto".

"11ª—¿Cómo es cierto, sí o nó, que el señor Correa manifestó a usted que el Gerente de Laboratorios Hormona le había pedido que se trasladara a Bogotá y que con tal ocasión él aprovecharía el viaje para hacerle a usted personalmente las gestiones de consecución de empleo para lo cual necesitaba que Farmacia y Droguería Colón Limitada le diera recomendación especial, recomendación que por insistencia suya escribió el señor Carlos Alberto Sánchez Gerente de la Empresa, carta que se remitió junto con la que usted escribió a dicho Laboratorio el día 21 de diciembre de 1955, solicitándole el empleo?".

Respuesta: "Sí es cierto y aclaro que como la Farmacia estaba por prescindir de mis servicios escribió la carta".

"18ª.—¿Cómo es cierto, sí o nó, que usted en su último viaje al Sur informó a los clientes de Farmacia y Droguería Colón Limitada..... que ese era el último viaje que usted hacía, porque la empresa había suspendido el cargo de Agente Viajero y las ventas al por mayor?".

Respuesta: "Sí es cierto".

Sobre las gestiones que para la consecución de nuevo empleo realizó el demandante, a las cuales coadyuvó la sociedad demandada, dice el Tribunal:

"La circunstancia de que a iniciativa del mismo demandante hubiera dirigido el Gerente de la Empresa demandada las comunicaciones cuyas copias obran a folios 16 y 17 del expediente, en orden a la consecución de empleo para aquél, no son suficientes para desvirtuar la confesión de que se ha hecho mérito. Ellas sirven sólo para demostrar el estado de inseguridad en que la empresa demandada colocó al demandante, sin asidero legal alguno, con respecto a su estabilidad en el cargo que desempeñaba".

Se anotó anteriormente que la sociedad, en la respuesta a la demanda, manifiesta que por concesión graciosa le permitió al trabajador continuara a su servicio después de la expiración del plazo presuntivo. Se observó asimismo cuál es la consecuencia de esa conducta frente a preceptos terminantes de la ley laboral.

Nada significa entonces que antes y después de la terminación del contrato, la sociedad hubiera hecho gestiones, a iniciativa del actor, para conseguirle nueva ocupación. No tienen esos actos la virtud de extinguir los efectos que la ley asigna a la prestación de servicios, consentida por el patrono, después del vencimiento del plazo presuntivo.

El recurrente sostiene que los servicios que el trabajador prestó después del 31 de diciembre de 1955, tuvieron por causa el convenio de las partes. Como prueba al respecto cita la confesión del demandante en las posiciones transcritas, y dice que al no tenerla en cuenta el Tribunal incurrió en error de hecho.

De las declaraciones indicadas no aparece que haya habido pacto sobre prórroga del contrato, como lo observa el Tribunal. De otro lado, no se avienen en el terreno de la lógica la expiración del vínculo laboral por obra de la concesión graciosa del patron, y el mismo fenómeno derivado de acuerdo entre las partes.

Del informe que dio el trabajador a sus clientes en el último viaje al Sur, según el cual la correría que realizaba era la última, porque el cargo de Agente Viajero había sido suspendido por la empresa, deduce el recurrente que Paredes sabía la resolución de su patrono de no prorrogar el contrato, por lo que el fallo acusado incurre en error de hecho al no aceptarlo así.

Se ignora la fecha en que el viaje se realizó, pues no la menciona la pregunta respectiva de las posiciones; pero cualquiera que ella sea, se sabe cuál fue la determinación de la empresa ,comunicada al trabajador a principios de diciembre de 1955: prescindir de sus servicios dentro del mes de enero de 1956, esto es, después del vencimiento del plazo presuntivo. De modo que si Paredes dio a sus clientes el informe a que se ha hecho referencia, no se puede concluír, frente a lo que dispone el artículo 49 del Código Sustantivo del Trabajo, que conocía la resolución de su patrono de no prorrogar el contrato a la expiración de dicho plazo.

Por lo expuesto, el cargo es improcedente

SEGUNDO CARGO

Violación del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo. Este cargo se formula de manera subsidiaria, para el caso de que no prospere el anterior.

Aceptada la prórroga legal del contrato —dice el recurrente— el Tribunal cometió error de hecho al no apreciar o apreciar indebidamente la confesión del demandante, la demanda y su respuesta. Y sustenta el cargo así:

Si el contrato se prorrogó a partir del 31 de diciembre de 1955, el demandante tenía la obligación de atender la orden de la sociedad para laborar dentro de sus actividades, viajando al Huila,

y al no hacerlo así faltó al principal de sus deberes.

El Tribunal no tuvo en cuenta esta parte de la confesión del actor, incurriendo en error de hecho. "Con mayor razón —anota— cuando esta cuestión había sido planteada por la sociedad desde la primera instancia, como consta en el proceso, a folio 57 y siguiente".

Ese error llevó al Tribunal a violar el texto legal citado, porque no tuvo en cuenta que existió por parte del patrono una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, sin previo aviso.

Sin tal error habría aceptado que la sociedad era inocente y el trabajador culpable, y, en consecuencia, no habría modificado el fallo de primera instancia.

La confesión a que se alude es la contenida en la respuesta a la pregunta 15ª de las posiciones.

Dice la pregunta: "¿Cómo es cierto, sí o nó, que el día 31 de enero de 1956, y por estar usted sin trabajo conseguido, el Gerente de la Farmacia y Droguería Colón Limitada, le insinuó hiciera usted un nuevo viaje, el que no realizó usted por tener que trasladarse a Bogotá a conferenciar con el Gerente de Laboratorios Hormona, acompañado del señor Ancízar Correa, para lo cual usted solicitó con carácter urgente una entrega por cuenta de su liquidación del auxilio de cesantía que le correspondía como Agente Viajero de Farmacia y Droguería Colón Liimtada, anticipo que le fue dado inmediatamente, habiendo realizado dicho viaje a Bogotá el día 1º de febrero de 1956?"

Contestó el absolvente: "No es cierto y aclaro: que sí me insinuaron el viaje a recoger cartera al Huila, pero como prácticamente estaba despedido y había la posibilidad de conseguir trabajo en Hormona resolví ir a Bogotá, para cuyo efecto le pedí prestados $ 250.00 al señor Gerente y él me los prestó, como también le dije que le prestara a mi señora tal como lo expresé anteriormente pero no le dije que me liquidara la cesantía sino un préstamo y que posteriormente arregláramos".

El Tribunal estima así la confesión del actor:

"La razón por la cual se abstuvo el demandante de verificar dicha correría es obvia, en concepto de este Tribunal: ya se le había notificado desde mediados de enero de este año (1956) que quedaba despedido a partir del 31 de dicho mes; en consecuencia el demandante estaba gestionando la consecución de nuevo empleo y tal posibilidad se le presentó por intermedio del señor Ancízar Correa, con quien viajó el demandante a Bogotá el día 2 de febrero siguiente, con la esperanza de conseguir trabajo en los laboratorios Hormona...."

Se considera:

En el caso de autos ocurre que la sociedad demandada no asumió en el pleito una posición firme y estable, sino indecisa y vacilante, alegando motivos distintos de terminación del contrato. Reflejo de ello es el cargo que ahora se examina.

En la acusación precedente se contemplaron dos causales la decisión unilateral de la empresa y el acuerdo entre las partes.

Durante el debate probatorio, como lo advierte el Tribunal, se presentaron otros motivos, entre los cuales cita éstos: la reorganización en el sistema de ventas y el retiro voluntario del trabajador.

Sobre el último motivo versa este segundo cargo. Se basa en que el trabajador rompió el contrato negándose a realizar un viaje al Huila ordenado por la empresa.

Para demostrar que la impugnación carece de fundamento basta transcribir lo que dice la sociedad al contestar el 10º de los hechos de la demanda, cuyo texto es el siguiente:

"No es cierto que el trabajador haya sido despedido de manera unilateral y cuando estaba vigente un contrato de trabajo de duración indefinida. El señor Paredes laboró hasta el 31 de enero de 1956, pero dentro del período de preaviso que la Gerencia de la Empresa le concedió en forma amplia para facilitarle el recaudo de sus cuentas y el arreglo y rendición de las mismas por ventas en viaje, **y con el fin de ayudarlo mientras se adelantaban gestiones para su colocación con otras empresas, todo lo cual se hizo de común acuerdo y a insistencia del trabajador**". (Subraya la Corte).

Según esta confesión espontánea, el viaje a Bogotá, que no le permitió al trabajador atender la insinuación de efectuar la correría por el Huila, tenía por objeto realizar gestiones para conseguir nueva ocupación, pues ya había sido retirado del servicio de la sociedad. En ese empeño contó con la ayuda de ésta, previo acuerdo con la misma. Todavía más: para faciltarle el viaje a Bogotá, según afirma la demandada en la pregunta 15ª de las posiciones, le fue entregada al trabajador una suma de dinero a buena cuenta de su cesantía.

Y es este hecho, ejecutado en la forma indicada, el que señala el recurrente como generante de violación grave, por parte de Paredes, de las obligaciones que le correspondían en la Empresa, y el que aduce como justa causa eximente de la responsabilidad del patrono. La inconsecuencia, como se ve, es patente.

No sobra advertir que el motivo de terminación del contrato a que se alude, además de que la propia sociedad lo desecha, no se alegó en oportunidad, razón suficiente para rechazar el cargo. A este propósito, el Tribunal con todo acierto, expresa lo siguiente:

"La buena fé con que debe ejecutarse el contrato de trabajo por ambas partes, exige que la que termina unilateralmente el contrato manifieste a la otra en el momento de su extinción la causa o motivo que la mueve a tomar esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse causales o motivos distintos, como lo enseña el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 61".

No dice el recurrente en qué consiste el error de hecho por mala apreciación de la demanda y su respuesta, ni señala tampoco el concepto del Tribunal que lo contenga, por lo cual no hay base para estudiar este aspecto de la acusación.

En consecuencia, tampoco prospera este cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia objeto del presente recurso.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía, Osorio, Secretario.

ACCIDENTE DE TRABAJO. — EL CERTIFICADO MEDICO NO PRUEBA QUE LA INCAPACIDAD SUFRIDA TENGA POR CAUSA UN ACCIDENTE DE TRABAJO.— PRIMA DE SERVICIOS. — AUXILIO MONETARIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL. — TRABAJADORES DE CONSTRUCCION. — PRODUCCION Y APRECIACION DE PRUEBAS EN MATERIA LABORAL. — RATIFICACION DE DECLARACIONES EXTRAJUICIO. — TECNICA DE CASACION

1.—El ataque de la sentencia por este motivo —infracción directa de la ley— requiere el respeto a los hechos apreciados por el juzgador, en forma que el recurrente que los utilice, habrá de acusar la infracción cometida al aplicar la ley a esos mismos hechos; pues lo contrario supondría irrogarse poderes que están atribuídos exclusivamente al falladqr, como son el apreciar las pruebas y verificar el juicio de facto. De ahí que si se pretende la revisión de los hechos en la forma en que han sido apreciados por el juzgador, no se tiene más que un camino: el de el error de hecho o de derecho; si tal vía no es utilizada, con éxito, subsistirán fatalmente contra toda otra apreciación particular del recurrente, pues, cabe recordar que, a diferencia de otros medios impugnatorios, el recurso de casación es eminentemente extraordinario y no una instancia más, lo que impide hacer libremente la apreciación de la prueba, sustituyendo la hecha por el juzgador de segunda instancia.

2.—En materia laboral, según el artículo 51 del CPT., son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, con las restricciones impuestas por el mismo y por el artículo 55 ibidem para la prueba pericial y para la inspección ocular, respectivamente. Esos medios legales de prueba son los que determinan el Código Civil en el Título 21 del Libro IV y el Código Judicial en el Título 27 del Libro II, según preceptúa el art. 593, del C. J. en armonía con el 1.757 del C. C. Para que asuman este carácter, están sujetos al cumplimiento de las disposiciones formales o de rito procesal requeridas para su recepción a fin de que puedan ser apreciados por el juzgador al tiempo de señalarles su mérito o valor probatorio.

Por otra parte no pueden echarse en olvido los principios que inspiran el proceso laboral: la oralidad y publicidad, la inmediación, la libre formación del convencimiento son postulados básicos que tienen entre sí una estrecha relación y que presiden la apreciación y valoración de las pruebas. Por esto el Código de Procedimiento Laboral ordena que, salvo algunos casos de excepción, la práctica de las pruebas se efectúe oralmente y en audiencia pública, so pena de nulidad; que el juez debe practicar personalmente todas las pruebas y que cuando le fuere imposible hacerlo, por razón del lugar, comisionará a otro juez para que las practique, quien tiene igualmente la obligación de recibirlas por sí mismo y de comunicar al comitente su apreciación íntima acerca de ellas, que en el caso de prueba testimonial, consistirá en el concepto que le merezcan los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios, cumpliéndose así el principio de inmediación, que posteriormente facilitará al juzgador la tarea de fijar la convicción judicial dentro de las facultades que le otorga el artículo 61 del C. de P. L. El sistema de la libre formación del convencimiento que establece la norma antes citada para la apreciación de las pruebas, significa que el juez no está sometido a la tarifa legal, como ocurre en el procedimiento civil, sino que opera simplemente la persuasión racional que resulte del análisis de todas las pruebas allegadas al juicio, atendiendo a los principios científicos que informan la crítica de la prueba y a las circunstancias relievantes del pleito y a la conducta observada por las partes. Pero en manera alguna puede entenderse que el juzgador disponga de libertad en lo relativo a la aducción y recepción de las mismas, pues, en este aspecto, debe ceñirse estrictamente a las disposiciones de rito procesal a fin de que puedan considerarse como

verdaderos medios legales de prueba.

3.—"Para que los testimonios rendidos extrajudicialmente, con intervención de la contraparte, puedan ser tenidos en cuenta por el juez, es menester su ratificación dentro del juicio, a fin de que pueda tener lugar el agotamiento pleno de las posibilidades de infirmación, como las que hacen referencia a la tacha de testigos, así como para que dichos testimonios puedan incorporarse al plenario en audiencia pública ante el juez de la causa, cumpliéndose así el requisito de la inmediación y aún el de la concentración. De otra parte, cuando no se solicita esta ratificación, el Tribunal Seccional debe ordenarla de oficio, teniendo en cuenta que sus atribuciones de juez del trabajo le obligan a impulsar el proceso y a dirigirlo en procura de la verdad real". (Sent. 8 de junio de 1954, "G. del T.". vol. XX, números 115-117, pág. 67).

"Especialmente en el procedimiento del trabajo, en que rige el principio de inmediación, no basta para la validez del testimonio que se dé a la otra parte la oportunidad de contradecirlo e infirmarlo, sino que es necesaria la intervención del juez en su recepción, de modo que tenga elementos de juicio subjetivo y de apreciación personal, lo que sólo se consigue con la comparecencia del testigo. Otro tanto cabe decir de la ratificación de los testimonios. (Cas. 20 de junio de 1950, G. del T. t. V., números 4132, página 508)".

4.—La realidad objetiva del documento o certificado que el médico de la empresa aspiró a reflejar en él, no puede ser otra que la de que el trabajador estaba incapacitado para trabajar, pero en manera alguna puede aceptarse ni deducirse de él la existencia y calificación del accidente de que fue víctima el trabajador, COMO UN ACCIDENTE DE TRABAJO, obligando al juzgador a tenerlo como verdad frente a todo otro medio de convicción y a otorgarle un evidente valor probatorio, pues si bien puede ostentar una autenticidad formal, carece de autencidad intrínseca porque el empleo de la frase "accidente de trabajo" que allí se utiliza, no sirve para avaluar la verdad que pudiera estimarse por el recurrente, en cuanto a la conclusión relativa a la causa laboral del accidente sufrido por el demandante, pues el concepto de los hechos y circunstancias en que consiste o se configura un accidente como de trabajo, se reputa como "qoestio juris", que debe deducirse de la existencia de los hechos y circunstancias establecidos en el juicio qoestio facti).—Por lo tanto, con respecto al certificado médico, a quien se hace referencia, hay que separar claramente el hecho que él trata de establecer y su recta apreciación; esta facultad de determinación o apreciación forzosamente ha de entregarse a la soberanía del juzgador, máxime si lo que recoge son informes, es decir, en suma JUICIOS, técnicos o no.

5.—No es admisible en casación citar el precepto de una ley como infringido y sus "concordantes" sino que es indispensable concretar el texto de cada norma que se considere violada, para que el cargo sea estimable.

6.—Para determinar el objeto que caracteriza lo que debe entenderse "por obras o actividades de construcción" según definición contenida en el artículo 309 del C. S. del T., debe atenderse de modo importante a su finalidad, pero también a su unidad de conjunto, para poder efectuar la calificación que corresponda en cada caso.

7.—El artículo 306 del CST. establece a cargo de las empresas de carácter permanente la obligación de pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, una prestación especial denominada prima de servicios, regulada en cuanto a su cuantía según el capital de las empresas. Pero en los casos previstos en los literales a) y b) de esa norma, condiciona ese derecho en forma de hacerlo efectivo únicamente a quienes hubieren trabajado todo el respectivo semestre, para obtener el máximo de esa prima, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y con la condición de que el despido no haya sido por justa causa. Es decir, este derecho se consagra en forma condicional y proporcional en su cuantía a quienes hayan trabajado períodos de tres meses o más dentro del semestre.

8.—El error de hecho es simplemente un medio por el cual puede llegarse a la violación indirecta de una norma legal sustantiva, por aplicación indebida como consecuencia de una errónea apreciación o de la no apreciación de los elementos probatorios.

Por tanto, la violación de una norma por esta vía indirecta sólo puede tener ocurrencia en el caso de dar por establecido un hecho sin estarlo, o de negar su existencia, existiendo como consecuencia de la falta de apreciación o de la apreciación errónea de las pruebas, pero en manera alguna puede predicarse este error de la norma que se considera violada.

9.—El artículo 227 del C. S. T. al consagrar el derecho de auxilio monetario por enfermedad no profesional, en favor del trabajador, hasta por el término de 180 días, en la forma y cuantía allí prevista, no limita ni restringe lo que se entiende por "salario" y, por lo tanto, debe tomarse este concepto en la plenitud de su noción, conforme al significado y contenido del artículo 127 del Código de la materia, sin que sea lícito considerar como tal —salario— solamente una de sus formas, cual es la remuneración fija u ordinaria, dejando por fuera la participación de utilidades que, como en el caso presente, concurre a constituír lo que la ley denomina "salario" y que sin más denominación se emplea en el artículo 227 ya citado, para fijar el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional.

10. — Cuando se acusa una sentencia por interpretación errónea de una norma sustantiva, debe examinarse si el organismo jurisdiccional, realizó la función primordial de decidir cuál es el pensamiento de la norma —como medio único de poder apreciarla con rectitud— y si inquirió su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando ello ocurre, la casación los corrige poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia del juicio, o el exceso cometido al formularlo.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.)

Luis Alberto Amaya, por medio de apoderado, demandó a las Sociedades "Restrepo, Manrique y Gutiérrez, Ltda.", representada por su gerente Ignacio Restrepo Posada, y "Fábrica de Cementos Samper", representada por su gerente Carlos Sanz de Santamaría, para que, mediante los trámites de un juicio ordinario de trabajo, de mayor cuantía, fuesen condenadas solidariamente a pagarle, por razón de accidente de trabajo, las prestaciones de que tratan los numerales 1º y 2º literales a) y b) del artículo 204 del CST. y, además, lo correspondiente a cesantía, vacaciones, preaviso, indemnización por la mora en el pago de salarios debidos, perjuicios compensatorios, limitados al lucro cesante, por la inejecución del contrato, prima de servicios y salarios-utilidades insolutos.

Como hechos para fundamentar la demanda, relató los siguientes:

"1º—TIEMPO SERVIDO—El ciudadano Luis A. Amaya trabajó al servicio de Restrepo, Manrique & Gutiérrez y subsidiariamente, al servicio de Fábrica de Cemento Samper, desde el 21 de mayo de 1953 hasta el 12 de marzo de 1954.

"2º — LABORES DESEMPEÑADAS. — Luis A. Amaya desempeñó para las referidas empresas demandadas labores de construcción de campamentos para alojar personal destinado a construír, a su vez, tanques, acueductos y casas de ingenieros de Siberia (Palacio).

"3º—SALARIO DEVENGADO. — El ciudadano Luis A. Amaya devengaba un sueldo mixto, representado así:

"a) Jornal de avance VEINTICINCO PESOS ($ 25.00) y

"b) Sueldo por utilidades en las obras, TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 3.30) diarios, en promedio.

"4º—DESPIDO — El ciudadano Luis A. Amaya fue despedido por nota de 13 de marzo de 1954.

"5º—ACCIDENTE—El ciudadano Luis A. Amaya, al servicio de las empresas demandadas, el 1º de agosto de 1953, a eso de las seis y media de la tarde, sufrió un accidente de trabajo, cuando venía de Fontibón de buscar una herramienta de plomería para la ejecución de las obras en que era Inspector al servicio de las empresas demandadas.

"6º—CONSECUENCIAS — A consecuencia del accidente, Luis A. Amaya se fracturó la mano derecha, en el dedo meñique, y el cráneo y le quedaron cicatrices de por vida en la cara, muy especialmente en los alrededores del ojo derecho, y perdió la visual del ojo izquierdo.

"7º—INCAPACIDAD—A consecuencia del accidente Luis A. Amaya ha quedado incapacitado, en forma total y permanente para su trabajo habitual".

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 47, 48, 65, 127, 204, 306, 309 y 310 del CST. y los Decretos 616 y 617 de 1954. En cuanto a procedimiento indicó el señalado por los artículos 74 y siguientes del código de la materia.

Las Compañías demandadas, por medio de apoderado, respondieron conjuntamente la demanda oponiéndose a que se hicieran las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora. En cuanto a los hechos, los contestaron así:

"1º—No es verdad. Es verdad sí, que Luis A. Amaya ingresó al servicio de la Fábrica de Cemento Samper el veintiuno (21) de mayo de 1953, pero no lo es que hubiese trabajado hasta el trece (13) de marzo de 1954.

"2º—No es verdad. Amaya trabajó únicamente en la construcción de tanques de almacenamiento de agua, captación de aguas (boca-tomas), colocación de tuberías para la conducción de aguas y otras labores accesorias a las expresadas, encaminadas todas ellas, en forma exclusiva, a obtener suministro de agua para uso industrial de las trituradoras de caliza de la Fábrica de Cemento Samper en la región de Palacio (Cundinamarca). Por consiguiente el demandante no realizó ninguno de los trabajos que se llaman de 'construcción' en el derecho laboral.

"3º—Es verdad.

"4º—No es verdad. A Amaya se le avisó que, por haber terminado la obra en la cual trabajaba antes de su incapacidad y por haber concluído la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que la Fábrica debe suministrar, aun tratándose de incapacidad derivada de enfermedades o accidentes comunes, por razón de su propio capital, había cesado todo vínculo entre dicha sociedad y el demandante, desde el día tres (3) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), fecha en que se completaron los ciento ochenta (180) días correspondientes a la mencionada asistencia.

"5º—No es verdad.

"6º—No me consta.

"7º—No es verdad".

En el mismo escrito de contestación de la demanda, indicaron como hechos y razones para apoyar su defensa, los siguientes:

"El señor Luis A. Amaya ingresó al servicio de la Fábrica de Cemento Samper el día veintiuno (21) de mayo de 1953, por intermedio de la firma 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada', encargada, mediante un contrato de administración delegada, para realizar algunas obras de ingeniería, en beneficio de aquella Fábrica; en la región de Palacio (Municipios de Guasca y La Calera). Las labores del señor Amaya fueron las expresadas en el presente escrito, al referirme al punto segundo de los hechos de la demanda, y por consiguiente el demandante no fue trabajador de la construcción, en el sentido especial que a esta palabra le dá el Código Sustantivo del Trabajo, sino un trabajador en obras comunes de ingeniería.

"El día viernes 31 de julio de 1953, los Directores de las obras en Palacio dieron orden al señor Siervo Saúl Amaya, primo del demandante, para que se trasladase desde ese lugar hasta las cercanías de Fontibón, con el fin de recibir allí una herramienta que debía ser conducida de nuevo a Palacio, y para el traslado respectivo se dio al mismo Siervo Saúl un pick-up conducido por el señor Alberto Robayo.

"Siervo Saúl Amaya, en cumplimiento de dicha orden, se trasladó en el vehículo conducido por Robayo, a esta ciudad de Bogotá, por la cual era necesario pasar, y aquí se ocupó en distintas diligencias que le fueron encomendadas por sus jefes, especialmente la de obtener de los ingenieros Pizano y Hernández, dueños de la herramienta que él iba a recibir, la orden necesaria para que le fuera entregada por el guardián de los depósitos en las cercanías de Fontibón.

"Al día siguiente de los hechos que se dejan expuestos, o sea el sábado primero (1º) de agosto de 1953, después de cumplidas sus labores de la mañana, el señor Luis Alberto Amaya, demandante, salió de su trabajo y, utilizando un vehículo de los ingenieros que eran sus superiores inmediatos, conducido por el respectivo trabajador cuyo nombre no recuerdo, se dirigió desde Palacio, donde se hallaba, hacia su casa situada en las vecindades de Techo, debiendo pasar para el efecto por la ciudad de Bogotá.

"Al llegar al lugar de Puente Aranda, o sea en la vía hacia su casa, Luis Alberto Amaya, junto con sus acompañantes y otros amigos, entró a una tienda que allí existe y estuvo allí departiendo durante varias horas, hasta la caída de la tarde. Cuando Luis Albetro Amaya se encontraba en la mencionada tienda, en compañía de sus amigos y en vía hacia su residencia, pasó por aquel lugar, en forma puramente casual en cuanto respecta a su encuentro con Luis Alberto Amaya, el pick-up en el cual Siervo Saúl Amaya se dirigía a las cercanías de Fontibón para recibir allí la herramienta que debía conducir luego a Palacio. Fue entonces cuando el demandante Luis Alberto Amaya, por su propia voluntad, sin que nadie se lo hubiese ordenado ni hubiese razón alguna para su proceder, con el ánimo de dar un paseo, resolvió subir al pick-up en el cual iban su primo Siervo Saúl y el conductor Robayo, hacia las cercanías de Fontibón, y, en efecto, fue con ellos hasta ese lugar.

"Al regreso de allí, aproximadamente a las siete (7) de la noche, el mencionado pick-up se estrelló violentamente contra otro vehículo que se hallaba estacionado al lado de la vía, y de ese accidente resultó herido el demandante, el cual, por hallarse incapacitado para trabajar, recibió la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria, hasta el tres (3) de febrero de 1954, fecha en la cual se completaron los seis (6) meses respectivos, y le fueron pagados además, durante el mismo tiempo, salarios cuyo monto total excedió en mucho al auxilio monetario establecido, al igual que aquella asistencia, por el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo. Por esta razón, al terminar dicha asistencia, durante la cual había concluído también la totalidad de la obra en la cual el demandante trabajaba, se le avisó a éste que quedaba terminado su vínculo jurídico con la Fábrica de Cemento Samper, y se le presentó además la liquidación de sus prestaciones sociales, según la cual la misma sociedad no sólo no le adeudaba suma alguna por razón de ellas, sino que, por el contrario, era el mismo Amaya quien resultaba debiendo a dicha sociedad, por haber recibido por cuenta de ella una suma notoriamente mayor que la correspondiente a las mismas prestaciones".

El Juzgado 6º del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, desató la litis condenando a las empresas demandadas a pagar al demandante Luis Alberto Amaya, las siguientes sumas: PRIMERO: a) Trece (13) meses de salario, a razón de VEINTIOCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 28.30) diarios por concepto de accidente de trabajo; b) La cantidad de VEINTIOCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 28.30) diarios a partir del catorce (14) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y hasta cuando se verifique el pago de lo debido por indemnización en la mora que trata el artículo 65 del C. S. del T.; c) La cantidad de CIENTO NOVENTA Y TRES PESOS CON VEINTE CENTAVOS ($ 193.20) por concepto de cesantía;

"SEGUNDO.—ABSUELVESE a las citadas empresas de las demás peticiones que les formulara **Luis Alberto Amaya** por intermedio de su procurador judicial.

"TERCERO.—COSTAS a cargo de la parte vencida. Tásense éstas por la Secretaría".

Por apelación, interpuesta por los apoderados de ambas partes, subieron los autos al Tribunal Seccional del Trabajo de esta ciudad, entidad que decidió la alzada por sentencia de 17 de octubre de 1956, reformando el numeral primero del fallo del **a-quo** para producir en su lugar, únicamente las condenas siguientes:

"a) CIENTO CINCUENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y SEIS ENTAVOS ($ 157.56) por concepto de auxilio de cesantía.

"b) DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 234.30) por concepto de 'salarios-utilidades' insolutos; y

"c) VEINTIOCHO PESOS CON TREINTA CENTAVOS ($ 28.30) diarios desde el trece (13) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y hasta que se verifique el pago de las sumas a que se contraen los literales anteriores, a título de salarios caídos".

Confirmó el numeral segundo, revocó el tercero y declaró sin costas la instancia.

Contra el anterior proveído interpusieron el recurso de casación ambas partes litigantes, y habiéndoles sido concedido por el Seccional y admitido por esta Superioridad, se procede a decidirlo mediante el examen de las correspondientes demandas de casación y de los escritos de oposición.

Demanda de la parte actora

Persigue el demandante recurrente la casación parcial del fallo acusado para que, en su lugar, se dicte uno en que se hagan todas las declaraciones impetradas en el libelo inicial.

Al efecto, con base en la causal primera del artículo 87 del C. de P. del T. formula dos cargos, que se estudiarán en su orden, así:

Primer cargo.—Acusa violación de los artículos 199, siguientes y concordantes del CST., por infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea y a consecuencia de error de hecho, que desarrolla así:

"**Infracción directa.**—El artículo 199 del CST. entiende por accidente de trabajo todo suceso imprevisto y repentino que sobrevenga por causa o por ocasión del trabajo. En el caso de Luis Alberto Amaya, el accidente ocurrió por causa y con ocasión del trabajo. Luis Alberto Amaya viajó a Fontibón por causa del trabajo, porque siendo como era Luis Alberto Amaya el inspector de la obra, viajó a Fontibón en busca de herramientas para la ejecución de trabajos que las empresas demandadas le habían encomendado. Luis Alberto Amaya sufrió el accidente con ocasión del trabajo; porque montó en la volqueta de la empresa constructora 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez'; con ocasión de ir a conseguir las herramientas según

las órdenes impartidas previamente por el doctor Ignacio Restrepo Posada, Gerente de 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez', y a la vez ingeniero de la obra respectiva, obra en construcción".

La parte demandada opositora manifiesta que el demandante se limita en este punto a sostener, contra todas las pruebas que obran en el proceso, que el accidente ocurrido el primero de agosto de 1953 a Luis Alberto Amaya, sobrevino "por causa y con ocasión del trabajo". Que esta afirmación se halla completamente desvirtuada por la demostración que se hizo en el expediente de que a Luis Alberto Amaya no le habían encomendado ninguna de las empresas demandadas la consecución de la herramienta a que se refiere el recurrente, pues ese encargo se le había dado en forma expresa a Siervo Saúl Amaya. Que el demandante Luis Alberto Amaya viajó en realidad a Fontibón sin orden ni autorización alguna, en hora y día que no era siquiera de trabajo, y únicamente por la circunstancia fortuita de que cuando él mismo se dirigía hacia su casa a almorzar, pasó ocasionalmente en un volquete su primo Siervo Saúl Amaya y "éste le invitó" a Fontibón, como el propio Luis Alberto Amaya lo confesó expresa e inequívocamente ante el Inspector Quinto de la Circulación y Tránsito de Bogotá, según consta a folios 247 y 248 del cuaderno principal del expediente.

Se considera:

Sobre el particular, el **ad-quem** para dilucidar el punto fundamental de la litis, a saber, si Amaya fue o no víctima de un accidente de trabajo estando al servicio de "Restrepo, Manrique & Gutiérrez Ltda.", después de hacer un análisis de los testimonios de José Gregorio Vargas Zamudio, de Alberto Robayo, de Rodrigo Rivera y de la propia declaración del demandante rendida ante la Inspección Quinta de Tránsito de Bogotá, concluyó "que el accidente de que fue víctima Luis Alberto Amaya cuando regresaba de Fontibón en compañía de Siervo Saúl Amaya y Alberto Robayo, es insusceptible de calificarse como de trabajo desde luego que no le aconteció ni por causa ni con ocasión de las labores que desempeñaba en 'Siberia' para la parte demandada".

La Corte, en reiterada jurisprudencia, ha expresado que la infracción directa de la ley sólo ocurre cuando independientemente de las cuestiones de hecho sobre las cuales no hay discusión, se omite o deja de aplicar la disposición legal pertinente, o cuando se aplica a un hecho inexistente.

En el caso que se estudia, la sentencia recurrida parte de la base de que el accidente de que fue víctima Luis Alberto Amaya el día 1º de agosto de 1953 cuando regresaba de Fontibón a esta ciudad en compañía de Siervo Saúl Amaya y de Alberto Robayo, no puede calificarse como de trabajo, desde luego que no le aconteció ni por causa ni con ocasión de las labores que el demandante desempeñaba en "Siberia" para la parte demandada.

Para el recurrente, en cambio, ese acdidente sí se produjo con ocasión del trabajo ya que Luis Alberto Amaya efectuó el viaje en que le ocurrió el infortunio, en cumplimiento de órdenes que dice le habían sido impartidas previamente por el Gerente de una de las Sociedades demandadas, de ir a Fontibón a conseguir las herramientas que la empresa necesitaba para la ejecución de unos trabajos. Por su parte las sociedades demandadas niegan rotundamente el hecho aseverado por el demandante y afirman que a éste no le habían encomendado la consecución de tal herramienta, pues ese encargo se le había dado en forma expresa a una persona distinta, al señor Siervo Saúl Amaya, y que el demandante viajó a Fontibón sin orden ni autorización alguna ,en hora y día que no era siquiera de trabajo y que lo realizó aceptando la invitación que le hizo el comisionado para ello, Siervo Saúl Amaya.

De lo anterior resulta que hay un hecho en discusión, a saber: si el accidente se produjo por causa o con ocasión del trabajo. Demostrado y aceptado que hubiera sido como tal, no habría duda de que tendría la característica de accidente de trabajo y si no se hubiese aplicado el artículo 199 y siguientes del CST., sería fundada la acusación por infracción directa; mas como se ha expresado antes, esta infracción solo cabe cuando se trata de hechos no discutidos, lo que no ocurre en el presente caso. El ataque a la sentencia por medio de este primer motivo —infracción directa de la ley— requiere el respeto a los hechos apreciados por el juzgador, en forma que el recurrente que lo utilice, habrá de acusar la infracción cometida al aplicar la ley a esos mismos hechos, pues lo contrario supondría irrogarse poderes que están atribuídos exclusivamente al fallador, como son el apreciar las pruebas y verificar el juicio de facto. De ahí que si se pretende la revisión de los hechos en la forma en que han sido apreciados por el juzgador, no se tiene más que un camino: el de el error de hecho o de derrecho; si tal vía no es utilizada, con éxito, subsistirán fatalmente contra toda otra apreciación particular del recurrente, pues, cabe recordar que, a diferencia de otros medios impugnatorios, el recurso de casación es eminentemente extraordinario y no

una instancia más, lo que impide hacer libremente la apreciación de la prueba, sustituyendo la hecha por el juzgador de segunda instancia. Por lo expuesto, no puede aceptarse que en el evento que se examina se haya configurado la violación directa que contempla el cargo.

Aplicación indebida. — Manifiesta el recurrente que el Tribunal aplicó en forma indebida el artículo 199 del CST., "por cuanto no estimó las expresiones de esta disposición 'por causa', 'por ocasión del trabajo'. En el caso de autos si el accidente no sobrevino por causa del trabajo, sobrevino con ocasión de ese trabajo desempeñado por Luis Alberto Amaya a las empresas demandadas".

Se considera:

Al estudiar el motivo anterior de este cargo, se ha visto que el Tribunal después de realizar el análisis valorativo de las pruebas consideró que no podía calificarse como de trabajo el accidente de que fue víctima el demandante Luis Allberto Amaya y absolvió a las empresas de las condenas a que se contraen los literales a), b) y c) del numeral primero de la demanda. Ello significa que el juzgador al realizar el proceso lógico jurídico de confrontar los hechos establecidos con la norma, encontró que las circunstancias en que se produjo el accidente, no eran coincidentes con la hipótesis legal, por lo cual consideró que no podía aplicar el precepto invocado a hecho no probado ni previsto en el mismo supuesto legal, como procedió en efecto, y no como expresa el recurrente que se aplicó en forma indebida. Lo anterior podría ostentar, en realidad, un caso de inaplicación de la norma, fenómeno éste que hace referencia al concepto de infracción directa de la ley; y en este caso, como ya se vio al estudiar el primer motivo aducido por el recurrente, no se configura dicha transgresión. No prospera el cargo.

Interpretación errónea. — Por este motivo, formula y concreta el cargo así: "No obstante la claridad del artículo 199 ya transcrito, el H. Tribunal desvió el sentido de esa disposición al no declarar el accidente de trabajo. En ninguna parte dice el Código, ni dice el Decreto, ni dice la jurisprudencia que para que se configure el accidente de trabajo se requiere que el hecho imprevisto sobrevenga en el sitio mismo. Con esta interpretación tan restringida que el H. Tribunal dio al artículo 199 las expresiones 'por causa o con ocasión del trabajo' carecerían de todo valor, de todo fundamento y de toda finalidad para ser puestas en el Código Sustantivo del Trabajo".

Se considera:

Como bien lo anota el opositor, el recurrente se abstiene de indicar la parte de la sentencia acusada, en la cual aparezca la interpretación del artículo 199 del CST., en la forma que atribuye al juzgador. Para mayor claridad y para demostrar la ineficacia del cargo, se hace indispensable transcribir nuevamente lo expresado, sobre el particular, en la sentencia: "Queda claro, así, que el accidente de que fue víctima Luis Alberto Amaya cuando regresaba de Fontibón en compañía de Siervo Saúl Amaya y Alberto Robayo, es insusceptible de calificarse como de trabajo, desde luego que no aconteció ni por causa ni con ocasión de las labores que desempeñaba en 'Siberia' para la parte demandada". De lo transcrito, no aparece en parte alguna que el ad-quem haya incurrido en la falta interpretativa de la norma invocada, por desconocimiento o conocimiento equivocado de su contenido y alcance, pues no ha afirmado que para que se configure el accidente de trabajo "se requiere que el hecho imprevisto sobrevenga en el sitio mismo", sino que, en el caso de autos, el accidente sufrido por Amaya "no le aconteció ni por causa ni con ocasión de las labores que desempeñaba en "Siberia' para la parte demandada".

Si el entendimiento del Tribunal hubiese sido el que le atribuye el recurrente, simplemente le habría bastado hacer resaltar el hecho indiscutido de que el insuceso había ocurrido en Fontibón y no en la región de "Palacio" en donde ordinariamente le correspondía desarrollar sus actividades al demandante, para fundamentar su negativa a calificarlo como accidente de trabajo, que ese no fue su criterio, lo acredita precisamente el análisis probatorio por el cual no encontró demostrado que el acontecimiento que causó el daño al demandante tomara su origen directa y efectivamente del riesgo específico creado por la empresa, es decir, que el trabajo fuera la causa directa del daño. ni que el viaje lo hubiera realizado en obedecimiento a órdenes superiores, que pudieran constituír la razón por la cual el trabajador Amaya había sido expuesto al riesgo, y que permitiese considerarlo como acaecido con ocasión del trabajo, y calificarlo como accidente de esta clase.

No prospera el cargo.

Error de hecho. — Que el Tribunal incurrió en gravísimo error de hecho al no declarar la calidad accidente de trabajo del indiscutido hecho imprevisto y repentino y al no condenar al pago de las indemnizaciones consiguientes, porque no

apreció o apreció mal, las siguientes pruebas: la declaración de Alfredo Rodríguez, con el pretexto de que ella no fue ratificada en juicio. El certificado médico que obra al folio noveno del cuaderno principal expedido por el médico de la Fábrica de Cemento Samper, del que aparece que Luis Alberto Amaya "estuvo incapacitado para trabajar por **accidente de trabajo**". La confesión contenida en las posiciones que absolvió Ignacio Restrepo Posada (folio 140 del cuaderno principal), pues que "la misma sentencia recurrida reconoce que Restrepo, Manrique & Gutiérrez estimó que el accidente que se dejó examinado sí revistió carácter laboral". La declaración de Lupercio Laguna (folios 53 a 58 y 94 a 97).

Señala, además, como erróneamente apreciadas por el Tribunal, las declaraciones de José Gregorio Vargas Zamudio (folios 78 a 84 del cuaderno principal), que relaciona con el dicho de Lupercio Laguna; la declaración de Alberto Robayo (fl. 100 del mismo cuaderno); las posiciones absueltas por Ignacio Restrepo Posada, Gerente de "Restrepo, Manrique & Gutiérrez", especialmente en las respuestas dadas por éste a las preguntas 7ª y 8ª (fl. 142), de todas las cuales hace las transcripciones que estima pertinentes, para concluír que ellas "demuestran que Luis Alberto Amaya no fue a Fontibón por esparcimiento o por placer de viajar motorizado, sino que viajó a Fontibón y en volquete de la empresa Restrepo, Manrique & Gutiérrez que lo envió a conseguir unas herramientas para la obra que sub-dirigía Luis Alberto Amaya, en su calidad de maestro o inspector, y por orden del Ingeniero Jefe de la Obra y gerente de la empresa demandada principalmente". Termina el cargo manifestando que "el no discutido accidente tiene carácter laboral o de trabajo, inclusive respecto de Luis Alberto Amaya, porque éste lo sufrió por causa del trabajo y con ocasión de el trabajo".

El opositor hace un extenso y detenido estudio de las razones expresadas por el recurrente demandante, verifica un análisis crítico de las declaraciones de los testigos citados y de los demás documentos que el impugnador considera como dejados de apreciar o erróneamente apreciados por el Tribunal, para concluír pidiendo se rechace el cargo, pues el estudio minucioso de las pruebas allegadas al juicio "lleva a la conclusión final e irrebatible de que el expresado accidente no fue un accidente de trabajo, pues no sobrevino ni por causa ni con ocasión del trabajo, sino con ocasión de un viaje innecesario y abusivo del propio demandante, quien asumió los riesgos propios de todo transporte gratuito y no puede por ello pretender que las sociedades demandadas sufran las consecuencias de esos riesgos que él asumió libremente, es necesario repetirlo, como pasajero gratuito e innecesario de un vehículo en el cual no tenía razón alguna para viajar".

Se considera:

Sobre las pruebas dejadas de apreciar que señala el recurrente, el Tribunal expresó: "Precisa destacar, en primer lugar, que el Tribunal se abstendrá de tomar en cuenta, para decidir el caso **sub judice**, las declaraciones siguientes: a) la de Alfredo Rodríguez (fs. 6 a 8) por no haber sino ratificada en juicio; b) las de Lupercio Laguna (fs. 53 a 58 y 94 a 97) en razón de haber sido ratificada la una y recibida la otra fuera de audiencia pública y porque, además, el funcionario comisionado dejó de comunicar al comitente el concepto que le hubiera merecido el deponente así como las circunstancias de mayor o menor credibilidad de su testimonio; y c) la de Ignacio Restrepo Posada (fs. 124 a 128) porque su condición de representante legal de una de las sociedades demandadas impide considerarlo como un tercero. Recuérdese, a este respecto, que el testimonio, como tal, tiene, por esencia, que provenir de terceras personas. Con todo, esto no obsta para ameritar la pretendida declaración de Ignacio Restrepo Posada en todo lo que obligue y comprometa a su representada, como es apenas obvio".

Sobre el punto fundamental de la litis, a saber, si Amaya fue o no víctima de un accidente de trabajo estando al servicio de "Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Ltda.", el Tribunal expresó:

"Sobre este punto cabe anotar que el **a-quo** entendió mal la declaración de José Gregorio Vargas Zamudio (fs. 78 a 84), pues lo que él afirma no es que al demandante se le hubiese impartido la orden de conseguir, el sábado 1º de agosto de 1953, en las horas de la tarde, una heramienta indispensable para el adelantamiento de las obras de 'Palacio', sino la promesa de esta orden si Siervo Saúl Amaya no lograba conseguirla el viernes 31 de julio. El testigo es muy explícito cuando dice: 'Yo no supe si al día siguiente le darían la orden a Luis Alberto Amaya. Mas lo cierto es que tal orden, por lo que se expondrá en seguida, nunca se la impartieron.

"Las declaraciones de Alberto Robayo (fs. 98 a 103) y Rodrigo Rivera (fs. 133 a 135 y 4 a 6), si bien no desmienten la que se acaba de examinar, armonizan perfectamente con la posición asumida

por la parte demandada. Con efecto, de acuerdo con ellas, Luis Alberto Amaya, el sábado 1º de agosto de 1953, una vez terminadas sus labores en 'Palacio', tomó camino de su casa, situada en esta ciudad, en las cercanías de 'Techo', junto con varios compañeros de trabajo, en una 'volqueta' de propiedad de 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada', conducida por el testigo citado en segundo término. Sólo que este testigo, cuando ya no lo acompañaba sino Luis Alberto Amaya, resolvió detenerse en un campamento que la sociedad acabada de mencionar posee o poseía en 'Puente Aranda' con el objeto de obtener su paga del 'campamentero', ya que en dicho sitio se la dejaban. Poco después llegaron al mismo lugar Siervo Saúl Amaya y Alberto Robayo. Alberto Robayo era el conductor de otra 'volqueta' de 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada' y tenía la misión, en esos momentos, de transportar a Siervo Saúl Amaya a Fontibón, a un campamento de 'Pizano Hernández', donde este trabajador debía reclamar, previa presentación de la orden correspondiente, una herramienta necesaria para adelantar la obra de 'Palacio'. El motivo por el cual Alberto Robayo se detuvo en 'Puente Aranda' fue el de dejar allí las pagas de José Urrego, celador y de Rivera Rodrigo, chofer de la volqueta que venía de Siberia. Al encontrarse, de esta forma puramente casual, Siervo Saúl Amaya y Luis Alberto Amaya, aquél le mostró a éste la orden antes singularizada y lo 'invitó', además, a que fuera a mirar la herramienta.

"Lo hasta aquí relatado se encarga de confirmarlo, en sus líneas generales, el propio demandante, quien en la declaración que rindió, con posterioridad al accidente, ante la Inspección Quinta de Tránsito de Bogotá, se expresó textualmente: 'El día primero de agosto de mil novecientos cincuenta y tres, viajaba yo en una volqueta de placas número 22987 que hacía el recorrido de Siberia, jurisdicción de La Calera, en dirección a mi casa de habitación antes mencionada y llegando a Puente Aranda, el chofer de la volqueta fue a buscar al celador de la Empresa a ver si habían dejado el pago con él, el cual se lo encontró y en ese momento llegó el señor Alberto Robayo y Siervo Saúl Amaya quienes iban en un Pick-up de placas número 22939 de Bogotá y en ese momento me invitaron que los acompañara a Fontibón que iban por una herramienta para la construcción de una obra del cual era yo Inspector mostrándome el señor Robayo una carta que llevaba de la Empresa para la consecución de la herramienta' (fls. 247 v. y 248)".

El punto fundamental del caso sub-judice, consiste en saber si está demostrado que el viaje efectuado por Luis Alberto Amaya a Fontibón en las horas de la tarde del día sábado 1º de agosto de 1953, en compañía de Siervo Saúl Amaya y Alberto Robayo y en cuyo recorrido de regreso a esta ciudad se produjo el accidente de tránsito que causó las lesiones y perturbaciones sufridas por el demandante, fue efectuado por éste en obedecimiento a una orden impartida por el Gerente de una de las empresas demandadas para que cumpliera la comisión de conseguir una herramienta necesaria para los trabajos adelantados por la empresa, o si por el contrario ese viaje lo realizó sin orden, por su absoluta libertad de acción que le permitía utilizar su tiempo de una forma u otra, sin ingerencia ni mandato del empresario. Es decir, si está establecida o no una necesaria relación entre el trabajo y el accidente, que dé lugar a la responsabilidad patronal. Si lo primero, el accidente se produjo por causa o con ocasión del trabajo y por tanto deberá calificarse de ese modo; si lo segundo, se estará en presencia de un accidente común u ordinario; en uno y otro caso, los efectos y consecuencias son distintos.

El recurrente pretende que el accidente sufrido por Luis Alberto Amaya en la fecha y condiciones indicadas antes, tiene las características de un accidente de trabajo porque acaeció por causa o con ocasión del mismo, pues, en su concepto, ello está plenamente demostrado en el proceso no sólo con las pruebas que señala como dejadas de apreciar por el sentenciador, sino también con las que indica como mal apreciadas por éste, por lo cual, concluye, incurrió en manifiesto error de hecho, al no reconocerlo como tal.

Pruebas no estimadas por el Tribunal.—En la transcripción que antes se ha hecho de la parte de la sentencia relacionada con este aspecto que contempla el cargo, aparecen claramente expresadas las razones del **ad-quem** para abstenerse de tomar en cuenta, para la decisión, las declaraciones de Alfredo Rodríguez (fs. 6 a 8) y Lupercio Laguna (fs. 53 a 58 y 94 a 97). Con relación a la primera, el recurrente no desconoce el hecho de que esa declaración no fue ratificada dentro del juicio, simplemente manifiesta que el Tribunal no tuvo un criterio amplio en la apreciación de esta prueba, con olvido de que en materia laboral éste debe ser criterio del juzgador; respecto a la declaración de Lupercio Laguna, dice que el Tribunal critica, no la declaración misma sino el hecho secundario de que el juez comisionado para la ratificación de ese testimonio y contrainterrogar al

testigo, hubiese prescindido de los requisitos de la audiencia pública; manifiesta que debe presumirse que se recibió en audiencia de esta clase, porque no consta lo contrario ni la parte demandada demostró que la ratificación y recepción del testimonio se efectuó en audiencia privada; que la eficacia de la prueba está en la oportunidad que a la contraparte se le dé para controvertirla lo que en este caso se cumplió, como consta a folios 95 a 97 del cuaderno principal, pues el testigo fue contrainterrogado por las demandadas, por medio del juez comisionado. Nada manifiesta para desvirtuar la otra apreciación del sentenciador en relación con esta prueba, consistente en que "el funcionario comisionado dejó de comunicar al comitente el concepto que le hubiera merecido el deponente así como las circunstancias de mayor o menor credibilidad en su testimonio".

En materia laboral, según el artículo 51 del CPT., son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, con las restricciones impuestas por el mismo y por el artículo 55 ibidem para la prueba pericial y para la inspección ocular, respectivamente. Esos medios legales de prueba son los que determinan el Código Civil en el Título 21 del Libro IV y el Código Judicial en el Título 27 del Libro II, según preceptúa el artículo 593, del C. J., en armonía con el 1.757 del C. C. Para que asuman este carácter, están sujetos al cumplimiento de las disposiciones formales o de rito procesal requeridas para su recepción a fin de que puedan ser apreciados por el juzgador al tiempo de señalarles su mérito o valor probatorio.

Por otra parte no pueden echarse en olvido los principios que inspiran el proceso laboral: la oralidad y publicidad, la inmediación, la libre formación del convencimiento son postulados básicos que tienen entre sí una estrecha relación y que presiden la apreciación y valoración de las pruebas. Por esto el Código de procedimietno laboral ordena que, salvo algunos casos de excepción. la práctica de las pruebas se efectúe oralmente y en audiencia pública, so pena de nulidad; que el juez debe practicar personalmente todas las pruebas y que cuando le fuere imposible hacerlo, por razón del lugar, comisionará a otro juez para que las practique, quien tiene igualmente la obligación de recibirlas por sí mismo y de comunicar al comitente su apreciación íntima acerca de ellas, que en el caso de prueba testimonial, consistirá en el concepto que le merezcan los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios, cumpliéndose así el principio de inmediación, que posteriormente facilitará al juzgador la tarea de fijar la convicción judicial dentro de las facultades que le otorga el artículo 61 del C. de P. L. El sistema de la libre formación del convencimiento que establece la norma antes citada para la apreciación de las pruebas, significa que el juez no está sometido a la tarifa legal, como ocurre en el procedimiento civil, sino que opera simplemente la persuasión racional que resulte del análisis de todas las pruebas allegadas al juicio. atendiendo a los principios científicos que informan la crítica de la prueba y a las circuntancias relievantes del pleito y a la conducta observada por las partes. Pero en manera alguna puede entenderse que el juzgador disponga de libertad en lo relativo a la aducción y recepción de las mismas, pues, en este aspecto, debe ceñirse estrictamente a las disposiciones de rito procesal a fin de que puedan considerarse como verdaderos medios legales de prueba.

Sobre el particular y en apoyo de lo anterior, es conveniente transcribir lo expresado por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en diferentes casos, así:

"Para que los testimonios rendidos extrajudicialmente, con intervención de la contraparte, puedan ser tenidos en cuenta por el juez, es menester su ratificación dentro del juicio, a fin de que pueda tener lugar el agotamiento pleno de las posibilidades de infirmación, como las que hacen referencia a la tacha de testigos, así como para que dichos testimonios puedan incorporarse al plenario en audiencia pública ante el juez de la causa, cumpliéndose así el requisito de la inmediación y aun el de la concentración. De otra parte, cuando no se solicita esta ratificación, el tribunal seccional debe ordenarla de oficio, teniendo en cuenta que sus atribuciones de juez del trabajo le obligan a impulsar el proceso y a dirigirlo en procura de la verdad real". (Sentencia 8 de junio de 1954, G. del T., vol. XX, números 115-117, página 67).

"Especialmente en el procedimiento del trabajo, en que rige el principio de inmediación, no basta para la validez del testimonio que se dé a la otra parte la oportunidad de contradecirlo e infirmarlo, sino que es necesaria la intervención del juez en su recepción, de modo que tenga elementos de juicio subjetivo y de apreciación personal, lo que sólo se consigue con la comparecencia del testigo. Otro tanto cabe decir de la ratificación de los testimonios. (Cas. 20 de junio de 1950, G. del T., t. v., número 4152, pág. 508)".

En el caso que se analiza, las declaraciones que

el Tribunal se abstuvo de tomar en cuenta para su decisión, no fueron recibidas con las formalidades requeridas por el Código Procesal del Trabajo, y por tanto no podían tenerse como pruebas y ser objeto de apreciación por el fallador.

Con relación al documento que obra al folio 9º del expediente, que el recurrente señala como no apreciado por el Tribunal, no obstante haber obrado en el juicio "con conocimiento de la parte obligada y de su apoderado" sin objetarlo como falso y al que le atribuye los efectos del artículo 645 del C. J., se observa: el demandante acompañó a su demanda, entre otros documentos, el certificado que obra al folio 9º del cuaderno principal y que dice: "Fábrica de Cemento Samper.—Hospital de la Siberia.—El señor Amaya Luis A. (Manrique - Restrepo) estuvo incapacitado para trabajar por accidente de trabajo durante los días sep. 11 a oct, 15/53. — El Médico (firma ilegible). Forma S-185-A".

Efectivamente, el Tribunal para nada tuvo en cuenta el referido certificado médico que se acaba de transcribir, que aparece impreso en su mayor parte, y al que se le ha agregado, a su contenido tipográfico, el nombre del trabajador y las fechas "sep. 11 a oc. 15 del 53". Dicho documento, o certificado médico —como quiera llamársele— mal podía ser tenido en cuenta por el **ad-quem** al tiempo de resolver o definir el litigio. porque no obstante haberse acompañado a la demanda y obrando en el juicio, no constituye un medio legal de prueba. En efecto no puede asimilarse a declaración de testigo, porque faltan la oralidad y publicidad, la inmediación y el juramento y no fue reconocido dentro del juicio por el respectivo facultativo que lo suscribe; no es confesión. porque no puede tenerse como declaración de parte que cumpla los requisitos y condiciones de que tratan los artículos 603 y siguientes del C. J. por no emanar directamente del patrono obligado ni haberse demostrado que quien lo suscribe es persona que pueda considerarse como representante suyo al tenor del Art. 32 del C. S. T., por ejercer las funciones de dirección o administración, o cosa semejante, con poder suficiente estatutario o legal para comprometer con su dicho a la empresa; finalmente, no reúne las características y modalidades de ninguno de los otros medios probatorios establecidos en el Código Civil (Título 21, Libro IV), ni el Código Judicial (Título 21 del Libro II).

Por otra parte, el hecho del que el referido certificado médico hubiera obrado en los autos con conocimiento de la parte obligada o de su apoderado, acreditaría simplemente su legitimidad por no haber sido objetado o redargüído de falso, pero este hecho no podría tener la virtualidad de convertirlo por sí solo en un medio legal de prueba susceptible de valoración probatoria y de apreciación por el juzgador, ni menos en casación para evidenciar por sí mismo el error que predica el cargo. En efecto, la realidad objetiva del documento o certificado que el médico de la empresa aspiró a reflejar en él, no puede ser otra que la de que el trabajador Luis Alberto Amaya estaba incapacitado para trabajar durante los días comprendidos entre el 11 de septiembre y el 15 de octubre de 1953, pero en manera alguna puede aceptarse ni deducirse de él la existencia y calificación del accidente de que fue víctima el trabajador Amaya, **como un accidente de trabajo**, obligando al juzgador a tenerlo como verdad frente a todo otro medio de convicción y a otorgarle un evidente valor probatorio, pues si bien puede ostentar una autenticidad formal, carece de autenticidad intrínseca porque el empleo de la frase "accidente de trabajo" que allí se utiliza, no sirve para avaluar la verdad que pudiera estimarse por el recurrente, pues el concepto de los hechos y circunstancias en que consiste o se configura un accidente como de trabajo, se reputa como "qoestio juris", que debe deducirse de la existencia de los hechos y circunstancias establecidos en el juicio (qoestio facti). Por lo tanto, con respecto al certificado médico, a que se hace referencia, hay que separar claramente el hecho que él trata de establecer y su recta apreciación; esta facultad de determinación o apreciación forzosamente ha de entregarse a la soberanía del juzgador, máxime si lo que recoge son informes, es decir, en suma **juicios**, técnicos o no. Por lo dicho estima la Corte que por este concepto que se examina, no se configura el error evidente de hecho que trata de deducirse en el cargo.

Considera el recurrente que el Tribunal dejó de apreciar las posiciones rendidas por el señor Ignacio Restrepo Posada, Gerente de la firma "Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Ltda." (fols. 140 a 144) de las cuales deduce la confesión del demandado principal sobre el carácter de accidente de trabajo sufrido por Luis Alberto Amaya. Se examinará este aspecto: consta que en la audiencia de trámite celebrada el 11 de marzo de 1955 el doctor Ignacio Restrepo Posada, gerente de la empresa Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Ltda., absolvió las posiciones que en pliego cerra-

do le formuló la parte demandante. En los siguientes puntos de la expresada diligencia de posiciones, se menciona lo referente al accidente, así: "a la primera pregunta, que dice: '¿Cómo es cierto, sí o no, en fuerza del juramento prestado, doctor Ignacio Restrepo, que el ciudadano Luis Alberto Amaya trabajó al servicio de la empresa, Restrepo, Manrique & Gutiérrez, desde el 21 de mayo de 1953 hasta el 13 de marzo de 1954?'. Contestó: 'Sí es cierto y aclaro: trabajó con la Empresa en una obra que se hacía por administración delegada a la Fábrica de Cemento Samper, así: del 21 de mayo de 1953 hasta el 1º de agosto del mismo año, en obras de trabajo material. Y después quedó figurando **como enfermo o accidentado**". Leída la aprobó. A la quinta pregunta que dice: "¿Cómo es cierto, sí o no, en fuerza del juramento prestado, doctor Ignacio Restrepo Posada, que la empresa 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez', **reconoció el accidente de trabajo sufrido por Siervo Saúl Amaya,** el 1º de agosto de 1953 y que el pago lo hizo la Fábrica de Cemento Samper?'. Contestó: 'Sí es cierto, y aclaro: Que Restrepo, Manrique & Gutiérrez, **reconoció** el accidente de trabajo de Siervo Saúl Amaya; en cuanto al pago de accidente no lo pagó Restrepo, Manrique & Gutiérrez, pero no me consta si el pago ya se hizo y si lo hizo directamente la Fábrica de Cemento Samper". Leída la aprobó. A la undécima pregunta que dice: "¿Cómo es cierto, sí o no, en fuerza del juramento prestado, doctor Ignacio Restrepo Posada, que la Inspección Seccional del Trabajo le hizo saber a usted que 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez' estaba en la obligación de liquidar el sueldo completo de Luis Alberto Amaya a razón del jornal que devengaba Luis Alberto Amaya el propio 1º de agosto de 1953, **día del accidente de trabajo sufrido por Alberto Robayo, Luis Alberto y Siervo Saúl Amaya?'.** Contestó: 'No es cierto y aclaro: que en la Inspección Seccional del Trabajo nos informaron que ellos no podían absolver esa clase de consultas por estar prohibido y nos aclaró que se tenían que hacer por escrito a los Juzgados del Trabajo, en forma personal el Juez nos dio algunas informaciones vagas pero no categóricas, para las liquidaciones de los señores **Alberto Robayo y Siervo Saúl Amaya que sufrieron accidente de trabajo** el día 1º de agosto de 1953. Y para **accidente común del señor Luis Alberto Amaya.** Leída la aprobó. A la décima tercera pregunta que dice: ¿Cómo es cierto, sí o no, en fuerza del juramento prestado, doctor Ignacio Restrepo Posada que usted a nombre de la empresa 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez' **ofreció pagarle a Luis Alberto Amaya, por el accidente de trabajo** y otras prestaciones sociales, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000.00), más o menos el 26 de abril de 1954? Contestó: No es cierto y aclaro: en una ocasión cuya fecha no recuerdo le ofrecí a Luis Alberto Amaya interponer mis influencias para que se diera una suma de dinero de más o menos dos mil pesos ($ 2.000.00) m. l. **no era propiamente para reconocerle el accidente de trabajo** sino una bonificación independiente de la liquidación que se le había hecho de acuerdo con las modificaciones hechas por la Fábrica de Cemento Samper. Leída la aprobó". (Lo subrayado es de la Sala).

De las transcripciones anteriores no aparece la supuesta confesión que alega el recurrente. En efecto, en la respuesta dada a la primera pregunta de las posiciones, el ingeniero Ignacio Restrepo Posada se limitó a decir que después del primero de agosto de 1953, Luis Alberto Amaya figuraba al servicio de Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Ltda. "como enfermo o accidentado"; en la respuesta a la undécima pregunta habla de "accidente común del señor Luis Alberto Amaya"; en la respuesta a la décima tercera pregunta niega igualmente el reconocimiento de accidente de trabajo a Luis Alberto Amaya; en cambio el absolvente sí reconoce en forma explícita el carácter de accidente de trabajo sufrido por **Siervo Saúl Amaya** al responder a las preguntas quinta y undécima. Es claro que son dos personas bien distintas Luis Alberto Amaya y Siervo Saúl Amaya; para este último la empresa demandada reconoció expresamente que sufrió un accidente de trabajo; para el demandante Luis Alberto Amaya, no negó que hubiese sufrido un accidente el 1º de agosto, pero tampoco aceptó y por el contrario rechazó que ese accidente fuese de trabajo. Por lo expuesto, no se configura, por este otro aspecto, el error evidente de hecho que se pretende.

Pruebas mal apreciadas.—El recurrente señala como mal apreciadas por el Tribunal las declaraciones de José Gregorio Vargas Zamudio (folios 78 a 84), de Alberto Robayo (fls. 98 a 102) y de Rodrigo Rivera (fls. 133 a 135), pues considera que de esos testimonios aparece demostrado que Luis Alberto Amaya viajó a Fontibón en su calidad de maestro o inspector de las obras adelantadas por Restrepo, Manrique & Gutiérrez a conseguir unas herramientas necesarias para los trabajos allí adelantados y por orden del Ingeniero Jefe y Gerente de la Empresa demandada principalmente, lo que en su concepto configura el ac-

cidente de que fue víctima en esa ocasión y con esa oportunidad el demandante, como un accidente de trabajo.

Ya se ha visto que el Tribunal no encontró tipificado como de trabajo el referido accidente, por lo cual absolvió a las demandadas del pago de las indemnizaciones que prevé la ley, para estos eventos. La decisión del ad-quem, tiene como soportes no sólo los tres testimonios señalados por el recurrente como mal apreciados, sino que, además, se fundamenta en la propia declaración del demandante Luis Alberto Amaya que rindió ante la Inspección Quinta de Tránsito de Bogotá el 3 de octubre de 1953, que en copia debidamente autenticada obra a folios 247 y 248 del cuaderno principal, prueba que el Tribunal decretó oficiosamente mediante auto proferido en la audiencia pública verificada el 18 de noviembre de 1955, por considerarla de suma importancia "para clarificar el punto principal debatido en la presente litis", y consultando "otro principio de mayor importancia para la justicia de la decisión que se debe proferir, cual es el de la verdad real y no meramente formal", según lo expresado en dicha providencia.

El recurrente, sin embargo, se abstiene de indicar como mal apreciada por el sentenciador la referida declaración de Luis Alberto Amaya, que constituye, como se ha visto, un soporte fundamental de la decisión. De esta forma el cargo por error de hecho resulta incompleto porque el recurrente no podía limitarse a atacar únicamente una parte de las pruebas (los testimonios de Vargas Zamudio, Alberto Robayo y Rodrigo Rivera), porque la decisión del fallador seguirá sustentándose en la otra prueba (declaración de Luis Alberto Amaya) que no ha sido señalada en la demanda de casación, pues los errores alegados es necesario demostrarlos respecto de todas las pruebas consideradas por el sentenciador, y no sólo en cuanto a algunas de ellas.

No obstante lo anterior, la Sala obrando con un criterio de amplitud, después de estudiar el cargo así incompletamente formulado, llega a la conclusión de que no aparece configurado un error de hecho manifiesto en las conclusiones del fallo recurrido, como consecuencia del criterio que tuvo el juzgador para enjuiciar y estimar las pruebas aportadas a los autos, pues considera que el análisis de las mismas, dentro de la libertad de criterio que le otorga la ley para apreciarlas, responde a los principios científicos que informan la crítica y valoración de la prueba, según lo dispuesto por el artículo 61 del CPT. En efecto, el sentenciador en la apreciación que hace de los testimonios de Vargas Zamudio, de Alberto Robayo y de Rodrigo Rivera, no ignora lo que en ellos se expresa, ni les atribuye a los declarantes afirmaciones no hechas por ellos, ni niega el que hicieran determinadas aseveraciones; simplemente concluye después del análisis probatorio que el accidente de que fue víctima Luis Alberto Amaya cuando regresaba de Fontibón en compañía de Siervo Saúl Amaya y Alberto Robayo, es insusceptible de calificarse como de trabajo, desde luego que no le aconteció ni por causa ni con ocasión de las labores que desempeñaba en Siberia para la parte demandada, porque dentro de su libertad de apreciación no halló en esos testimonios una plena convicción sobre la verdad de uno de los hechos fundamentales de la demanda, el indicado como quinto, en donde se afirma que el demandante Luis Alberto Amaya, al servicio de las empresas demandadas, el 1º de agosto de 1953, a eso de las 6½ de la tarde, sufrió un accidente de trabajo, cuando venía de Fontibón de buscar una herramienta de plomería para la ejecución de las obras en que era inspector al servicio de las empresas demandadas. El Tribunal estimó al apreciar la declaración de José Gregorio Vargas Zamudio que lo afirmado por éste "no es que al demandante se le hubiese impartido la orden de conseguir, el sábado 1º de agosto de 1953, en las horas de la tarde una herramienta indispensable para el adelantamiento de las obras de 'Palacio', sino la promesa de esta orden si Siervo Saúl Amaya no lograba conseguirla el viernes 31 de julio, llegando a la conclusión de que tal orden nunca le fue impartida a Luis Alberto Amaya".

Sobre el particular, en su declaración el testigo José Gregorio Vargas Zamudio, a folios 80 del expediente, se expresa, así: "'Preguntado. ¿Le consta a usted o tuvo conocimiento que durante el tiempo en que Luis Alberto Amaya prestó servicios a la Compañía Restrepo, Manrique & Gutiérrez, sufrió un accidente de trabajo en el que se ocasionó algunas lesiones, y en caso afirmativo sírvase explicar cómo ocurrió? Contestó. Yo el accidente no lo presencié y no me consta cómo ocurrió. El día viernes último del mes de julio de 1953 estuvo el doctor Ignacio Restrepo, el Ingeniero encargado de la construcción del acueducto en 'Palacio', en las obras que allí se adelantaban, y le dio orden al compañero de trabajo Siervo Saúl Amaya de que se viniera para Bogotá con él esa tarde para conseguir unas herramientas que se necesitaban para el trabajo de plomería del acueducto que consistía en unas llaves y una ta-

rraja; también le dijo al señor Luis Alberto Amaya que si no conseguía esas herramientas ese día Siervo Saúl Amaya entonces el sábado que bajaba el señor Luis Alberto Amaya, le extendía una orden para que fuera a conseguirlas a Fontibón, que se las prestaban, no recuerdo el apellido de la persona que tenía esas herramientas. Ese sábado, 1º de agosto de 1953, me vine en la volqueta de la Compañía que conducía todos los sábados los trabajadores de las obras adelantadas en Palacio de aquel sitio a Bogotá, y en esa volqueta también viajó Luis Alberto Amaya. Yo me desmonté en la calle 74 con carrera 24 y continuaron hacia el centro, viniendo en la volqueta todavía Amaya". Más adelante aparece: "Diga usted si le consta directa y personalmente, por haber presenciado, que el doctor Ignacio Restrepo haya ordenado a Luis Alberto Amaya trasladarse a Fontibón a conseguir las herramientas que se hacían necesarias para los trabajos de plomería en el acueducto. Contestó: Sí señor, por estar presente, cuando almorzábamos me consta que el doctor Ignacio Restrepo le dijo a Luis Alberto Amaya que si el sábado cuando bajara del páramo no se habían conseguido esas herramientas entonces le daban una orden para que bajara él mismo a Fontibón a conseguirlas. Yo no supe si al día siguiente le darían la orden a Luis Alberto Amaya...". "Preguntado: Sírvase decir en atención a que usted dice haber presenciado la orden impartida por el doctor Ignacio Restrepo a Amaya de conseguir él (Luis Alberto) las herramientas en caso de que no las hubiera conseguido Saúl Amaya, orden que usted afirma que se dio mientras almorzaba, cuál era el sitio de reunión para saber si había o no conseguido las herramientas? Contestó: **Esas herramientas las debía de conseguir Siervo Saúl Amaya el viernes en la tarde o el sábado en la mañana,** mejor dicho, **tenía que conseguirlas.** El sábado yo no supe que se hubieran conseguido esas herramientas. Yo no oí que ellos acordaran sitio de reunión para que Luis Alberto Amaya recibiera la orden de conseguir las herramientas, pues ellos ese día viernes se quedaron en la oficina y yo me fui a trabajar".

Respecto a las declaraciones de Alberto Robayo y Rodrigo Rivera, el Tribunal en su análisis encontró que armonizaban perfectamente con la posición asumida por la parte demandada, que en todo el proceso ha desconocido el hecho de que se le hubiese impartido la orden a Luis Alberto Amaya para conseguir las herramientas que la empresa necesitaba, afirmando que dicha orden se le impartió a Siervo Saúl Amaya, y que en forma ocasional al encontrarse Luis Alberto Amaya con Siervo Saúl en el sitio de Puente Aranda, aceptó la "invitación" que éste le hiciera para que los acompañara a Fontibón. Sobre el particular el testigo Alberto Robayo en su declaración que obra al folio 98 del expediente, se expresa así: "Preguntado: Sírvase decir si es verdad que el sábado 1º de agosto de 1953, el doctor Ignacio Restrepo Posada le dio a usted orden de conducir en un volquete de propiedad de la firma Restrepo, Manriqué & Gutiérrez Ltda., hasta la población de Fontibón, al señor Siervo Saúl Amaya, quien debía recibir allí una herramienta destinada a las obras de la Fábrica de Cementos Samper, en la región de Palacio? Contestó. Sí señor, sí es verdad. Preguntado: Sírvase decir si antes de dirigirse hacia Fontibón con Siervo Saúl Amaya, ustedes reclamaron en las oficinas de la misma firma Restrepo, Manrique & Gutiérrez Ltda., una orden escrita para que la citada herramienta le fuera entregada a Siervo Saúl Amaya? Contestó: El doctor Restrepo nos dio orden verbalmente para reclamar esa orden donde Pizano Hernández; de ahí la retiró Antonio Caicedo y se la entregó a Siervo Saúl Amaya"... "Preguntado: Sírvase decir, si usted y Siervo Saúl Amaya tenían una cita para encontrarse ese día en Puente Aranda con Luis Alberto Amaya, o si por el contrario el encuentro de usted con este señor fue puramente casual? Contestó: Con Luis Alberto Amaya bajaba en la volqueta de la Compañía y al yo llegar a Puente Aranda encontré la volqueta ahí estacionada, le pagué al chofer de dicha volqueta y al celador, pero yo de mi parte no tenía cita con el señor Luis Alberto Amaya ni tampoco oí decir a Siervo Saúl que tuviera cita con Luis Alberto Amaya...". "Preguntado: Sírvase decir si al salir Luis Alberto Amaya, su primo Siervo Saúl Amaya que estaba dentro del pick-up, le mostró la carta que llevaba para que le entregaran la herramienta en Fontibón y entonces Luis Alberto Amaya la leyó y qué hizo después de eso? Contestó: Siervo Saúl Amaya le mostró la carta a Luis Alberto y le dijo que fuera a mirar la herramienta, Siervo Saúl lo invitó a Luis Alberto Amaya que fuera a mirar la herramienta a un campamento que queda abajo de Fontibón, campamento de Pizano Hernández" ..... "Preguntado por el Juzgado: Diga usted si le consta o tiene conocimiento de que el día sábado 1º de agosto de 1953 Luis Alberto Amaya, en su condición de empleado de la Compañía Restrepo, Manrique & Gutiérrez Ltda.. se trasladara a un campamento situado en el Municipio de Fontibón, en los alrededo-

res de aquella población, con el objeto de conseguir algunas herramientas, agregando todo cuanto al respecto sepa? Contestó: El se trasladó de ese sitio de Puente Aranda donde yo lo encontré, por invitación que le hizo Siervo Saúl Amaya al mostrarle la carta que llevaba para el Celador del Campamento ese que se llama 'Jericó', pero yo no sé quién tenía la orden de ir a reclamar las herramientas pero creo que Siervo Saúl por haberla entregado a él desde por la mañana. Preguntado: Sírvase usted decir si tuvo conocimiento de que alguna persona, empleada de la Compañía mencionada, diera orden a Luis Alberto Amaya para que se trasladara al campamento de Jericó, en esa fecha anteriormente indicada, a reclamar las herramientas de que usted habla? Contestó: Fuera de la invitación que le hizo Siervo Saúl Amaya no me consta ninguna otra. Preguntado: Sírvase decir si cuando a ustedes les fue entregada a las 10 de la mañana en la oficina de la firma Pizano Hernández, la autorización para reclamar en Fontibón la herramienta de que se trata, se les ordenó buscar a Luis Alberto Amaya para entregarle a éste esa orden y conducirlo con ella a Fontibón? Contestó: la única orden que yo tenía como chofer del carro era conducir a Siervo Saúl Amaya a traer la herramienta. Preguntado: Sírvase decir si Siervo Saúl Amaya al recibir donde Pizano Hernández la mencionada carta de autorización, le dijo a usted que era preciso buscar a Luis Alberto Amaya para llevarlo con ustedes a Fontibón, pues era Luis Alberto Amaya el encargado de recibir la herramienta? Contestó: Siervo Saúl Amaya a mí no me dijo nada de que lo buscara, sino que al llegar a Puente Aranda y al tiempo de pagarle al chofer, allí lo encontramos".

Por su parte, el testigo Rodrigo Rivera, en su declaración que obra a folios 3 a 5 del expediente y en la ampliación de la misma (fls. 133 a 135), se expresa así: "El día 1º de agosto de 1953 a eso de las cinco de la tarde, me encontraba junto con el señor Luis Alberto Amaya en el sitio de 'Puente Aranda' de esta ciudad cuando iba a llevar en calidad de chofer de la volqueta de la firma 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez Ltda.' a la casa al citado Amaya. En esa hora llegaron en una camioneta de la empresa Alberto Robayo quien iba manejándola, y el señor Siervo Saúl Amaya, ambos trabajadores de la empresa. Alberto Amaya se acercó a la camioneta que acababa de llegar y se subió a la cabina y ví que uno de los dos —Robayo o Siervo Saúl— le entregó a Alberto una carta. Yo continué en esos momentos dentro de la tienda en que nos encontrábamos con Alberto y no pude darme cuenta ni informarme sobre el contenido de la carta que le entregaban. A continuación Luis Alberto Amaya me dijo que me fuera a guardar la volqueta, pues se iba en la otra para Fontibón a traer para Siberia unas herramientas. Al punto quinto contestó: Es cierto que ese día 1º de agosto de 1953 a eso de las cinco de la tarde yo iba manejando la volqueta de propiedad de la firma 'Restrepo, Manrique, Gutiérrez', y en ella viajaban los trabajadores de la citada firma, señores Luis Alberto Amaya, Lupercio Laguna y Alfredo Rodríguez, quienes iban para sus casas". Al folio 134 se expresa así: "Sí es verdad que el día 1º de agosto de 1953 entre los trabajadores que venían conmigo de 'Palacio' viajaba José Gregorio Vargas a quien dejé en la calle 74 de Bogotá. Lo dejé ahí más o menos a las tres de la tarde. Llegué con Luis Alberto Amaya y Lupercio Laguna a Puente Aranda, más o menos a las cinco de la tarde ese mismo día. Luis Alberto Amaya no me dijo que tenía que estar en Puente Aranda a hora determinada, pues no hablamos de eso. Tampoco me dijo que tenía cita ninguna con Alberto Robayo. En Puente Aranda nos demoramos más o menos un cuarto de hora. En Puente Aranda estuvimos buscando al campamentero para que me pagara. Cuando llegó Luis Alberto Robayo nos tomamos una cerveza. Allí llegaron con una carta pero no supe quién la entregó ni quién la recibió. La traía Luis Alberto Robayo. Luis Alberto Amaya la tuvo en la mano y no me dí cuenta a quién se la devolvió. En la charla de ellos supe que se iban a conseguir una herramienta a Fontibón; como yo tenía que llevar a la casa a Luis Alberto Amaya y éste me dijo que se iba para Fontibón en la camioneta, yo me fui a guardar la volqueta. Yo lo estaba esperando a que terminara de conversar con sus amigos para llevarlo a su casa en Techo, pero Amaya me dijo, como ya lo he expresado, que se iba para Fontibón.

Del estudio y análisis de los testimonios que se han transcrito, en lo pertinente, y a los cuales se refiere el impugnador, no resulta configurado el error de hecho que el cargo predica, ni menos se ostenta con caracteres de grave y notorio en forma que a simple vista se imponga a la mente, sin mayor esfuerzo ni raciocinio, ni aparece de tal magnitud que la decisión del juzgador resulte absolutamente contraria a la evidencia del proceso. No prospera el cargo.

Finalmente, observa la Sala que la proposición jurídica que contempla el cargo es incompleta, pues el recurrente se limitó a indicar como norma sustantiva laboral violada por la sentencia, el

artículo 199 del C. S. T., que define lo que se entiende por accidente de trabajo, pero sin señalar expresamente las otras normas sustantivas que consagran las prestaciones por accidentes de trabajo. En el cargo se expresó que, "el Tribunal Seccional violó los artículos 199, y siguientes y concordantes del Código Sustantivo del Trabajo" por los motivos que allí se determinan; sobre esta forma irregular, la jurisprudencia ha sostenido que no es admisible en casación citar el precepto de una ley como infringido y sus "concordantes" sino que es indispensable concretar el texto de cada norma que se considere violada, para que el cargo sea estimable.

Por todo lo expuesto no prospera el llamado primer cargo.

Segundo cargo. — Acusa violación de los artículos 309, 310, 311 y 312 del C. S. T., por los mismos conceptos expresados en el cargo anterior, o sea, por infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea y por error de hecho, motivos estos que, aunque en forma deficiente, expone y analiza separadamente. Dentro de este segundo cargo, el recurrente acusa también como violado el artículo 1º del decreto 616 de 1954 y los artículos 47 y 306 del C. S. T., por idénticos conceptos.

Se examinará este cargo o grupo de cargos en el orden en que los presenta el recurrente, pero estudiando conjuntamente lo referente a los extremos de cesantía y vacaciones y en otro grupo lo relativo a preaviso y plazo presuntivo y finalmente lo que se relaciona con la violación del artículo 306 del C. S. T., sobre prima de servicios.

Infracción directa. — El recurrente manifiesta: el artículo 309 del C. S. T., expresa claramente que se entiende por obras o actividades de construcción las que tienen por objeto construír cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción; es lógico que si Luis Alberto Amaya estuvo trabajando, como sí lo estuvo, en la construcción de campamentos para alojar trabajadores, estuvo construyendo casas o edificios, de donde deduce que fue trabajador de construcción dentro del concepto del precepto citado y para los efectos de los artículos 310, 311 y 312 ibidem.

Aplicación indebida. — Manifiesta que "se desvió la letra y la fuerza de esas disposiciones citadas y transcritas, cuando se leyó en ellas por el H. Tribunal que esas construcciones de casas o edificios para alojar personal no estaban comprendidas en el artículo 309 del C. S. T."

Interpretación errónea. — "Por iguales motivos fueron interpretados erróneamente los artículos 309 y siguientes del C. S. T.

Se considera:

El Tribunal, para dilucidar el punto referente a si el demandante Luis Alberto Amaya podía o no considerarse como trabajador de la construcción, expresó lo siguiente:

"A este fin conviene aclarar, de una vez, que él, a juicio de la Corporación, no vinculó sus servicios a 'obras o actividades de construcción'. Recuérdese, sobre este punto, que la ley entiende por tales 'las que tienen por objeto construír cualquier clase de casas o edificios y las inherentes a esa construcción'. Para calificar, pues, una obra o actividad debe atenderse, en modo importante, a su finalidad. Pero también a su unidad de conjunto. Así, por ejemplo, si ella no tiende a la hechura de casas o edificios, sin embargo de lo cual, por necesidad, se inicia con la hechura de una casa, que bien puede ser un campamento, hay que distinguir si para esta labor previa se utiliza un personal especial y distinto del que después se destina a lograr el resultado final o si, por el contrario, el personal que se engancha tanto para la labor previa como para la que en verdad se persigue es uno mismo. En el primer caso el personal destinado a la labor previa de hechura de casa debe gozar del tratamiento que el C. S. del T. reserva para los 'trabajadores de la construcción', ya que, en esas condiciones, no es dable hablar de una sola obra sino de dos, mas no así en el segundo, en que la actividad es insusceptible de ser dividida conceptualmente, por lo cual, para calificarla, debe estarse, con exclusividad, a su fin último.

"En el caso **sub-judice,** según lo demuestran todas las pruebas pertinentes, Luis Alberto Amaya fue contratado por 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada' como Inspector de una 'obra de acueducto'. Es verdad que antes de iniciar propiamente esta obra, dicha sociedad se vio precisada, por la lejanía del sitio en que se adelantó, a acometer la hechura de un campamento para alojar al personal de trabajadores y de un casino para los ingenieros y que en esta actividad colaboró el demandante. Pero también lo es que él colaboró asimismo en la restante sin solución de continuidad, al igual que el resto de sus compañeros de trabajo. Por ello, según quedó expli-

cado, no se le puede considerar como 'trabajador de la construcción'."

Precisa recordar que por los motivos de violación directa de la ley, que señala el recurrente, como es bien sabido, solo corresponde a la Corte estudiar una cuestión puramente legal, pues los hechos deben tenerse por admitidos tales como los encontró comprobados el Tribunal; se trata de saber únicamente si en presencia de esos hechos hubo o no, por parte del **ad-quem**, quebrantamiento de las disposiciones legales que contemplan los cargos, sin consideración ninguna a los aspectos relacionados con la apreciación de las pruebas referentes a los mismos. Según se observa de la parte de la sentencia transcrita anteriormente, la decisión del Tribunal no aparece sustentarse en una negación o desconocimiento de los principios que consagran los artículos 309, 310, 311 y 312 del C. S. del T., el primero de los cuales define lo que se entiende por obras o actividades de construcción, el segundo y tercero que establecen las prestaciones especiales a los trabajadores comprendidos en esa actividad laboral, por lo que hace a cesantía, vacaciones y asistencia médica, y el último, que determina los derechos por los que deben responder las empresas constructoras; tampoco resulta que se haya hecho aplicación de esas reglas jurídicas a un hecho probado pero no regulado por ellas o que se haya aplicado al que encontró establecido el sentenciador en forma de llegar a consecuencias jurídicas contrarias a las queridas por la ley; menos se ostenta que el fallo acusado le haya atribuído a las disposiciones legales invocadas una significación o alcance que no les corresponde. El Tribunal al inquirir el sentido del artículo 309 del C. S. del T. hace un análisis jurídico para decidir cuál es el pensamiento latente en esa norma, para aplicarla con rectitud, sin que aparezca de relieve insuficiencia en el juicio o exceso al formularlo, ni desconocimiento de los principios interpretativos que ofrece nuestro derecho, pues con buena lógica dedujo que para determinar el objeto que caracteriza lo que debe entenderse "por obras o actividades de construcción" según definición contenida en esa norma, debe atenderse de modo importante a su finalidad, pero también a su unidad de conjunto, para poder efectuar la calificación que corresponda en cada caso. Así concluyó que en la relación que vinculó al demandante con las Empresas demandadas, si se atendía no solo a la finalidad sino también al conjunto de las actividades que le correspondía desarrollar y para las cuales había sido contratado, no podía calificarse como de "construcción". La decisión del Tribunal resulta de los hechos que encontró establecidos por el análisis de las pruebas que en relación con los trabajos desempeñados por Luis Alberto Amaya se adujeron al juicio. De tal manera que la violación de los referidos textos legales, si existiera, solo podría ser indirecta, proveniente de apreciación errónea o de falta de apreciación de las pruebas que contempla otro aspecto de este cargo, y que se estudiará en seguida.

Error de hecho. — Dice el demandante que el Tribunal incurrió en error de hecho al dejar de apreciar o al apreciar mal las declaraciones de José Gregorio Vargas, del doctor Francisco Manrique y las posiciones absueltas por el doctor Ignacio Restrepo Posada, Gerente de la Sociedad Restrepo Manrique & Gutiérrez Ltda. Al efecto, transcribe algunos apartes de esas pruebas, para concluír que de ellas se deduce, que la actividad a que estuvo dedicado Luis Alberto Amaya al servicio de las empresas demandadas configura su calidad de trabajador de la construcción que no fue apreciada o lo fue muy mal por el Tribunal, incurriendo en error de hecho.

Se considera:

El **ad-quem** en el fallo recurrido no desconoce el hecho acreditado de que el demandante desarrolló algunas actividades tendientes a acometer la hechura de un campamento para alojar al personal de trabajadores y de un casino para los ingenieros, pero estimó de acuerdo con las pruebas aducidas, que ésta fue una labor previa, que debió emprender inicialmente la sociedad Restrepo, Manrique & Gutiérrez Ltda. motivada por la lejanía del sitio en que se adelantaban las obras, e indispensable para facilitar la ejecución de las encaminadas a obtener suministro de agua para el uso industrial requerido por la Fábrica de Cementos Samper, es decir, consideró las primeras como medio para la realización del fin, que era la construcción del acueducto y no el de casas o edificios. Encontró igualmente demostrado que Amaya y el resto de sus compañeros, cumplida la labor previa de construcción del campamento y del casino se ocupó sin solución de continuidad en las actividades tendientes al objeto para el cual se le contrató, que no fué otro que el de la construcción del citado acueducto.

Al efecto, el testigo José Gregorio Vargas, en su declaración que obra al folio 79 y siguientes, expresó: "Me consta que Luis Alberto Amaya

fué contratado por la compañía Restrepo, Manrique y Gutiérrez como inspector general de las obras que adelantaba en el sitio denominado 'Palacio' distante a unos 28 kilómetros de La Calera, obras que consistían en hacer el campamento para los trabajadores y el campamento se componía de unos 18 metros de largo por 6 de ancho construído en madera y teja de eternit. Eso fue en el mes de mayo de 1953 y yo fuí contratado por el señor Amaya para trabajar en esas obras como albañil y mampostero, más o menos del 20 al 22 de mayo de 1953. Más o menos se emplearon de 20 a 30 días en la construcción de ese campamento y constaba de oficina para el inspector de las obras y también el ingeniero cuando iba, dormitorio para el inspector y los obreros de albañilería y mampostería, éramos tres, cocina con estufa y dormitorio para los obreros que se dedicaban a la construcción del camino por el cual iban a conducir los materiales destinados a la construcción de tanques para acueductos y caseta para bombas del mismo acueducto. Siendo terminado el campamento nos dedicamos a las obras de construcción de los tanques para el acueducto y el señor Amaya continuó al frente de esas obras y era quien dirigía los trabajos, nos daba las indicaciones y las medidas correspondientes a la construcción de los tanques y casetas". Más adelante, al preguntársele si cuando él ingresó al servicio de la sociedad demandada ya se habían iniciado las obras del acueducto y las del campamento contestó: "No señor no se habían iniciado y nosotros llegamos a iniciarlas. Como no había campamento viajábamos todos los días de Bogotá a Palacio, saliendo en la mañana y regresando en la tarde. Lo primero que se hizo fue el campamento. Preguntado. Sírvase decir cuánto tiempo se empleó por Manrique & Gutiérrez en la construcción del acueducto, contestó: Más o menos tres meses. Se principió el 25 de mayo y se terminó por ahí entre el 8 al 10 de septiembre. Preguntado. Los campamentos tenían por objeto alojar a los trabajadores de qué? Contestó. A los del acueducto".

Por su parte el señor Francisco José Manrique, en su declaración que obra a folios 147 a 149, refiriéndose a las obras en las cuales había prestado sus servicios Luis Alberto Amaya, expresó: "Efectivamente las obras en mención eran con el objeto de suministrar agua por medio de un acueducto para la explotación industrial de las plantas de trituración de caliza en dicho sitio, y en ningún caso se relacionaron con construcción de casas o edificios para habitación; el fin pues, de dichas obras fue netamente industrial". Más adelante al responder a una pregunta formulada por el apoderado de la parte actora de si en dichas obras se trabajó también en la construcción del alojamiento para los ingenieros, lo mismo que casetas para el Casino, contestó: "Como toda obra de esta naturaleza y más en éstas en particular que por estar alejada de cualquier centro poblado no había facilidades para alojar al personal, se construyeron campamentos con dicho objeto". Preguntado si Luis Alberto Amaya trabajó en la construcción de los referidos campamentos, contestó: "En su calidad de capataz de la obra de acueducto y por consiguiente como persona de confianza el señor Amaya, necesariamente tuvo que ver con la obra de campamento mientras se iniciaban los trabajos del acueducto propiamente dicho".

En igual sentido se expresó el Ingeniero Ignacio Restrepo Posada al absolver el pliego de posiciones que le fue sometido por la parte demandante. Al folio 140 del expediente, consta lo siguiente: "Preguntado. Cómo es cierto sí o nó, en fuerza del juramento prestado, doctor Ignacio Restrepo Posada, que Luis Alberto Amaya desempeñó para Restrepo Manrique y Gutiérrez y Fábrica de Cemento Samper labores de construcción de campamentos para alojar personal destinado a construír a su vez, tanques, acueductos y casas de ingenieros en Siberia (Palacio)? Contestó. 'No es cierto y aclaro: construyó campamentos en madera para alojar el personal de la construcción de tanques y acueducto' ".

El propio demandante Luis Alberto Amaya al absolver las posiciones que le formuló la parte demandada, se expresó así: "Diga si es verdad que en las obras en que usted trabajó en el lugar llamado 'Palacio', del Municipio de La Calera, sus labores consistieron en la construcción de tanques de almacenamiento de agua, captación de aguas (bocatomas), colocación de tuberías para la conducción de aguas y otras labores accesorias a las expresadas encaminadas todas ellas, en forma exclusiva, a obtener suministro de agua para uso industrial de las trituradoras de caliza de la fábrica de Cemento Samper? Contestó: Es cierto y aclaro que también tracé los campamentos para las casas de los ingenieros y el casino y sondié el terreno para la construcción de los edificios para las trituradoras".

De los citados testimonios y de la propia confesión del demandante resulta, sin lugar a dudas, que el objeto de las labores desempeñadas por Luis Alberto Amaya en Palacio, al servicio de la

compañía demandada, no fue la construcción de casas o edificios, sino la realización de una obra tendiente a suministrar agua a la máquina trituradora de calizas de la fábrica de Cemento Samper; que la construcción del campamento y del casino destinados a alojar a los obreros y empleados de la construcción del acueducto, no constituyeron el objeto principal, sino que, por el contrario, fueron obras preparatorias para realizar las actividades cuyo fin no era otro que el de la construcción del acueducto; y que tanto el demandante como sus compañeros de trabajo, ejecutada la primera parte de esas obras preparatorias, prosiguieron, sin solución de continuidad, desarrollando sus actividades en la construcción del acueducto que era el objetivo fundamental de la labor para la cual había sido contratado el demandante Amaya. No se configura el error de hecho evidente. No prospera el cargo.

Cesantía y vacaciones. — Por los mismos motivos expresados y analizados anteriormente, acusa la sentencia por violación de los artículos "309 del C. S. del T.", con los cuales persigue se modifique la condena del Tribunal en lo referente al extremo de cesantía, para que ésta le sea reconocida al demandante en cuantía mayor a la decretada en el fallo, por tratarse de un trabajador de la construcción, y para que por las mismas razones se haga el reconocimiento de lo que se le adeuda por vacaciones. Dice, que dá por reproducidos los argumentos hechos con anterioridad a este respecto.

Se estudia.

El sentenciador, por lo que hace al extremo de cesantía reconoció la que correspondía al demandante dentro del régimen ordinario de prestaciones a que están obligados los patronos, y el mismo criterio lo aplicó para negar lo referente a vacaciones, al estimar que a Luis Alberto Amaya no le era aplicable el régimen de excepción contenido en el artículo 310 del C. S. del T. pues consideró que no se le podía calificar como un trabajador de obras o actividades de construcción. No habiendo prosperado el cargo anterior en que el demandante recurrente impugnó la sentencia por violación del artículo 309 de la obra citada, se hace innecesario el estudio de estos nuevos aspectos del mismo que tienen en él su fundamento. No prosperan los cargos.

Preaviso y contrato presuntivo del trabajo. — En este segundo cargo, el recurrente acusa la sentencia como violatoria del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 y el artículo 47 del C. S. del T. por infracción directa, interpretación errónea y error de hecho, que se estudiarán en conjunto.

Manifiesta que hubo infracción directa del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 "por cuanto en parte alguna aparece la cláusula que faculte a las partes para dar por terminado el contrato en cualquier tiempo". Agrega que "hubo error de hecho en relación con este artículo porque todas las declaraciones que obran en autos y las confesiones del Gerente y las de los socios de las empresas demandadas concuerdan en afirmar que Luis Alberto Amaya trabajó para tales empresas. Esas confesiones y esas declaraciones no fueron apreciadas o fueron apreciadas mal por la sentencia que acuso". El recurrente no desarrolla el cargo que enuncia de violación del citado artículo 1º del Decreto 616 de 1954 por el motivo de "interpretación errónea".

En cuanto a la violación del artículo 47 del CST. dice: que la sentencia del Tribunal no condenó al pago de indemnización por ruptura unilateral del contrato "sin embargo de que, 'como no hubo contrato escrito entre las partes, la duración de ese contrato fue por seis meses renovables' ". Que esta disposición fue violada por infracción directa, por interpretación errónea y por error de hecho.

Agrega: "La infracción directa estriba en que se pase por encima de ella a pesar de su claridad. La interpretación errónea en creer el Tribunal que no era el caso de darle aplicación. - El error de hecho, en que la parte demandada no niega la relación laboral, ni la subordinación, ni el salario pagado a Luis Alberto Amaya. Hay también testimonios plurales ya citados que dan fe de ese contrato de trabajo. Como la sentencia no apreció ese haz de pruebas cometió error de hecho y debe ser casada también en esa parte".

Se considera:

Observa la Sala que los cargos que se estudian no se atemperan a la técnica de casación ni al formulismo exigido por la ley y, además, el desarrollo de los mismos está realizado de manera harto deficiente que imposibilita el verificar su análisis y estudio. Sin embargo procediendo con un criterio de amplitud como lo ha venido haciendo al verificar el examen de la mayor parte de los cargos que contempla esta demanda, continúa el estudio de la impugnación por violación de las normas indicadas anteriormente.

El Tribunal, en relación con los extremos de preaviso y lucro cesante, dijo: "Por último si se toma razón de que Luis Alberto Amaya fue con-

tratado para la ejecución de una obra determinada (acueducto de Siberia), de que, en consecuencia, el término de duración de su vínculo jurídico-laboral estaba determinado por el de esa obra y de que ésta finalizó totalmente en 31 de octubre de 1953, como depone Francisco José Manrique (fojas 147 a 149), bien se colige que carece de derecho para reclamar lucro cesante y preaviso, desde luego que en la fecha últimamente mencionada expiró su contrato de trabajo por ministerio de la ley. Esto no obstante la nota de folio 17 del expediente, que no puede tener, en sana lógica, otro significado que el de hacerle saber (no pre-avisarle) que habían finalizado: a) La obra de 'Palacio'; b) su contrato de trabajo, por lo consiguiente; y c) la asistencia médica y quirúrgica, además, y que, por todo lo cual ninguna relación podía subsistir entre 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez Ltda.' y él".

Según se desprende de lo transcrito, el sentenciador dio por establecido que desde el 31 de octubre de 1953 se terminó el contrato de trabajo existente entre Luis Alberto Amaya y las empresas demandadas, por ministerio de la ley, por estimar que el demandante había sido contratado para la ejecución de una obra determinada, que lo era el acueducto de Siberia, obra que se terminó en la fecha indicada. Aceptados esos hechos por el juzgador, era lógico que habiendo terminado el contrato por una causa legal, no podía condenar a la demandada al pago de indemnización por lucro cesante como resultado de una supuesta ruptura unilateral e ilegal del contrato; ni menos podía pronunciar la condena sobre pago de 45 días de salario por prescindir del preaviso, ya que el hecho que aceptó demostrado fue el de la expiración legal del contrato por terminación de la obra para cuya ejecución había sido contratado el demandante. Si la duración del contrato de trabajo celebrado entre Amaya y las sociedades demandadas, resultaba de la naturaleza de la obra por ejecutar, no era posible dar aplicación al art. 47 del CST. para fijarle a ese contrato un plazo presuntivo de seis meses. Además, las demandadas en ningún momento alegaron como causa para la terminación del contrato el uso de la cláusula de reserva, ni hay constancia de que ésta se hubiera estipulado legalmente. No aparecen configuradas las violaciones directas de las disposiciones legales invocadas por el recurrente. En cuanto a la violación indirecta de las mismas, como consecuencia de errores de hecho, el recurrente no los demuestra ni señala en forma concreta las piezas o pruebas dejadas de apreciar o que fueron erróneamente apreciadas por el sentenciador. Por lo demás, en cuanto se refiere el cargo al extremo del lucro cesante, la proposición jurídica fue incompleta, porque aun suponiendo violación del artículo 47 del CST., el recurrente se abstuvo de indicar como violado el artículo 64 ibidem que consagra la indemnización correspondiente en los casos en que opera la condición resolutoria tácita que va envuelta en todo contrato de trabajo. Por lo expuesto no prosperan los cargos.

Prima de servicios.—Acusa finalmente la sentencia de ser violatoria del artículo 306 del CST., por infracción directa y por error de hecho. El primer motivo de violación de esa norma, lo sustenta así: "Fue violado por infracción directa ese artículo porque no obstante su meridiana claridad no lo tuvo en cuenta el fallador".

Se estudia:

El Tribunal dio por establecido que Luis Alberto Amaya trabajó efectivamente al servicio de Restrepo, Manrique y Gutiérrez Ltda., desde el 21 de mayo de 1953 hasta el 1º de agosto del mismo año, ya que de esta fecha en adelante su contrato estuvo suspendido por fuerza mayor o caso fortuito. De ahí que al estudiar lo relacionado con el extremo referente al pago de la prima de servicios expresó que no había lugar a acoger tal petición. El artículo 306 del CST. establece a cargo de las empresas de carácter permanente la obligación de pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, una prestación especial denominada prima de servicios, regulada en cuanto a su cuantía según el capital de las empresas. Pero en los casos previstos en los literales a) y b) de esa norma, condiciona ese derecho en forma de hacerlo efectivo únicamente a quienes hubieren trabajado o trabajaren todo el respectivo semestre, para obtener el máximo de esa prima, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y con la condición de que el despido no haya sido por justa causa. Es decir, este derecho se consagra en forma condicional y proporcional en su cuantía a quienes hayan trabajado períodos de tres meses o más dentro del semestre. Ahora bien: si el Tribunal dio por demostrado que Luis Alberto Amaya sólo trabajó efectivamente desde el 21 de mayo hasta el 1º de agosto de 1953, es decir durante dos meses y once días, no puede considerarse que hubiera infringido directamente el artículo 306 de la obra citada porque no lo aplicó a un hecho inexis-

tente, cual era el de que el demandante hubiese trabajado tres o más meses en el respectivo semestre. Por este motivo que se deja analizado, no prospera el cargo.

Con relación al otro aspecto que plantea, dice el recurrente: "Cometió el Tribunal **error de hecho de esta disposición** porque a pesar de no haberse demostrado que las empresas demandadas tuvieran capital de doscientos mil pesos ($ 200.000.00) no fueron condenadas a la prima de servicios. Cometió el Tribunal error de hecho al no condenar al pago de la prima de servicios, porque apreció mal o no apreció todas las pruebas que obran en autos en el sentido de que Luis Alberto Amaya trabajó más de tres (3) meses al servicio de las empresas demandadas".

Se estudia:

El cargo en la forma como está presentado, adolece de notorias deficiencias no sólo de técnica sino también legales. En efecto, observa la Sala que el error de hecho es simplemente un medio por el cual puede llegarse a la violación indirecta de una norma legal sustantiva, por aplicación indebida como consecuencia de una errónea apreciación o de la no apreciación de los elementos probatorios. Por tanto, la violación de una norma por esta vía indirecta sólo puede tener ocurrencia en el caso de dar por establecido un hecho sin estarlo, o de negar su existencia, existiendo como consecuencia de la falta de apreciación o de la apreciación errónea de las pruebas, pero en manera alguna puede predicarse este error de la norma misma que se considera violada, como pretende el recurrente. Por lo demás, la falta en que incurre el impugnante al no señalar las pruebas que considera como mal apreciadas, no apreciadas, y la no demostración del error que supone, impiden que la Corte se detenga más en el estudio de este cargo que, por lo tanto no prospera.

El recurso de las Empresas

Busca que la sentencia impugnada sea casada parcialmente "particular y exclusivamente los apartes o literales a), b) y c) del numeral 1º de la parte resolutiva".

La acusa de ser violatoria de la ley sustantiva por "infracción indirecta" de los artículos 65, 127, 134, 138 y 249 del CST., derivada de error de hecho consistente en la apreciación errónea en la falta de apreciación de las pruebas que señala en cada una de las tres partes en que divide este cargo, el que se estudiará en el mismo orden en que lo presenta el recurrente.

Parte primera.—Violación del artículo 249 del CST. a consecuencia de error de hecho consistente en la apreciación errónea del recibo o documento que obra al folio 51 del expediente.

Desarrolla esta primera parte manifestando que, en el recibo que obra al folio 51 del cuaderno principal, otorgado por el demandante Luis Alberto Amaya en favor de una de las sociedades demandadas, consta que el 20 de febrero de 1954 dicha sociedad le entregó la cantidad de $ 350.00 m. cte., al propio demandante. Que la sentencia impugnada reconoce dos hechos absolutamente evidentes, a saber: "Que el contrato de trabajo celebrado por Luis Alberto Amaya con las sociedades demandadas se extinguió a más tardar el treinta (30) de octubre de mil novecientos cincuenta y tres (1953), y que el término de la asistencia médica que al mismo señor le fue suministrada por razón del accidente común que él sufrió, expiró legalmente el primero (1º) de febrero de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954), aunque de hecho las demandadas hubieran dado asistencia durante dos días más, o sea hasta el 3 de los mismos mes y año". Agrega, que es inevitable concluir que si el 20 de febrero de 1954 cuando no existía ya vínculo alguno jurídico entre las sociedades "Fábrica de Cemento Samper" y "Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Ltda.", por una parte, y Luis Alberto Amaya por la otra, dichas sociedades o una de ellas le entregaron a Amaya los $ 350.00 a que se refiere el citado recibo, esa suma debía imputarse necesariamente al pago de la deuda o deudas que las referidas sociedades pudieran tener para con su ex-trabajador, pues lo contrario sería presumir que un acto jurídico determinado, como lo fue la entrega de la expresada cantidad. o bien careció de causa, lo cual no es legalmente presumible, o bien se hizo a título gratuito o por vía de préstamo, lo cual tampoco es presumible, ni por lógica ni de acuerdo con lo consignado en los artculos 1.653, 1.654 y 1.655 del C. C.

Dice que no puede aceptarse la tesis del **ad-quem**, "en el sentido de que las sociedades demandadas, al entregar a Luis Alberto Amaya, el 20 de febrero de 1954, la cantidad de $ 350.00, lo hubiera hecho a título de préstamo, pues ello cabría si en esa fecha hubiese subsistido algún vínculo entre las sociedades demandadas y el demandante". Que probado y aceptado como está que no existía por entonces semejante vínculo

contractual ni de ninguna otra naturaleza, y que tan sólo se hallaba pendiente aún la obligación de reconocer y pagar al demandante su auxilio de cesantía por valor de $ 157.56, la suma de $ 350, ya aludida, debió y debe entenderse entregada para cubrir dicho auxilio, aunque en el recibo del caso no se hubiera dejado constancia expresa y detallada de esa destinación. Más adelante, manifiesta que "parece verdad, y ello podría aceptarse con reservas, que los pagos excesivos que las sociedades demandadas hicieron al demandante durante el término de la asistencia médica y cuando aún subsistía un vínculo jurídico entre las partes, hubieran constituído un pago de lo no debido que las mismas sociedades no podían compensar con las prestaciones sociales liquidadas al tiempo de la extinción final de aquel vínculo; pero no pueden confundirse aquellos pagos efectuados durante la vigencia del citado vínculo, con el pago efectuado el 20 de febrero de 1954, cuando ya dicho vínculo se había extinguido por completo".

Concluye que la sentencia al dejar de apreciar o al apreciar erróneamente el documento que obra al folio 51 y al condenar por ello a las sociedades demandadas al pago de un auxilio de cesantía cuyo monto había sido ya cubierto por ellas, no solamente en su cuantía legal sino con un exceso de más del ciento por ciento sobre ésta, "violó o infringió indirectamente lo dispuesto por el artículo 249 del CST.". Termina este aspecto del cargo diciendo que si las demandadas pagaron al demandante, después de la terminación del contrato de trabajo, la cantidad de $ 350.00 cuando solamente le debían $ 157.56 por razón de cesantía, mal pueden ser obligadas a pagar de nuevo, "por tercera vez", como lo determina la sentencia impugnada, una prestación que ya fue cubierta según lo acredita la prueba que obra al folio 51.

Por su parte, el opositor manifiesta que el 20 de febrero de 1954 subsistía aún el vínculo contractual y laboral entre Luis Alberto Amaya y las sociedades demandadas, como se demuestra con la nota de despido que obra al folio 17 del cuaderno principal y que tiene fecha 13 de marzo de 1954. Cita para abundar sobre este particular las posiciones del Gerente de la sociedad "Restrepo, Manrique & Gutiérrez" y el contenido del propio recibo que obra al folio 51 y que es la prueba señalada como mal apreciada en el cargo que se estudia. Concluye que si en la fecha indicada, o sea el 20 de febrero de 1954, subsistía vínculo contractual entre las partes, cae por su base el cargo hecho contra la sentencia impugnada.

Se considera:

Sobre el particular, el Tribunal expresó lo siguiente: "Ocurre, empero, que 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada' no así 'Fábrica de Cemento Samper', estimó que el accidente que se dejó examinado sí revistió carácter laboral, como se desprende de la absolución de posiciones rendida por Ignacio Restrepo Posada (fls. 140 a 144). Por ello, del 14 de septiembre del año tantas veces mencionado hasta el 14 de febrero de 1954, pagó al demandante el salario que ella creyó 'ordinario' en cuantía que ascendió a la suma de $ 3.500.00 (documentos de folios 44 a 51), cuando en rigor, por concepto de auxilio monetario por enfermedad no profesional, ha debido cubrirle sólo $ 2.796.48 (2/3 del salario ordinario —$ 28.30 diarios— durante los primeros 90 días y la ½ durante los 90 restantes). Entonces, la parte demandada, tal y como lo sostiene, pagó indebidamente a Luis Alberto Amaya la cantidad de $ 803.52, salvo error u omisión.

"Mas de esto no se sigue, como ella también lo sostiene, que nada deba al demandante por concepto de sus prestaciones sociales, no importa que éstas valgan menos que lo que pagó sin deber. El pago de lo no debido, con efecto, da a quien lo hizo acción para repetir lo pagado, mas no lo faculta para, por sí y ante sí, atribuir lo pagado indebidamente a créditos de que goce quien recibió el pago, como si se tratara de deudas mutuas compensables. La parte demandada ha debido, en consecuencia, cubrir al demandante sus acreencias laborales —las que le liquidó, según la contestación de la demanda— y luego demandarlo para que le restituyera la suma ya singularizada de $ 803.52".

Más adelante agrega: "Como Luis Alberto Amaya trabajó efectivamente al servicio de 'Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada' desde el 21 de mayo de 1953 hasta el 1º de agosto del mismo año, ya que de esta fecha en adelante su contrato estuvo suspendido por fuerza mayor o caso fortuito, le corresponde por concepto de auxilio de cesantía la suma de $ 157.56. Se rebajará, en consecuencia, la condena que trae la sentencia impugnada acerca de este extremo".

De lo anterior, resulta: El Tribunal después de considerar los documentos que acreditan los pagos hechos a Amaya por "Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada" desde el 14 de septiembre de 1953 hasta el 14 de febrero de 1954, entre los cuales se cuenta el recibo que obra al folio 51 y que el recurrente señala como mal apreciado por el

sentenciador, aceptó el hecho alegado por las compañías demandadas durante el proceso, de que efectivamente, éstas habían pagado al demandante durante los 180 días a que se refiere el artículo 227 del CST.; salarios cuyo monto total excedió a lo que en rigor legal le debían por concepto de auxilio monetario por enfermedad no profesional, ya que como se ha visto al estudiar la demanda de casación de la parte demandante recurrente, el Tribunal estimó que no podía calificarse como de trabajo el accidente de que fue víctima Luis Alberto Amaya el 1º de agosto de 1953. Deduce, en consecuencia, que hubo un pago de lo no debido por parte de las compañías demandadas, pero no acepta que lo entregado así, produzca el efecto de facultar a quien lo hizo, para que "por sí y ante sí" pueda atribuir lo "pagado indebidamente" a créditos de que goce quien recibió el pago, como si se tratara de deudas mutuas compensables. Dio por establecido que el demandante había trabajado efectivamente al servicio de las demandadas desde el 21 de mayo de 1953 hasta el 1º de agosto del mismo año, "ya que de esta fecha en adelante su contrato estuvo suspendido por fuerza mayor o caso fortuito" por lo cual reconoció y ordenó el pago, a favor del demandante, de la suma de $ 157,56, por concepto de auxilio de cesantía que se le debía al mismo.

No es, como sostiene el recurrente, que el adquem haya estimado que las sociedades demandadas al entregar a Luis Alberto Amaya el 20 de febrero de 1954, la cantidad de trescientos cincuenta pesos ($ 350.00), lo hubieran hecho a título de préstamo, pues ya se ha visto que el Tribunal no apreció aisladamente el pago de la suma a que se refiere el recibo que obra al folio 51 del cuaderno principal, sino que. analizó todos los pagos hechos en el período comprendido entre el 14 de septiembre de 1953 y el 14 de febrero de 1954, para concluír, de ese conjunto probatorio, que la parte demandada había pagado al demandante un auxilio monetario por enfermedad no profesional, en cuantía mayor a la que estaba obligada legalmente y por valor que indicó, aproximadamente en $ 803,52 "salvo error u omisión"; por lo demás, el documento o recibo a que se refiere el cargo como mal apreciado, contiene en forma expresa el concepto de su entrega y como consecuencia la imputación que debía hacerse a ese pago, tal como lo hizo y aplicó el sentenciador, sin necesidad de acudir a suposiciones, ni requerir forzados raciocinios, que serían contrarios a lo que aparece claro y real. En efecto, en el citado recibo se expresa: "valor correspondiente a la quincena comprendida entre el 1º y el 14 de febrero de 1954, (En Sanidad)"; su contenido coincide con lo expresado en los otros recibos agregados al juicio por la parte demandada (folios 44 a 51) como puede apreciarse del que obra al 44, que dice: "Valor correspondiente a mi jornal de 6 semanas, o sea del 14 de septiembre al 25 de octubre de 1953, a razón de veinticinco pesos diarios ($ 25.00) tiempo que he estado en sanidad". No aparece, pues, que se haya dejado de tener en cuenta la prueba que indica el recurrente, ni menos que se haya apreciado defectuosamente, en forma de producirse un juicio equivocado sobre la cuestión objetiva debatida, al reconocer el sentenciador el auxilio de cesantía pedido por el demandante. No prospera el cargo.

Parte segunda. — Acusa violación de los artículos 127, 134 y 138 del C. S. del T., como consecuencia de error de hecho consistente en la falta de apreciación de la confesión del demandante y de las pruebas que obran a folios 44 a 50 del cuaderno principal del expediente.

Lo sustenta, diciendo que si el salario es un todo constituído por los elementos que indica el artículo 127, debe presumirse, que los pagos periódicos de dichos salarios que el patrono efectúa en favor de sus trabajadores, comprende no solamente el salario fijo u ordinario, sino también lo que a éste deba agregarse por razón de recargos especiales, primas, sobresueldos, participación de utilidades, etc., salvo prueba expresa en contrario que compete a quien excepciona. Que lo anterior está confirmado por los artículos 134 y 138 del mismo código sustantivo. Agrega que el apoderado del demandante en la petición 8ª de su demanda (folio 30) al referirse exclusivamente a los supuestos "salarios-utilidades", "aceptó tácitamente, pero en forma inequívoca, que a Luis Alberto Amaya sí le habían sido pagados los simples salarios correspondientes al tiempo efectivo de servicios; por consiguiente si la petición referida trataba de abarcar, para el solo efecto de los "salarios utilidades", el período de servicios efectivos del demandante, comprendido entre el 21 de mayo de 1953 y el 1º de agosto del mismo año, la afirmación en ella contenida constituía una excepción de no pago específico de una parte del salario, cuya prueba correspondía al propio demandante, como sucede con quien, aceptando que se le han cubierto sus salarios, afirma que se le deben horas extras u otros semejantes; o bien, dicha petición se refe-

ría al tiempo durante el cual el mismo Luis Alberto Amaya se hallaba incapacitado para trabajar, o sea, al período comprendido entre el 1º de agosto de 1953 y el 1º de febrero de 1954, caso este último en el cual, como con razón lo aceptó la sentencia del Honorable Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, no había lugar al pago de dichos salarios utilidades, pues como es obvio. el auxilio monetario únicamente se liquida tomando como base el salario ordinario del trabajador, mas no los recargos especiales que, unidos a aquel salario ordinario, constituyen el salario total o simplemente el "salario". Dice que "lo anterior fué apreciado en debida forma por el señor Juez de la primera instancia, quien se abstuvo de hacer condenación alguna a este respecto, al dar a la petición del demandante el único sentido que ésta jurídicamente podía tener, o sea la de que se refería, no al tiempo efectivo de servicios cuyos salarios el mismo demandante, al no reclamarlos, aceptó que le habían sido pagados, sino al período posterior de la asistencia médica, durante el cual, como ya lo he dicho, no había lugar a efectuar tal pago". Argumenta que el Tribunal Seccional, "o bien incurrió en el error evidente de darle a la demanda, en cuanto se refiere a la petición que analizo, un alcance que ella no tiene, o bien invirtió el principio de la carga de la prueba, al pretender que fuesen las empresas demandadas las que tuviesen a su cargo la obligación de acreditar que una parte constitutiva del salario del demandante le había sido pagada a éste, cuando el propio demandante en su demanda no reclamó salarios y por consiguiente, al aceptar que éstos le fueron pagados, estaba obligado a demostrar, si ello era así, que en tales pagos se había dejado de computar alguna suma a la cual tuviese derecho". Agrega que, aún aceptando la tesis del Tribunal, no entiende cómo se haya condenado a las demandadas al pago de salarios, cuando el mismo sentenciador acepta que durante el término de la asistencia médica al señor Amaya le fueron entregadas sumas mucho mayores que las que le correspondían, según la ley, por auxilio monetario. Que aplicando un criterio de justicia, bastaría considerar que esas sumas cubrían con exceso los supuestos salarios utilidades insolutos y que al entregarlas al demandante, las sociedades demandadas satisfacían plenamente la deuda que pudieran tener al respecto. Que es inevitable concluír que la parte o literal b) del numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia, interpreta con error lo pedido en la demanda acerca de estos "salarios utilidades", e infringe así, indirectamente lo dispuesto por los artículos 127, 134 y 138 del C. S. del T. Termina manifestando que "además de las infracciones anteriores, lo dispuesto en dicho aparte o literal b) viola indirectamente los mismos artículos citados del Código Sustantivo del Trabajo, por error de hecho derivado de la apreciación errónea de las pruebas consistentes en los recibos de pagos de salarios que obran a folios 44 a 50, ambos inclusive, del cuaderno principal del expediente".

Por su parte el opositor considera que el demandante al hablar de "infracción indirecta", de las disposiciones legales que indica el cargo, está creando un motivo de violación que la ley no ha establecido y alega, en consecuencia, que el cargo no puede estimarse. Manifiesta que habiendo el trabajador demostrado el contrato de trabajo y el salario pactado, correspondía a las demandadas probar que habían hecho el pago reclamado.

Se considera.

Sobre este extremo, el Tribunal se expresó, así: "Es evidente, por otra parte, que no hay lugar a acoger las peticiones relativas a prima de servicios y a vacaciones (compensación). No acontece lo propio con la de salarios-utilidades insolutos, que el Tribunal estima referida al tiempo en que efectivamente trabajó el demandante, pues la parte demandada no acreditó, como era su deber, haberlos solucionado o pagado, por su errada creencia, antes explicada, de no deber nada por ningún concepto. Esta condena vale $ 234,30. De consiguiente, se reformará la sentencia gravada en este punto".

La petición de la demanda, referente al pago de los llamados "salarios-utilidades", dice así: "8ª - SALARIOS. La cantidad de dinero correspondiente al sueldo de Luis A. Amaya por las utilidades en las obras, a razón de tres pesos con treinta centavos ($ 3,30) diarios en promedio mínimo". Pretende el recurrente que en la petición que se ha transcrito, está contenida la confesión del demandante, en el sentido de que sus "salarios" le habían sido pagados, pues considera que al reclamar sólo una parte, está aceptando o confesando que su salario ordinario le ha sido cubierto íntegramente y que, en consecuencia, al pedir los llamados "salarios-utilidades", debió comprobar que lo pagado no fue todo el salario, sino parte de él. La argumentación del recurrente es propia más bien de un alegato de instancia que de la fundamentación de un cargo en casación y es menos apta para demostrar un supuesto error de hecho que hubiera conducido de ma-

nera indirecta a la violación de una norma legal, ya que el quebrantamiento de la ley, a través del error de hecho, solo puede producirse por la falta de apreciación o por la apreciación errónea de determinada prueba.

Son los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, los que fundamentan toda decisión judicial y han de ser sopesados por el juzgador para que su resultado obre en la sentencia, no solo desde el punto de vista del medio probatorio que obliga a otorgarles este o aquel valor, sino para decidir acerca de su significado jurídico. Con este supuesto, no es posible aceptar que el recurrente pueda convertir lo que está característicamente determinado como el petitum de la demanda, con los hechos u omisiones que le sirven de fundamento y menos con el medio legal demostrativo de los mismos, para configurar que reviste el carácter de confesión el propio derecho alegado por el demandante y cuya tutela invoca en el petitum de su demanda.

Del propio contexto de la petición transcrita antes, tampoco puede deducirse una limitación en el tiempo como pretende el recurrente y como lo entendió el sentenciador, sino que, por el contrario, la condena solicitada está referida no solo al período realmente trabajado por Amaya —21 de mayo a 1º de agosto de 1953 como se expresa en el fallo— sino también al de la incapacidad por la enfermedad no profesional, hasta por el término de 180 días en que, conforme al artículo 227 del C. S. del T., estaba amparado para recibir el auxilio monetario allí previsto y, aunque con anterioridad, como ocurre en el caso sub-judice, se hubiese extinguido su contrato por la terminación de la obra o labor contratada. Empero, esta decisión del Tribunal, en cuanto limitó en el tiempo el pago de los salarios utilidades, abarca una cuestión que no ha sido planteada en casación por la parte a quien pudo perjudicar.

Tampoco es acertada la tesis del recurrente, de que el auxilio monetario de que trata el artículo 227 del C. S. del T., "únicamente se liquida tomando como base el salario del trabajador, mas no los recargos especiales que, unidos a aquel salario ordinario constituyen el salario total o simplemente el salario". En efecto, la citada norma, al consagrar el derecho al auxilio monetario por enfermedad no profesional, en favor del trabajador, hasta por el término de 180 días, en la forma y cuantía allí previstas, no limita ni restringe lo que se entiende por "salario" y, por lo tanto, debe tomarse este concepto en la plenitud de su noción, conforme al significado y contenido del artículo 127 del Código de la materia, sin que sea lícito considerar como tal —salario— solamente una de sus formas, cual es la remuneración fija u ordinaria, dejando por fuera la participación de utilidades que, como en el caso presente, concurre a constituir lo que la ley denomina "salario" y que sin más denominación se emplea en el artículo 227 ya citado, para fijar el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional.

Por lo que hace a la errónea apreciación de las pruebas que obran a folios 44 a 50 del cuaderno principal, el recurrente se abstiene de demostrar el error y de indicar su incidencia en el fallo; esta presentación del cargo en forma incompleta, es suficiente para hacerlo inestimable. Sin embargo, anota la Sala que los referidos documentos acreditan los salarios pagados al demandante entre el 14 de septiembre de 1953 y el 31 de enero de 1954, por concepto de auxilio monetario por enfermedad, los que aparecen y pagados simplemente, a razón de $ 25.00 diarios y nó como debieron serlo, o sea, a razón de $ 28,30 diarios, que era el salario real devengado por el demandante según está plenamente acreditado (contestación de la demanda hecho 3º folios 30 y 39; posiciones absueltas por Ignacio Restrepo Posada, respuestas 3ª y 4ª folio 141). Además si el sentenciador limitó la condena sobre pago de los llamados salarios utilidades "al tiempo en que efectivamente trabajó el demandante" o sea, al período comprendido entre el 21 de mayo y el 1º de agosto de 1953, es claro que si los documentos que el recurrente señala como mal apreciados, se refieren a un período distinto y posterior al que, por este aspecto, contempla el fallo, no pueden considerarse como soportes de la decisión, que pudieran configurar el error de hecho que predica el cargo. No prospera la acusación.

Parte Tercera. — En esta parte, el recurrente acusa la sentencia de violación del artículo 65 del C. S. del T., como consecuencia de error de hecho derivado de la apreciación errónea de la prueba que obra al folio 51 del cuaderno principal y, además, por aplicación indebida y también, por interpretación errónea de la citada norma.

La Sala, en consideración a que encuentra fundado el cargo de violación del artículo 65 del C. S. del T., por el motivo de interpretación errónea, se contrae a su estudio únicamente.

El recurrente manifiesta que el literal c) del

numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, viola el artículo 65 del C. S. del T. pues la condena contenida en el mismo, es contraria a la recta interpretación de esa norma. Al efecto, transcribe una jurisprudencia del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, para concluír que de acuerdo con ella y con lo resuelto en otras oportunidades por esta Sala, el concepto de la buena fe del patrono es la piedra angular sobre la cual descansa la posibilidad de aplicar el artículo 65 del C. S. del T. a cada caso especial. Cita otras jurisprudencias del Tribunal Supremo, transcribe al efecto lo conducente y agrega: "De lo anterior se concluye que la sentencia impugnada, no solo violó indirectamente el artículo 65 del C. S. del T., por apreciación errónea de la prueba que obra a folios 51 del cuaderno principal del expediente, sino que, aparte de ese error y aun suponiendo que él no hubiese existido, quebrantó el principio de la buena fe y por ese solo aspecto condenó sin razón valedera a las empresas demandadas al pago de una enorme suma por razón de salarios caídos, en favor del demandante".

Expresa que, "resulta gravemente ilógico aceptar por un lado como lo hace el H. Tribunal Seccional, que las empresas demandadas suministraron al trabajador demandante con exceso sobre lo dispuesto por la ley, la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que fue necesaria con motivo del accidente común sufrido por él en primero de agosto de 1953; que las mismas empresas, como también con plena razón lo acepta el Tribunal Seccional, pagaron al demandante durante el tiempo de su incapacidad, sumas que excedieron en más de $ 800.00, a las que legalmente les correspondían durante ese período; que la única prestación social que las empresas adeudaban al demandante al terminar sus vínculos jurídicos con éste, consistían en el auxilio de cesantía por valor de $ 157,56, al cual agrega el Tribunal, ya se demostró que sin razón valedera, la suma de $ 234,30 por concepto de "salarios utilidades" insolutos. Y sin embargo, después de haber aceptado todos esos hechos, a los cuales se agrega el de haberle sido entregada al demandante el 20 de febrero de 1954 la cantidad de $ 350.00, que excedía en más del doble al auxilio de cesantía liquidado 17 días antes, sin embargo, repito, el Tribunal Seccional, en forma por demás increíble juzgó a las empresas demandadas como patronos de mala fe y al trabajador demandante (que había recibido suma mucho mayor que la que se le debía), como víctima de esa mala fe y del consiguiente daño; y desconociendo así el Tribunal el espíritu de la ley y el fin legítimo que ésta persigue, aplicó equivocadamente la letra del artículo 65 del C. S. del T. de la manera más inexorable y, violando además su espíritu, impuso como sanción a las empresas demandadas la obligación de pagar al demandante la desmedida cantidad de veintisiete mil pesos ($ 27.000,00) a título de indemnización de un daño imaginario de valor menor de $ 500.00, que en la realidad jamás se causó".

El opositor manifiesta que no existe esa mala interpretación del artículo 65, a que se refiere el cargo, porque el sentenciador no dejó de apreciar ninguna prueba ni hizo aplicación equívoca o errónea de las mismas. Agrega que si las empresas demandadas adeudaban y adeudan salarios, prestaciones o indemnizaciones a Luis Alberto Amaya, el Tribunal dio aplicación justa y cabal al artículo 65 del C. S. del T. cuando condenó al pago de los salarios caídos; agrega que esta norma es equitativa porque trata de salvar los intereses de las clases económicas subalternas, de ahí que haya que aplicarlo aunque para los patronos aparezca como dura LEX.

Se considera.

Sobre el particular el Tribunal expresó lo siguiente: "En cuanto a la de salarios caídos, basta recordar —porque ya se dejó expuesto—, para acogerla también, que la creencia de la parte demandada de no deber nada a su ex-trabajador por salarios y prestaciones es el producto de la ignorancia de la ley, pues el hecho de haberle pagado indebidamente suma mayor que la que arrojaba la liquidación de tales salarios y prestaciones, no la facultaba para, per-se, compensar lo pagado de modo indebido con las acreencias del demandante. Y es bien sabido, además, que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Esta condena se despachará desde el 13 de marzo de 1954, tal y como se pide en la demanda, ya que el Tribunal carece de facultad para proveer ultra petita".

Cuando se acusa una sentencia por interpretación errónea de una norma sustantiva, debe examinarse si el organismo jurisdiccional, realizó la función primordial de decidir cuál es el pensamiento latente en la norma, —como medio único de poder aplicarla con rectitud— y si inquirió su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando ello ocurre, la casación los corrige poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia del juicio o el exceso cometido al formularlo.

Según reiterada jurisprudencia, tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Sala Laboral de la Corte, la sanción indemnizatoria que prevé el artículo 65 del C. S. del T. o su exoneración, tiene su basamento fundamental en la mala o buena fe patronal. Así, en sentencia de fecha 16 de septiembre del presente año, proferida dentro del juicio adelantado por Francisco Gaviria R. contra la sociedad denominada "Naviera Colombiana S. A.", se dijo: "La drasticidad de la sanción prevista por el artículo 65 se halla atemperada por una jurisprudencia, según la cual el elemento buena fe exonera al patrono de la indemnización por mora, y la temeridad o mala fe lo hace responsable de la pena". Para la recta interpretación del artículo 65 del C. S. del T., y su consiguiente aplicación, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de que se ha hecho referencia, es necesario que el sentenciador analice suficientemente la conducta patronal, a efecto de colegir la mala fe para aplicar la sanción, o la buena fe para decidir la exoneración de la pena. Se advierte a primera vista en el proveído impugnado, la insuficiencia en el juicio que condujo a una solución inadecuada desde el ángulo interpretativo de la disposición aplicada, pues el juzgador es en extremo parco y deja sin calificar si fue de buena o de mala fe la postura del patrono.

Considera la Sala que en el asunto **sub-judice** no puede menos de deducirse la buena fe patronal que ampara su conducta frente a las reclamaciones del trabajador si se hace una evaluación de los principios interpretativos que al juzgador se ofrecieron. En efecto la realidad procesal demuestra que en el ánimo de las sociedades demandadas, no existió una negativa injustificada a pagar los salarios y prestaciones del trabajador, sino que, con buenos fundamentos alegaron desde la contestación de la demanda una serie de factores destructivos de la mala fe, capaces todos ellos de constituír, por lo menos, una duda razonable, justificada, seria, que les asistía para discutir las obligaciones pretendidas. Allí dejaron consignado lo siguiente: "...de ese accidente resultó herido el demandante, el cual, por hallarse incapacitado para trabajar, recibió la asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria necesaria hasta el 3 de febrero de 1954, fecha en la cual se completaron los 6 meses respectivos, y le fueron pagados además, durante el mismo tiempo, salarios cuyo monto total excedió en mucho al auxilio monetario establecido al igual que aquella asistencia, por el artículo 277 del C. S. del T. Por esta razón, al terminar dicha asistencia, durante la cual había concluído también la totalidad de la obra en la cual el demandante trabajaba, se le avisó a éste que quedaba terminado su vínculo jurídico con la Fábrica de Cemento Samper, y se le presentó además la liquidación de sus prestaciones sociales, según la cual la misma sociedad no solo no le adeudaba suma alguna por razón de ellas, sino que, por el contrario, era el mismo Amaya quien resultaba debiendo a dicha sociedad, por haber recibido por cuenta de ella una suma notoriamente mayor que la correspondiente a las mismas prestaciones. Por los hechos y las razones expuestas, atentamente manifiesto al señor Juez que me opongo a que se hagan las declaraciones y condenaciones solicitadas por la parte actora, pues ellas carecen de todo fundamento".

Esta posición patronal, sostenida en todo el curso del juicio, fue reconocida por el sentenciador de segundo grado al aceptar que "la parte demandada, tal y como lo sostiene, pagó indebidamente a Luis Alberto Amaya la cantidad de $ 803,52, salvo error u omisión". Y si bien el Tribunal no aceptó la facultad alegada por las demandadas para compensar por sí mismas los $ 157,56 a que ascendió la condena por el extremo de cesantía, ni los $ 234,30 por concepto de salarios utilidades insolutos, con los ochocientos y más pesos que éstas pagaron en exceso al demandante como auxilio monetario por enfermedad, ello no es suficiente para destruír el principio de la buena fe patronal, pues sería aberrante y contrario a la equidad, que si el trabajador recibió de las demandadas una suma considerablemente mayor, aunque por distintos conceptos a la de los extremos de cesantía y salarios utilidades, que en forma efectiva y real vino a cumplir su función social y económica de amparo y protección al trabajador, pudiera estimarse que éste hubiera sufrido el perjuicifo de no satisfacerle sus derechos, pues como tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, "la ley no ha querido ni busca que el trabajador se lucre, **sin causa**, de unos salarios moratorios, que ni responden a trabajo prestado ni derivan directamente de la ejecución de su contrato".

Todo lo anterior, agregada la ya dicha insuficiencia del juicio, conduce a considerar, sin mayor esfuerzo, que el Tribunal al imponer a las demandadas la sanción contemplada en el literal c) de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, lo hizo sin inquirir el sentido y la verdadera inteligencia del artículo 65 del C. S. del T., o sea,

que su contenido no fue interpretado conforme a la recta exégesis que, para su buen entendimiento, debe fundamentarse en los elementos configurativos del principio de la buena o mala fe, como lo enseña la jurisprudencia. Por las anteriores consideraciones prospera el cargo y deberá casarse la sentencia por este aspecto que contempla la impugnación.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, con fecha 17 de octubre de 1956, en cuanto por el literal c) del punto 1º de la parte resolutiva de la misma condenó a las Sociedades "Restrepo, Manrique & Gutiérrez, Limitada" y "Fábrica de Cemento Samper" a pagar en forma solidaria a Luis Alberto Amaya la suma de "Veintiocho pesos con treinta centavos ($ 28,30) diarios desde el trece (13) de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y hasta que se verifique el pago de las sumas a que se contraen los literales anteriores, a título de salarios caídos", y convertida en tribunal de instancia REVOCA el literal b) del punto 1º de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá con fecha 2 de junio de 1955, y en su lugar ABSUELVE a las demandadas de la indemnización moratoria solicitada en la petición 5ª de la demanda que dio origen al presente juicio. NO LA CASA en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto de Zubiría C. — Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA PRESTACION DE SERVICIOS PERSONALES ESTRUCTURA EL CONTRATO DE TRABAJO, AUNQUE EL TRABAJADOR NO SE SOMETA AL REGIMEN ADMINISTRATIVO DEL PATRONO. — CONTRATO-REALIDAD Y CONTRATO-FORMA. — EL ESCASO RENDIMIENTO DEL TRABAJADOR NO DESVIRTUA LA SUBORDINACION

1.—La doctrina y la legislación laborales enseñan que la estructuración del nexo contractual, dentro del derecho del trabajo, se verifica en función de la prestación real de servicios personales, hecha abstracción de las formas externas, como lo son, el sometimiento del statu del empleado a los requisitos de administración interna de la entidad patronal; de tal manera que si aquél rinde a ésta efectivamente sus servicios, la segunda no puede evadirse de satisfacer las obligaciones en favor del primero so pretexto de que, dentro de los procedimientos reguladores de la administración patronal, quien prestó realmente los servicios no adquirió formalmente la calidad de empleado. En este aspecto prevalece por tanto el contrato-realidad, en oposición al contrato-forma.

2.—La idea de escaso y aislado rendimiento no destruye el concepto de subordinación, que es la posibilidad jurídica de dar órdenes por parte del patrono y la obligación de obedecerlas por parte del trabajador.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá D. E., quince de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El doctor Próspero Ferrer Ibáñez demandó en causa propia al Banco del Comercio S. A., Sucursal de Quibdó, representado por su Gerente el señor Alfonso Castro Ríos, a fin de que por los trámites de un juicio ordinario del trabajo se hicieran las siguientes declaraciones y condenaciones:

1ª—Que entre el Banco del Comercio S. A., Sucursal de Quibdó y el demandante había existido un contrato verbal de trabajo, con base en los servicios de éste a aquél como Asesor Jurídico que fue el segundo del primero;

2ª — Que dicha entidad debía al demandante, por el concepto expresado ,los salarios correspondientes al lapso comprendido entre el 12 de enero de 1954 y el 12 de enero de 1955, a razón de $ 800.00 mensuales;

3ª — Que la misma entidad bancaria debía al actor las bonificaciones correspondientes a tal período, en proporción al sueldo referido, las cuales le habían sido cubiertas a los otros empleados del mismo Banco;

4ª—Que se condenara a dicho Banco a pagar al demandante la indemnización de perjuicios causados por la ruptura unilateral del contrato de trabajo existente entre ellos;

5ª—Que se condenara al Banco a reconocerle y pagarle en dinero al demandante las vacaciones a que tuviere derecho;

6ª — Que se condenara al Banco a pagarle al actor la cesantía;

7ª. — Que se condenara al Banco a satisfacer a Ferrer Ibáñez los intereses legales de los sueldos que aquél ha debido pagarle desde el 12 de enero de 1954, mes por mes, hasta que se verifique el pago;

8ª—"Que se condene al Banco del Comercio S. A., Sucursal de Quibdó, a pagar a Próspero Ferrer Ibáñez el valor de los salarios correspondientes, comprendidos entre la fecha en que la obligación de pagar se hizo exigible, tanto en lo que se refiere a salarios como retribución del servicio prestado, como a prestaciones sociales, hasta la fecha en que el demandado los pague";

9ª—Que se condene al mismo a pagar al demandante las costas del juicio,-y

10ª.—Subsidiariamente de las peticiones 1ª y 2ª, que se declare que entre el Banco y el actor existió un contrato verbal de trabajo, y que aquél debía a éste, por la prestación de sus servicios profesionales, la suma que en el juicio se probare, y que tal suma sirviera de base para el pago de las otras prestaciones reclamadas en la demanda, es decir para su estimación.

Como hechos relacionó los siguientes:

1.—Por medio del acta número 1, de 12 de enero de 1954, emanada de la Junta Directiva de la Su-

cursal del Banco del Comercio de Quibdó, se designó al demandante Asesor Jurídico;

2.—Por acta posterior, se ratificó la anterior en lo concerniente a la designación del Asesor Jurídico de la Sucursal mencionada;

3—En ninguna de las dos actas se fijó el tiempo de duración del contrato de trabajo;

4.—Varias veces le fueron solicitados servicios profesionales al actor por parte del Gerente del Banco, y aquél siempre hubo de prestarlos;

5.—En repetidas ocasiones el demandante ocurrió ante el señor Gerente solicitándole el pago del sueldo, y éste siempre le contestó al primero que de Bogotá —Casa Principal— no habían dicho cuánto habría de pagársele; en vista de ello el actor hubo de dirigirse directamente, con fecha 11 de junio de 1954, al Sub-gerente del Banco del Comercio S. A., Oficina Principal, doctor Manuel Bejarano, quien hasta la fecha de la demanda ni siquiera se había dignado contestarle. Tal hecho fue conocido por el señor Gerente de la Sucursal de Quibdó, don Alfonso Castro Ríos;

6.—El mismo señor Castro Ríos le manifestó al demandante que, en vista de que el sueldo fijado al principio por la Casa Principal no sería muy elevado, para ayudar a compensar en algo los servicios, se le cobraría alguna suma a cada cliente que presentara títulos para su estudio y examen, y así lo que le pagara el Banco y lo deducido a los clientes produciría, para el actor, "una magnífica remuneración";

7. — Varias veces fue atendido el demandante por el doctor Lascario Barbosa Avendaño, por cuenta y orden de la Sucursal del Banco del Comercio de Quibdó, pues era aquél quien examinaba y recetaba a los empleados de esta Entidad; la primera vez, fue atendido por orden escrita emanada del Banco, y las otras, habida cuenta de que padeció un ataque repentino y grave de nefritis, a propia solicitud del actor, pues fue en día domingo y el Banco ese día estaba cerrado. Esta institución pagó los honorarios médicos;

8.—El despacho de las drogas fue, por la primera vez autorizado por la Gerencia en la Farmacia del señor Jesús María Hincapié. Y en las veces subsiguientes fueron despachados por la misma farmacia por cuenta del Banco;

9.—Todos los conceptos que emitió el actor estuvieron firmados así "Próspero Ferrer I.—Asesor Jurídico", los primeros en papel común, pero la mayoría en papel membreteado del Banco, suministrado por éste para que lo utilizara cada vez que interviniera en sus negocios;

10.— Con fecha 4 de noviembre de 1954 dirigió el demandante nueva comunicación al sub-Gerente de la Casa Principal —quien no había respondido la que se menciona en el punto (5)—, pero con fecha 9 de noviembre recibió la nota número 29950, suscrita por el Gerente General del Banco, doctor Francisco José Ocampo, en la cual éste le informaba que él (el actor) no era empleado de la Sucursal, y que —según informes del gerente de ésta— todos los trabajos realizados por el demandante (sólo dos) ya habían sido pagados. Que si algo se le adeudaba, se entendiera con el mismo Gerente. Aclara el demandante que su contrato con la Sucursal no versaba sobre cada trabajo realizado, sino que se refería a la Asesoría Jurídica;

11.—Hasta la fecha de la demanda, la Sucursal no le había pagado suma alguna por concepto de sueldos, prestaciones sociales, etc. como Asesor Jurídico, no obstante haberle cobrado, haberle prestado sus servicios y estar siempre listo a prestárselos.

En derecho fundó la demanda en los artículos 22, 24, 27, 32, 33, 37, 38, 47, 65, 144, 186 y Título VIII, Capítulo I del Código Sustantivo del Trabajo, en los artículos pertinentes del Código Civil, y en el Capítulo XIV, artículos 74 y siguientes del Código Procesal del Trabajo, etc. normas concordantes.

La parte demandada contestó la demanda por intermedio de apoderado negando casi todos los hechos y sometiendo algunos a lo que se probare en juicio. Sólo admitió como cierto el último punto de los hechos, aceptando que no se le habían pagado sueldos ni prestaciones al actor por no haber sido éste nunca empleado del Banco del Comercio. Propuso las excepciones de inexistencia del contrato de trabajo y carencia de acción, y pidió que la parte demandada fuera condenada en costas.

Por sentencia proferida el 7 de febrero de 1956, el Juez del Trabajo del Círculo de Quibdó dirimió la controversia en el sentido de declarar probada la excepción de "inexistencia del contrato", lo mismo que la de "carencia de acción" propuestas por la demandada; absolvió a ésta de todos los cargos de la demanda, condenó en costas al actor y dispuso consultar la sentencia con el Tribunal Seccional del Trabajo, por haber resultado totalmente adversa a las pretensiones del trabajador.

Contra la providencia de primer grado interpuso recurso de apelación la parte demandante; elevados los autos ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, éste decidió el recurso me-

diante sentencia de 30 de mayo de 1956, por la cual se confirmó la del a-quo. El Magistrado doctor Rafael Vargas V. salvó su voto.

El recurso de casación.

Contra la sentencia de segundo grado atrás expresada, el actor —por intermedio de apoderado— interpuso el recurso extraordinario de casación. Concedido, admitido y legalmente tramitado, debe ahora la Corte hacer el correspondiente pronunciamiento en derecho, mediante el estudio de la demanda y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación.

Aspira el recurrente a que la aludida sentencia sea casada totalmente y a que la Corte, como Tribunal de instancia, despache favorablemente las súplicas del libelo inicial o, en subsidio, condene a la sociedad demandada a pagar al demandante los salarios devengados entre el 12 de enero y el 9 de noviembre de 1954, a razón de $ 400.00 mensuales; las primas de servicio correspondientes; la indemnización del lucro cesante, por el tiempo que faltó para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato; la cesantía respectiva, y la indemnización por mora hasta la cancelación de tales deudas.

Formula dos cargos, de los cuales la Sala estudiará el segundo, en desarrollo del mandato contenido en el artículo 537 del C. J.

Segundo.

Acusa la sentencia de ser violatoria por vía indirecta de los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y consecuencialmente de los artículos 49 y 57 —ordinal 4º—, 64, 65, 144, 193, 249, 253 y 306 ibídem, infracción a la cual llegó el sentenciador por haber incurrido en evidentes errores de hecho, a causa de haber dejado de apreciar unas pruebas y haber apreciado equivocadamente otras.

Como pruebas no apreciadas cita:

Los reclamos de folios 1 y 2, las posiciones absueltas por el actor (folios 42 a 44), los certificados de folios 51, 54 y 82; los testimonios de Leoncio Rey (38), Ramón Garcés (57 a 59 y 74 a 75), Marceliano Mosquera (61), Jorge I. Yurgaqui (61 a 62 vuelto), Gumersindo Asprilla (69), Leonel Asprilla (70), Enrique Coutin (71), Esnodio Figueroa (71 vuelto), Eloy Valdés (76), Jesús M. Hincapié (80), Juan N. Restrepo (115), Arquimedes Luna (117 vuelto a 118 vuelto) y Jorge Torrado (118 vuelto a 119); el contrato de arrendamiento de folios 52 y 53; la diligencia de inspección ocular practicada en Bogotá (folios 98 a 100) y las cartas de folios 110 y 114.

Dice que fueron mal apreciadas: la demanda y su contestación, las notas de la casa matriz (3, 86, 99 y 100); las actas de la Junta Consultiva (12 a 14 y 46 a 48), las posiciones absueltas por el Gerente de la demandada (29 a 32), las declaraciones de Fernando Sierra (63 vuelto a 64) y Juan B. Mosquera (64 y vuelto) la diligencia de inspección ocular practicada en Quibdó (102 a 106 vuelto), la correspondencia de Bogotá (folios 111 a 113) y el dictamen pericial (folio 120).

Dice que tampoco se tuvo en cuenta la conducta procesal de la entidad demandada, manifestada en las respuestas del Gerente en posiciones, y en la correspondencia de Bogotá en relación con el Acta número 6 de 21 de julio de 1954 (folios 14 y 48).

El apoderado del demandante dice que los errores de hecho fueron:

a) Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor solamente trabajó "en forma aislada";

b) Dar por demostrado, sin estarlo, que al actor le fue comunicado su nombramiento de Asesor Jurídico con la advertencia de que era sólo "ad referendum", sometido a la aprobación de la Casa Principal;

c) Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor convenía con cada cliente el precio de sus servicios y que el Banco era un simple intermediario para el pago de los respectivos honorarios;

d) No dar por demostrado, estándolo, que el actor recibía órdenes del Banco para atender a los clientes de éste, y tuvo prestaciones médicas;

e) Dar por demostrado, sin estarlo, que el actor era autónomo, independiente del Banco, en la prestación de los aludidos servicios.

Desarrolla el cargo manifestando que en la inspección ocular de las Oficinas del Banco en Quibdó, se apreció que el actor produjo una serie de conceptos durante los meses de febrero, marzo y abril de 1954, todos ellos en papel oficial del Banco y firmados en calidad de Asesor Jurídico. Lo cual bastaría —agrega— para demostrar que el Banco aceptaba esa calidad del abogado y que le suministraba su propio papel. Leonel Asprilla declara haberle llevado ese papel, por orden del Banco; y sin embargo el Gerente dice en posiciones que no se explica por qué un particular tenía papel membreateado de la institución. Agrega que todos los que intervinieron en las negociaciones con el Banco (testigos precitados) coin-

ciden en relatar, con lujo de detalles, que el Gerente del Banco era quien los enviaba, con sus títulos de propiedad, ante el Asesor Jurídico que ahora se pretende desconocer. El Gerente intenta explicar en posiciones que él les decía a los clientes que hicieran estudiar los títulos por un abogado cualquiera, y que luégo servía de intermediario para descontarles a los clientes los honorarios que el actor hubiera pactado con ellos. Afirma que ninguna institución bancaria, interesada en la aptitud de los títulos de bienes dados en garantía, admite el concepto de un abogado cualquiera, sino el de su propio abogado.

El recurrente destaca circunstancias diversas —procedentes del acervo testimonial— mediante las cuales se tuvo por "asesor jurídico" del Banco del Comercio Sucursal de Quibdó al doctor Próspero Ferrer Ibáñez. "Frente a este cúmulo de pruebas —se pregunta— cómo puede aparecer evidenciado que el actor atendía a los clientes del Banco cuando quería, o que podía negarse a atenderlos, o que tuvo facultad para no elaborar las minutas ni rendir los conceptos jurídicos que el Gerente le exigía?".

Dice el recurrente que el sentenciador le concede mucha importancia a las actas de la Junta Consultiva. Agrega que la tienen, en cuanto en ellas consta que el 12 de enero de 1954 el actor fue designado Asesor Jurídico y que tal nombramiento fue ratificado el 2 de febrero. Pero como se trataba de actos internos de la Empresa, cuyo conocimiento se escapaba al actor, la circunstancia de que en ellas se dijera que "esperaban" la aprobación de Bogotá, nada implica. Porque al actor no se le entregó copia de ninguna de esas actas ni se le comunicó nada por escrito. Explica que a partir del 12 de enero empezó a actuar como asesor el doctor Ferrer, porque uno de los miembros de la Junta Directiva, don Raúl Cañadas V., le comunicó verbalmente el nombramiento apenas terminó la sesión respectiva. El sentenciador pone en boca de los testigos Juan B. Mosquera y Fernando Sierra expresiones que no pronunciaron, cuando dice: "Informan la noticia de un nombramiento ad-referendum o recomendación de la Junta del Banco del Comercio en esta ciudad para que el doctor Ferrer Ibáñez asumiera las funciones de Asesor Jurídico". Cuando lo único qué informaron fue la noticia del nombramiento, sin condiciones, salvo en cuanto a la fijación del sueldo.

Añade que en el acta del 21 de junio de 1954 (folios 14 y 48) figuran unas explicaciones póstumas de los miembros de la Junta Consultiva, explicaciones que implicaban una rectificación ordenada desde Bogotá, en la carta del doctor Salazar Grillo que obra al folio 111. Pero en cambio en la pregunta 13 del pliego de posiciones que absolvió el actor, la entidad demandada confiesa que "no se le fijó duración al contrato de trabajo", y en la carta de folio 113, la Casa Principal "regaña" al Gerente y a la Junta Consultiva de Quibdó, advirtiéndoles a sus subalternos que "debe escoger mejor un futuro abogado". Es decir, les censuran la escogencia que hicieron en el actor, pero no desconocen que fue hecha.

Finalmente —dice el recurrente— pasa por alto el sentenciador las constncias de la contabilidad del Banco, inspeccionadas por el Juez, en donde se subraya el carácter de asesor jurídico del actor y los recibos que exhibió el testigo Ramón Garcés (folios 74 y 75), todo lo cual demuestra que el actor recibía del Banco determinada suma, y el Banco la cobraba después al cliente, sin intervención del asesor jurídico, y desestima el indicio del pago hecho al actor por prestaciones médicas.

Replica el opositor que el Tribunal sí apreció debidamente las pruebas, entre ellas las declaraciones relativas a los "supuestos servicios" del demandante, y hubo de negarles mérito para acreditar el contrato, porque lo que ellas demuestran es la prestación de servicios a personas extrañas al Banco, oportunamente pagados con dineros de esas personas. Añade que el hecho de que el abogado lo recomendara o indicara el Banco no cambia la naturaleza de las cosas, sino que es lo que ocurre generalmente. Más adelante agrega, respecto del uso de papel membreteado por el actor, que apenas existe la declaración de Leonel Asprilla, quien afirma haber llevado una vez papel al doctor Ferrer Ibáñez, pero no recuerda si ese papel tendría o no membrete.

La Corte considera:

Al entrar a la cuestión de hecho de la litis —incursión que en este negocio propicia ampliamente el ataque por vía indirecta que formula el apoderado del recurrente demandante— la Sala anota que la realidad procesal arroja los siguientes datos:

1.—A folio 12 obra el párrafo 7º del acta de la Junta Consultiva del Banco del Comercio, Sucursal de Quibdó, de 12 de enero de 1954, en la cual consta que fue aprobado, por unanimidad, el nombramiento del doctor Próspero Ferrer Ibáñez como Asesor Jurídico de esa Sucursal; dicha pieza agrega: "Esperamos la aprobación de ustedes a este nombramiento y la fijación del sueldo básí-

co que debe reconocérsele a fin de darle al doctor Ferrer I., oportunamente, la comunicación respectiva".

2.—A folio 13 figura el párrafo 7º ibídem, de 2 de febrero de 1954 en que la Junta "ratifica el nombramiento del doctor Próspero Ferrer Ibáñez, como Asesor Jurídico del Banco ..... nombramiento que espera (sic) sea aprobado por nuestra Oficina Principal, así como la fijación del sueldo que debe reconocérsele por este servicio".

3.—A folios 63 vuelto y 64 aparecen las declaraciones de los señores Fernando Sierra Upegui y Juan Basilio Mosquera, quienes coinciden en aseverar que el 12 de enero de 1954, a eso de las 8 de la noche, hallándose en un café de la ciudad de Quibdó denominado "13 de Junio", en compañía del doctor Próspero Ferrer Ibáñez, "llegó también el señor Raúl Cañadas V., a poco rato, y acercándose a nuestro grupo le dijo directamente al doctor Ferrer estas palabras: Doctor, lo felicito: acabamos de nombrarlo Asesor Jurídico del Banco del Comercio de esta ciudad, pero no le fijamos sueldo porque la Junta Directiva de que formo parte resolvió dejar esa fijación a cargo de la Casa Principal del Banco en Bogotá".

A folios 51, 54 y 82 obran certificaciones debidamente producidas y agregadas al proceso, de las cuales se deduce que el señor Raúl Cañadas V. era miembro de la Junta del Banco del Comercio en Quibdó cuando se produjo el nombramiento referido y dio la noticia de éste al doctor Ferrer.

4.—El elenco testimonial es ampliamente demostrativo de que el señor doctor Próspero Ferrer Ibáñez efectivamente prestó servicios diversos al Banco del Comercio Sucursal de Quibdó, en calidad de Asesor Jurídico de éste. En efecto: Leonel Rey declara, a folios 38, que el propio Gerente Castro Ríos aplazó una operación, porque —según las palabras de éste— "Debemos esperar a que el Asesor Jurídico del Banco doctor Próspero Ferrer Ibáñez resuelva favorablemente el estudio de las escrituras etc.". Ramón Garcés manifiesta, a folio 58, que sabía de fuente positiva cómo era el doctor Ferrer quien estudiaba las escrituras de sociedades comerciales por cuenta del Banco etc., y asevera que por tal motivo hubo de someterle la absolución de una consulta en un negocio del deponente con el Banco. Gumersindo Asprilla dice, a folio 69 vuelto, cómo en negociación del declarante con el Banco, los títulos fueron sometidos por la Gerencia al estudio del doctor Ferrer Ibáñez, "abogado jurídico" (sic) de dicha institución. Los señores Enrique Coutín y Esnodio Figueroa (folios 71 y vuelto) manifiesta que fue el doctor Ferrer Ibáñez quien elaboró y presentó la minuta de contrato de arrendamiento del local que ocupa el Banco del Comercio de Quibdó. El declarante Eloy Valdés dice que habiéndole correspondido gestionar un préstamo con el Banco, el Gerente siempre expresó que esperaba el concepto del doctor Ferrer, y que sólo se le concedió el crédito "hasta que el doctor Ferrer Ibáñez estudió mis escrituras y dio su concepto en una larga exposición". Agrega que por tal concepto y por la subsiguiente minuta nada le cobró el doctor Ferrer al declarante, pero aclara que "El Banco siempre me dedujo algunos valores por estos trabajos, y si mal no recuerdo por la sola póliza me dedujo cincuenta pesos ($ 50.00)" (folio 76). El señor Arquimedes Luna, Notario de Quibdó, declara a folio 117 vuelto y 118: "Es cierto y me consta en mi condición de Notario Público del Circuito de Quibdó en el año 54, que el Banco del Comercio Sucursal en esta ciudad (.....) otorgó unas escrituras a los señores Jorge I. Torrado y Eloy Valdés Perea para prestarles unos valores; y es positivo también que el señor Director del Banco, señor Castro Ríos, me manifestó que mientras el doctor Ferrer Ibáñez, Asesor Jurídico del Banco no chequiara las escrituras a los señores ya mencionados él no las daría por aceptadas ni las firmaría tampoco (.....) Habiendo sido revisados (sic) las escrituras referidas por el doctor Ferrer Ibáñez, en su condición de Asesor Jurídico del Banco, ya en estas condiciones, el señor Gerente Castro Ríos las autorizó con su firma etc.". El señor Jorge I. Torrado expresa, a folio 119, que el doctor Ferrer Ibáñez estudió los títulos de la referida negociación y conceptuó favorablemente al Banco sobre los mismos. El señor Jesús María Hincapié dice (a folios 80 y 81) que despachó fórmulas para el doctor Ferrer Ibáñez, preescritas por el médico Lascario Barbosa, cuyo pago fue satisfecho por el Banco, previa objeción de las mismas y advertencia de que "me abstuviera de seguir despachando toda fórmula que no llevara el visto bueno del Gerente y el sello de la Institución, fuera quien fuese el empleado que las presentara". Los declarantes Marceliano Mosquera y Jorge I. Yurgaqui manifiestan (folios 61 y 62), que en cierta ocasión un día domingo en que el doctor Ferrer Ibáñez se hallaba enfermo, el Gerente Castro Ríos —quien se encontraba visitando con otras personas entre ellas los declarantes al doctor Ferrer— ratificó expresamente la asistencia médica del doctor Lascario Barbosa que había solicitado y conseguido el mismo enfermo; y Yugarqui agrega: "Perso-

nalmente fuí en repetidas ocasiones a la farmacia del señor Jesús María Hincapié P., (.....) y es cierto que (éste) me despachó tales fórmulas en su farmacia manifestándome siempre que cualquier cosa que se me ocurriera para el doctor Ferrer Ibáñez, inmediatamente fuera a donde él, puesto que tenía órdenes de la Gerencia del Banco del Comercio para despachar esas fórmulas por ser el doctor Ferrer Ibáñez, abogado de dicho Banco". Añade que la misma orden fue impartida por el dueño de la farmacia a sus empleados. El hecho anterior es corroborado por el propio Gerente Castro Ríos, en posiciones (folio 31 vuelto) cuando dice que "la fórmula del doctor Barbosa Avendaño por servicios médicos lo mismo que las drogas despachadas por el señor Hincapié fueron un obsequio voluntario del Banco para el señor Ferrer y en atención a que él también había prestado sus servicios gratuitos y voluntarios".

5.—En las referidas posiciones (folios 29 a 32), el Gerente Castro Ríos responde varias preguntas en el sentido de aseverar que la Junta Consultiva del Banco en Quibdó se limitó a "insinuar" o "postular" al doctor Ferrer Ibáñez como Asesor Jurídico, (en evidente contradicción con los textos de los apartes 1 y 2), al par que reconoce, en síntesis, los servicios de consulta y asesoría legal prestados por el mismo doctor Ferrer, pero con la aclaración de que el Banco sólo sirvió como "intermediario" para que el doctor Ferrer estudiara tales títulos por cuenta de cada interesado, "previo el pago de sus honorarios que ellos le harían".

6.—En las inspecciones oculares efectuadas en la Casa Principal del Banco del Comercio en Bogotá (folios 98 a 100) y en la Sucursal de Quibdó (folios 102 a 106) se verificó la realidad de la correspondencia cruzada entre el demandante y funcionarios del Banco del Comercio en punto a la fijación del sueldo como Asesor Jurídico de dicha sucursal, en la que se le dice al doctor Ferrer que "nunca adquirió la calidad de empleado", al par que se autoriza a la sucursal para que, en caso de debérsele algún trabajo, arregle el precio del mismo con dicho profesional, y se expresa la extrañeza de que éste use el papel del Banco. (Se trata de 2 notas firmadas por el Gerente General doctor Francisco José Ocampo, una dirigida al demandante y la otra al Banco del Comercio, y fechadas en 9 de noviembre de 1954).

La segunda de las inspecciones oculares (efectuada en la sucursal de Quibdó) dio los siguientes resultados: a) En los legajos de nóminas y planillas de empleado del Banco correspondientes al año de 1954, no se halló que el doctor Próspero Ferrer Ibáñez hubiera figurado como empleado; b) Se encontraron diversos conceptos sobre títulos y negociaciones de crédito suscritos por el doctor Ferrer Ibáñez entre el 17 de febrero y el 20 de abril de 1954, y dejaron de hallarse otros relativos a estudios de títulos para operaciones de crédito, en que, según el demandante, también había prestado sus servicios. "No fueron hallados en el archivo, según manifestación verbal del actual Gerente, señor Humberto González, a saber: Concepto sobre el aserradero de Quibdó, Limitada; concepto sobre la firma de Garcés Doria; segundo concepto sobre Jorge I. Torrado, conceptos sobre Gumersindo Asprilla (Demetrio Rivas) y concepto sobre Efraín Montoya, puesto que tales (sic) no existen en el archivo del Banco" (folio 103 vuelto); c) En el libro de cuentas corrientes se comprobó que al doctor Ferrer se le pagaron honorarios, en las cantidades que a continuación se expresan, por sus servicios de asesoría jurídica en las siguientes operaciones: Garcés Hermanos Limitada, $ 35.05; Ramón Garcés Doria, $ 35.05; Eloy Valdés Perea, $ 30.00.

7.—Las cartas de los folios 110 a 114 (cruzadas entre la Casa Principal y la Sucursal referidas en torno a las pretensiones del doctor Ferrer Ibáñez) están significando que los directivos principales de la institución matriz (Comité de Negocios Generales, Gerencia y Sub-gerencia) nunca ratificaron el nombramiento de Asesor Jurídico permanente del Banco en Quibdó, ni tampoco la designación del doctor Ferrer Ibáñez para desempeñar dicho cargo. Al mismo tiempo instruyeron a la Sucursal para que arreglara con el doctor Ferrer los trabajos que éste hubiere realizado. La síntesis de tal postura se halla en el siguiente aparte de la nota número 20209 del 16 de julio de 1954, suscrita por él Sub-gerente y que reza: "Sí, pues, el doctor Ferrer ha prestado algunos servicios a esa Sucursal deben arreglar su valor y manifestarle que no tiene el carácter de abogado a sueldo. Si es cierto que la Junta lo designó, convendría aclarar el asunto en acta posterior y declarar sin efecto la designación".

8.—A folios 120 y vuelto obra el dictamen pericial, debidamente producido, en que se fijó el salario del Asesor Jurídico en la cantidad de $ 400.

La anterior relación de pruebas —dejadas de apreciar unas y mal apreciadas otras, según el recurrente— es demostrativa de la realidad del caso **sub-judice** en su aspecto "de facto". Está probado que la Junta Consultiva del Banco del Comercio, Sucursal de Quibdó, nombró al doctor

Próspero Ferrer Ibáñez Asesor Jurídico de dicho Banco, al par que ratificó dicho nombramiento, y que tal decisión fue tomada bajo la condición de que fuera aprobada por las directivas centrales de dicho Banco, a las cuales se les solicitó igualmente la fijación del "sueldo básico" del designado (apartes 1 y 2); que al doctor Ferrer Ibáñez le fue comunicada informalmente dicha designación, el 12 de enero de 1954, poco después de que ocurriera su nombramiento, por un miembro de la Junta Consultiva (aparte 3); que la Gerencia del Banco del Comercio de Quibdó, sin esperar la aprobación de las directivas centrales de dicha Institución de Crédito, procedió a utilizar en firme los servicios del mismo doctor Ferrer Ibáñez, como si se hubiera consolidado definitivamente su calidad de Asesor Jurídico (apartes 4 y 6), en tanto que los Directores de la Casa Principal desaprobaron dicha designación (aparte 7).

La Corte considera que el antecedente de hecho, suficientemente demostrado, de que el Banco del Comercio, Sucursal de Quibdó, hubiese utilizado los servicios de asesoría legal del doctor Ferrer Ibáñez, y que éste se los hubiera prestado efectivamente, aún haciendo caso omiso de que su calidad de empleado no hubiera llegado a conseguir la firmeza formal debido a la improbación de los Directores del Banco, equivale genéricamente a la configuración de un contrato de trabajo, puesto que aparece el fenómeno "relación de trabajo personal" que la ley (artículo 24 del C. S. del T.), equipara a presunción legal de contrato.

Considera asimismo que, en el caso **sub-judice**, se da un ejemplo típico del "contrato-realidad", en oposición al contrato-forma. La doctrina y la legislación laborales enseñan que la estructuración del nexo contractual, dentro del derecho del trabajo, se verifica en función de la prestación real de servicios personales, hecha abstracción de las formas externas, como lo son, en el **sub-lite**, el sometimiento del **statu** del empleado a los requisitos de administración interna de la entidad patronal; de tal manera que si aquél rinde a ésta efectivamente sus servicios, la segunda no puede evadirse de satisfacer las obligaciones en favor del primero so pretexto de que, dentro de los procedimientos reguladores de la administración patronal, quien prestó realmente los servicios no adquirió formalmente la calidad de empleado. En este aspecto prevalece por tanto el contrato-realidad.

Cotejando la presunción anterior con los elementos del artículo 23 de la ley laboral (servicio personal, continuada subordinación y salario), la Corte encuentra que, hallándose suficientemente demostrado el primero de ellos, ò sea el servicio personal, existen datos probatorios adecuados —no desvirtuados por la parte demandada— para concluír que también aparecen estructurados los los dos últimos. Sobre este particular prospera por tanto la acusación de transgresión por vía indirecta y por falta de apreciación o indebida apreciación de pruebas, que el impugnador formula en la demanda contra la sentencia recurrida. Para llegar a esta conclusión la Sala tiene en cuenta: 1º — El sentenciador afirma que sólo hubo prestación de servicios "en forma aislada", en tanto que el acervo probatorio pertinente indica que, por lo menos durante tres meses, desde la instalación misma de la Sucursal del Banco del Comercio en Quibdó, éste último no se valió de ningún otro abogado distinto del demandante para las labores de asesoría legal conducentes a su establecimiento y a realizar las operaciones de crédito; 2º—Las declaraciones de los testigos antes relacionados demuestran cómo la Gerencia del Banco en distintas ocasiones hubo de condicionar las operaciones de crédito con caución al concepto del asesor jurídico doctor Próspero Ferrer Ibáñez, a quien aquélla le dio órdenes a partir de su nombramiento nunca confirmado, le envió clientes del Banco para el estudio de títulos, le encargó la elaboración de minutas etc., todo lo cual es indicativo de la continuada subordinación y dependencia en que el doctor Ferrer Ibáñez estuvo respecto de la entidad demandada; 3º — La inspección ocular efectuada en el establecimiento bancario de Quibdó es plenamente demostrativa de que, a lo menos entre el 17 de febrero y el 20 de abril de 1954, el abogado Ferrer Ibáñez cumplió sin solución de continuidad y de manera permanente sus labores de asesor jurídico, para las cuales había sido nombrado, ad-referendum de la Casa Principal, desde el 12 de enero de 1954; y, 4º—La locución "en forma aislada" —en referencia a la prestación de servicios— no es un afortunado concepto del sentenciador para reproducir el muy preciso de "continuada subordinación y dependencia" que utiliza el legislador, y cuya esencia radica en la posibilidad jurídica que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador, en cualesquiera circunstancias de tiempo, modo y cantidad de trabajo. La idea de escaso y aislado rendimiento —que por otra parte no está demostrada— no destruiría por tanto el concepto de subordinación que, como ya se dijo, es la posibilidad jurídica de dar órdenes por parte del patrono y

la obligación de obedecerlas por parte del trabajador.

En punto a la retribución de los servicios o salario, el dicho del demandante halla su plena verificación en las actas de la Junta Consultiva de la Sucursal, y en la inspección ocular efectuada en el establecimiento de ésta. Dichas piezas demuestran cómo es cierto que el salario fue pactado en forma indeterminada, y que sería, en total, una cantidad fija y otra variable. La primera fue sometida en vano a las directivas centrales del Banco; y la segunda fue pagada —aunque sólo en tres oportunidades, como ya se vió—, a cuenta de trabajos realizados por el demandante, como se colige de la inspección ocular antes citada.

Lo anterior es suficiente para atender el cargo y admitir su prosperidad en cuanto se refiere a la violación indirecta de las normas sustantivas citadas por el recurrente, salvo en lo que atañe al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo cuya transgresión no aparece configurada. No se casa la sentencia en cuanto a la pretendida violación de este precepto, por cuanto de autos surge que fue discutida la existencia misma del contrato de trabajo por la entidad demandada, con fundamento en duda razonable, sin que en tal discusión aparezca configurada mala fé por parte del patrono.

La Sala va a casar en los términos dichos la sentencia impugnada; y para poder cumplir su cometido de Tribunal de instancia, precede su decisión de las siguientes consideraciones: fue legalmente producida la prueba pericial, como aparece a folios 120 y vuelto ,de la cual se dedujo un sueldo mensual de $ 400.00 como salario debido al demandante. De autos se colige que el actor prestó sus servicios a la entidad demandada desde el 12 de enero hasta el 20 de abril de 1954, o sea por un lapso de tres (3) meses y ocho(8) días, lo cual produce un auxilio de cesantía de **$ 102.98.** Por concepto de primas de servicios durante el mismo período se adeuda al actor **$ 108.88.** Por salarios causados y no pagados durante el tiempo trabajado, **$ 1.306.64.** Y por el término faltante para completar el período presuntivo de seis meses (o sea 2 meses y 22 días) **$ 1.093.26.**

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Quibdó, de fecha 30 de mayo de 1956, y convertida en Tribunal de instancia revoca la del **a-quo**, y en su lugar dispone:

PRIMERO.— Condénase al Banco del Comercio S. A., Sucursal de Quibdó, a pagar al señor doctor Próspero Ferrer Ibáñez las cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

a) Ciento dos pesos con noventa y ocho centavos ($ 102.98) moneda corriente, por concepto de auxilio de cesantía;

b) Ciento ocho pesos con ochenta y ocho centavos ($ 108.88) moneda corriente por concepto de prima de servicios;

c) Mil trescientos seis pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 1.306.64) moneda corriente por salarios causados y no pagados; y

d) Mil noventa y tres pesos con veintiséis centavos ($ 1.093.26) moneda corriente, por lucro cesante durante el lapso que faltó para completar los seis meses de duración del contrato presuntivo.

SEGUNDO. — Absuélvese a la sociedad demandada de los demás cargos de la demanda.

TERCERO.—Sin costas en las instancias ni en este recurso.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CUANTIA DE LA DEMANDA DE RECONVENCION PARA EFECTOS DEL RECURSO DE CASACION. — RECURSO DE HECHO

Cuando se trata de demandas principal y de reconvención, es preciso, para los efectos del recurso extraordinario de casación que tanto la una como la otra satisfagan los requisitos, legales, pues la demanda, de reconvención es distinta e independiente de la principal y si se tramita conjuntamente con ésta, es sólo para atender al principio de la economía procesal. No pueden acumularse las cuantías de las dos demandas para los efectos del recurso de casación, ni basta para estos efectos que una de ellas reuna los requisitos de procedencia para que cobije a la otra, sino que es necesario que ambos los satisfagan. De lo contrario, el recurso sólo puede versar sobre la que atienda a las condiciones del mismo, tal como lo tiene resuelto la jurisprudencia de esta Sala, como la del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintiuno de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.
(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes).

El doctor Jaime Escobar Londoño obrando como apoderado sustituto del señor Joaquín Castro, ha presentado, dentro del término legal, un escrito para fundamentar el derecho que cree tener su representado a que se le conceda el recurso de casación interpuesto oportunamente contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral, de fecha 11 de agosto de 1558, proferida en el juicio ordinario promovido contra el recurrente por el señor Rafael Botero González, recurso que le fue denegado por el Tribunal, por auto de 19 de agosto del presente año. A su solicitud acompaña las copias requeridas para decidir del presente recurso de hecho.

El Tribunal negó el recurso de casación por estimar que ni la demanda principal ni la de reconvención, tenían la cuantía exigida por el artículo 9º del Decreto Ley 1.762 de 1956, pues ninguna de ellas representa una cuantía superior a $ 4.000.00.

La parte demandada solicitó reposición de la providencia, con fundamento en el hecho de que "en la demanda de reconvención se hicieron pedimentos que hacen ascender la cuantía dando lugar al recurso interpuesto en la oportunidad". El ad-quem no accedió a reponer su proveído, ampliando las mismas razones que expuso en la decisión de 19 de agosto del presente año.

Ante la Corte, el recurrente sustenta su solicitud manifestando que, "olvidó el Tribunal el hecho de que en el juicio se propuso por el demandado demanda de reconvención en cuantía indeterminada y por lo mismo se hacía necesaria la estimación pericial para efectos del recurso, al tenor del artículo 524 del C. J. En efecto, la contrademanda se dirige a obtener la condena por estos conceptos:

"a) La cantidad de setecientos cinco pesos ($ 705.00) por honorarios de abogado y gastos.

b) La cantidad de mil quinientos ($ 1.500.00). también por concepto de honorarios profesionales; y

"c) Los demás gastos que le hizo realizar Botero a mi representado, en virtud de suministro de cabalgaduras, alimentación etc. que Botero exigió para realizar diligencias". Termina manifestando que "en las condiciones apuntadas, existe duda sobre la cuantía de la demanda de reconvención y era indispensable hacer el justiprecio por peritazgo en la forma ordenada por la ley".

Para resolver se considera:

Respecto de la demanda principal, no hay duda alguna de que la cuantía de la acción instaurada ascendió a $ 2.325.00, pues las pretensiones del actor se concretaron al pago de las siguientes sumas:

"a) Por gestiones realizadas a nombre del demandado $ 2.000.00.

"b) Por concepto de gastos $ 325.00".

De esta forma, es evidente que la demanda principal no alcanza a la cuantía de $ 4.000.00 exigida por la ley para que sea viable el recurso de casación contra la sentencia del ad-quem.

Por lo que respecta a la demanda de reconvención, las pretensiones de la contrademanda, en sus literales a) y b) de la parte petitoria de la misma, están expresadas con guarismos ciertos y determinados, que ascienden a la suma de $ 2.205.00.

En la tercera petición consignada en el literal c) no se indicó a cuánto ascendía el valor de los gastos realizados por el señor Joaquín Castro para el suministro de cabalgaduras y alimentación para el personal que hubo de realizar algunas diligencias en las gestiones encomendadas a Rafael Botero González y que dieron origen al presente juicio. De las copias que se han acompañado para resolver la solicitud en que se sustenta el recurso de hecho, no aparece elemento alguno que pueda servir para apreciar el valor de esos gastos, ni resulta ese dato del análisis que hacen los juzgadores de primera y de segunda instancia sobre las cuestiones debatidas en el juicio, lo que induce a suponer que su valor no fue acreditado en forma alguna dentro del presente juicio.

El Tribunal en el auto por el cual no repuso la providencia que negó el recurso de casación, consignó lo siguiente: "En el auto recurrido se hizo especial mención de la cuantía de la demanda de reconvención, la cual igualmente se estudió en detalle para ver si por este aspecto el recurso era procedente por razón de la cuantía. Allí se dijo: la demanda de reconvención que a su vez instauró —dentro del mismo juicio— el doctor Ramírez Duque en contra del señor Rafael Botero (folios 14) tampoco llegó a la suma de cuatro mil pesos y en tales circunstancias el recurso de casación no es procedente". Estas consideraciones hacen presumir que el **ad-quem**, que dispusso de todos los elementos allegados al proceso, consideró que no era el caso de dar aplicación al artículo 92 del C. P. T., porque en su concepto no existía verdadero motivo de duda acerca del punto debatido, o sea, que la cuantía de la demanda de reconvención no alcanzaba, "por ninguno de los aspectos del juicio" a la cuantía requerida para conceder el recurso.

No está por demás advertir que, cuando se trata de demandas principal y de reconvención, es preciso, para los efectos del recurso extraordinario de casación, que tanto la una como la otra satisfagan los requisitos legales, pues la demanda de reconvención es distinta e independiente de la principal y si se tramita conjuntamente con ésta, es sólo para atender al principio de la economía procesal. No pueden acumularse las cuantías de las dos demandas para los efectos del recurso de casación, ni basta para estos efectos que una de ellas reuna los requisitos de procedencia para que cobije a la otra, sino que es necesario que ambos los satisfagan. De lo contrario, el recurso sólo puede versar sobre la que atienda a las condiciones del mismo, tal como lo tiene resuelto la jurisprudencia de esta Sala, como la del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo.

La Sala encuentra ajustada a derecho la valoración de la cuantía de cada una de las demandas tramitadas en este juicio, en suma inferior a $ 4.000. y la declaratoria consiguiente sobre la no procedencia del recurso, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9º del Decreto 1.762 de 1956.

En mérito de todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, considera BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Joaquín Castro contra la sentencia de 11 de agosto de 1958 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral, en el juicio seguido por Rafael Botero González contra el recurrente.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal de Manizales, para que conste en los autos.

Tiénese al doctor Jaime Escobar Londoño como apoderado sustituto de Joaquín Castro, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra en estas diligencias.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Luis Alberto Bravo— Roberto De Zubiría— Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CONCILIACION. — PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES. — TERMINACION POR MUTUO CONSENTIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO. — PREAVISO. — CASACION POR VIOLACION DE NORMAS DISTINTAS DE LAS DEL DERECHO LABORAL

1.—El artículo 86 del Código de Procedimiento del Trabajo al definir el objeto de este recurso, declara que la casación en esta rama se establece con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo. Se sienta en esta norma, entre otros, el importante principio de que la misión unificadora y defensiva del recurso sólo se entiende en relación con los preceptos que tengan verdadera categoría de leyes nacionales del trabajo, pues claro que, la finalidad es específica o característicamente limitada a las leyes laborales; de donde se sigue que esta Sala de Casación Laboral no tiene ingerencia en violaciones de carácter civil o de cualquiera otra rama del derecho, a no ser que la cuestión de esta última naturaleza tenga tan íntima conexión con la primera que prácticamente se confundan o identifiquen en sus consecuencias.

2.—Son cosas bien distintas las prestaciones "y las indemnizaciones" pues esa distinción resulta suficientemnete clara de la legislación, en donde se consagra, por separado en distintos preceptos, lo referente a aquellos derechos que procuran la atención patronal de los riesgos que demanda el esfuerzo personal, de aquellos que defienden al trabajador en su trabajo mismo, para su concierto, duración y ejecución, entre los cuales se comprenden los derechos indemnizatorios.

3.—El mutuo consentimiento para dar por terminado el contrato de trabajo, puede constar, por escrito o ser verbal, pero las declaraciones de ambos contratantes deben ser coincidentes en el sentido de que la relación laboral se deje sin efecto a partir de determinada fecha, sea que se trate de un contrato por tiempo fijo o por tiempo indeterminado.

4. El preaviso por sí solo apenas constituye un límite objetivo que constriñe la decisión unilateral de la parte que desea dar por terminado el contrato de trabajo, pero esta decisión unilateral no constituye un derecho absoluto, sino relativo, pues sólo puede ejercerse por un motivo legítimo de los que determina el artículo 63, y además, ese hecho que motive la ruptura del contrato, para darlo por terminado por justa causa, debe ser alegado al tiempo en que se haga uso de esa facultad y no posteriormente.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., once de abril de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Por demanda presentada el 24 de septiembre de 1952, el señor Lawrence Wright Tipton, ciudadano americano, mayor y vecino de Puerto Berrío, por medio de apoderado, demandó en juicio ordinario laboral a la sociedad Construcciones Moore Limitada, domiciliada en esta ciudad y representada por el señor Carlos Eduardo Herman, para que se hiciesen las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERO.—Que se declare por ese Despacho que la Sociedad demandada rompió unilateral, intempestiva e injustamente el contrato de trabajo que tenía celebrado con mi mandante.

"SEGUNDO. — Que, como consecuencia de la anterior declaratoria, se condene a la Sociedad demandada a pagar a mi mandante la suma de DOCE MIL DOSCIENTOS CINCUENTA DOLARES (U.S.$ 12.250.00), por concepto del sueldo correspondiente a 17 y medio meses faltantes para la terminación del contrato de trabajo, en calidad de indemnización; o el equivalente a esta suma en pesos colombianos a la rata del cambio comercial, a elección de mi mandante en el momento de ejecutar la sentencia.

"TERCERO.—En subsidio de la segunda parte de la petición anterior, que el equivalente en pesos colombianos se compute así: el 75% al cambio comercial y el 25% al cambio oficial.

"CUARTO. — Que se declare que la Sociedad demandada no tenía título legal ninguno para descontar sumas de dinero a mi mandante para cubrir gastos de transporte a Colombia, y que lo estipulado en contrario no vale.

"QUINTO.—Que, como consecuencia de esta declaratoria, se condene a la Sociedad demandada a pagar a mi mandante el valor íntegro de las sumas retenidas a él para cubrir gastos de transporte a Colombia.

"SEXTO.—Que se condene igualmente a la sociedad demandada a pagar a mi mandante los gastos de viaje redondo entre Estados Unidos y Colombia (puertos aéreos de New York y Bogotá).

"SEPTIMO.—Que se la condene también a pagar a mi mandante la suma de CIENTO OCHENTA Y NUEVE CON CINCUENTA Y OCHO DOLARES (U.S. $ 189.58) por concepto de vacaciones durante 195 días de servicio ,como trabajador de la construcción.

"OCTAVO.—Que se la condenc a pagar, además la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON DIEZ Y SEIS DOLARES (U.S. $ 379.16) por concepto de auxilio de cesantía por igual tiempo, en el mismo carácter.

"NOVENO.—Que se la condene igualmente a pagar a mi mandante la suma de VEINTITRES CON TREINTA Y TRES DOLARES (U.S.$ 23.33) por cadía día que transcurra entre el 31 de enero de 1952 (fecha del despidó) y el día en que ponga a su disposición la totalidad de los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeuda.

"Subsidiariamente, que esta condenación empiece a contarse desde la fecha de la notificación de la demanda.

"DECIMO.—Que para los efectos de la anterior condenación se tenga como acto de mala fé la retención de salarios hecha por la Sociedad a mi mandante.

"UNDECIMO. — Que se declare que cualquier condenación que se haga en dólares, es susceptible, a elección de mi mandante, de ser cobrada en moneda colombiana al cambio comercial. Subsidiariamente, que el 75% puede ser cobrado al cambio comercial y el 25% al cambio oficial.

"DUODECIMO.—Que se condene en costas a la Sociedad demandada en caso de oposición".

Fundamentó la demanda en los siguientes hechos:

"1.—El 13 de julio de 1951 mi mandante firmó un contrato de trabajo con la Sociedad demandada para trabajar en Colombia como mecánico de trabajo pesado en cualquiera de los trabajos que ella tiene en Colombia con el gobierno colombiano;

"2.—La duración de este contrato sería de dos (2) años;

"3.—El salario estipulado sería de 750 dólares mensuales, pagaderos así: 75% en dólares en un Banco de los Estados Unidos y 25% en pesos colombianos en Colombia, al cambio ofieial;

"4.—Los gastos de viaje redondo de mi mandante serían de cargo de la sociedad demandada;

"5.—Dicho contrato empezó a cumplirse desde el 16 de julio, o sea tres días después ,en la carretera del Carare, tal como había sido estipulado;

"6.—Pero el 31 de enero de 1952, mi mandante fue despedido injustamente, a pesar de que el contrato estipulaba una duración de 2 años, y apenas habían transcurrido 6 meses;

"7.—El despido fue intempestivo;

"8.—Durante el transcurso del contrato, le fue descontada a mi mandante la suma de $ 165.00 dólares mensuales sin título legal ninguno;

"9.—Hasta la fecha no ha recibido ninguna suma por concepto de prestaciones sociales, ni le han pagado sus vacaciones fraccionadas;

"10. — La sociedad demandada ha incumplido totalmente sus obligaciones contractuales y legales con mi mandante".

En derecho invocó en su favor los artículos 43, 65, 73, 310, 64 y concordantes del C. S. del T. y el Decreto 2.158 de 1948.

La sociedad demandada contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando otros y agregando algunas modalidades sobre la forma como se habían sucedido los relacionados por el actor. En cuanto a la parte petitoria de la demanda, se opuso invocando en su favor que, el demandante se retiró voluntariamente por no encontrarse contento en el trabajo y que así lo acordó con el Superintendente de la obra a quien pidió y obtuvo le buscara trabajo en la Caroline Construction Company y con quien convino, inclusive, en que se le diera el preaviso a efecto de verificar sin

dificultades su traslado de una obra a otra; que no hubo pues, ruptura unilateral del contrato por parte de la compañía demandada. Que por lo mismo no puede alegarse indemnización por parte de quien ha querido terminar voluntariamente su contrato para mejorar su situación personal y entrar inmediatamente a trabajar en una nueva empresa; que tampoco puede reclamar salarios por el tiempo faltante de un contrato cuya terminación antes del plazo pactado obedeció a la voluntad unilateral del mismo trabajador, y menos en una obra que se adelanta por administración delegada del Gobierno de Colombia, cuyos trabajadores están asimilados a empleados públicos. En cuanto a la petición para que se condene a la sociedad demandada a pagarle al demandante los gastos de viaje redondo entre Estados Unidos y Colombia (puertos aéreos de Nueva York y Bogotá) la negó por considerar que estaba en abierta oposición con los términos del contrato de trabajo y por no haberse cumplido éste plena y totalmente, debido a las causas antes expresadas, es decir, a la terminación voluntaria de aquél por parte del demandante. En cuanto al pago de vacaciones se opuso alegando error en la cantidad demandada, pues que solamente se adeuda al demandante por es concepto U.S. $ 142.19 cantidad que está a su disposición desde su retiro pero que el demandante no ha querido recibir a pesar de habérsele avisado para que lo hiciera; igualmente se opuso a la suma demandada por concepto de cesantía por considerar equivocada su cuantía, alegando que al demandante sólo se le debía por este concepto U.S.$ 284.37 cantidad que ha estado también a su disposición desde su retiro pero que éste no ha querido recibir por las mismas razones expresadas antes; en cuanto a indemnización por salarios caídos se opuso algeando que el no pago de las únicas prestaciones que la sociedad demandada reconoce deber al demandante o sean las referentes a vacaciones y cesantía obedece al hecho de que el demandante se negó recibirlas, que las demás prestaciones (sic) enumeradas en el punto que contesta serán materia de apreciación por parte del juzgador, para lo cual deberá tenerse en cuenta la causa del retiro, la fecha en que el señor Tipton se retiró de la obra del Carare y aquella en que ingresó a trabajar con la Carolina Construction Company y los perjuicios que haya sufrido y que compruebe legalmente.

Finalmente, propuso la excepción perentoria de carencia de personería sustantiva de la compañía demandada por considerar que "ésta obró en desarrollo del contrato con el señor Tipton como administradora delegada del gobierno nacional y es a —éste por conducto de sus representantes legales— a quien debe demandarse para el pago de las prestaciones que puedan causarse en la obra carretera nacional del Carare".

El juicio se tramitó ante el Juez Cuarto del Trabajó del Círculo Judicial de Bogotá. Es de advertir que no obstante haber aprehendido el conocimiento del negocio el referido Juzgado y adelantado el juicio hasta practicarse la tercera audiencia de trámite, las partes celebraron una audiencia de conciliación ante el Juzgado Segundo del Trabajo del Círculo de Cartagena, con fecha 25 de noviembre de 1952, diligencia en que intervinieron los señores Guillermo Vásquez Brigard en su calidad de representante de Construcciones More Limitada, por una parte y el señor Lawrence Wright Tipton, por la otra "para arreglar amigablemente el pago y definición de prestaciones derivadas de un contrato de trabajo". En dicha diligencia de conciliación se hizo constar lo siguiente: "Abierta la audiencia por el suscrito Juez y por ante su Secretario, invitó a las partes a que conversaran sobre los puntos a conciliar, lo que hicieron en los siguientes términos: 'El señor Vásquez Brigard ofrece pagar al señor Wright Tipton la suma de novecientos seis con cincuenta y seis dólares (U. S. $ 906.56) en moneda americana y en los cheques números 168 y 174 de la fecha contra "Citicens National Bank de los Angeles, California, y a favor del señor Laurence W. Tipton, girados por Construcciones Moor, Limitada, en dos cantidades de U.S. —$ 806.56 y U. S. $ 100.00 respectivamente en concepto de las prestaciones de VACACIONES, CESANTIA, GASTOS DE VIAJE A LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, EXCESO DE EQUIPAJE EN SU VIAJE DE VENIDA Y PRIMAS, en fin todas las prestaciones que la ley otorga'. En traslado lo anterior al señor Laurence W. Wright (sic) manifestó: 'Acepto recibir los dos cheques que por la cantidad de Dollars de $ 906.56 se me ofrece en pago de mis prestaciones al cancelarse el contrato de trabajo que tenía con la empresa Construcciones Moor Limitada, y al recibir esas sumas por las mencionadas prestaciones, dejo a la empresa a paz y salvo por dichos conceptos y sin derecho a ulteriores reclamos'. El Juzgado ADMITE LA ANTERIOR CONCILIACION, la cual tendrá FUERZA DE COSA JUZGADA, al tenor de lo preceptuado en el artículo 78 del Decreto-Ley 2.158 de 1948. Previa la debida radicación archívese la presente diligencia.—En este

mismo acto el suscrito Juez por ante su Secretario hace entrega al señor Lawrence W. Wright (sic) de los cheques en mención, y los recibe manifestando 'a satisfacción'. Concluye esta audiencia se firma para constancia".

Después de haberse resuelto sobre varios incidentes y recursos que se presentaron en el juicio, el Juez del conocimiento desató el negocio por sentencia de fecha 18 de noviembre de 1954, así:

"PRIMERO: SE DECLARA que la sociedad CONSTRUCCIONES MOORE LIMITADA, no tenía fundamento legal alguno para descontar al señor LAWRENCE WRIGHT TIPTON de su salario suma alguna para reembolsarse el valor de los gastos de transporte del señor Tipton a Colombia, y, consecuencialmente, se declara sin valor la estipulación respectiva contenida en el contrato de trabajo suscrito por las partes. (Petición 4ª).

"SEGUNDA: CONDENASE A CONSTRUCCIONES MOORE LIMITADA a pagar al señor LAWRENCE WRIGHT TIPTON el equivalente en pesos colombianos, al cambio oficial en la fecha de ejecutoria de esta providencia, de la cantidad de U.S. $ 1.072.50 (dólares), retenidos por la demandada al actor y de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º de esta providencia.

"TERCERA: DECLARASE PROBADA la excepción perentoria de cosa juzgada, por conciliación en cuanto a las peticiones 6ª, 7ª y 8ª del libelo, referentes a GASTOS DE VIAJE, de IDA Y REGRESO entre New York y Bogotá, VACACIONES Y CESANTIA.

"CUARTO: ABSUELVASE A CONSTRUCCIONES MOORE LIMITADA, de las peticiones 1ª, 2ª, 3ª, 9ª, 10a., y ella (sic) del libelo por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

"QUINTO: CONDENASE A CONSTRUUCCIONES MOORE LIMITADA, a pagar al señor Lawrence Wright Tipton la mitad de las costas de la primera instancia. Tásense".

Por apelación de los apoderados de ambas partes subió el negocio al Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, entidad que, en fallo de 6 de julio de 1955 dispuso:

"1º.—REVOCANSE LOS numerales 1º, 2º y 5o. del fallo proferido por el señor Juez Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, con fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, y en su lugar SE DECLARA PROBADA la excepiión perentoria de cosa juzgada.

"2º.—CONFIRMASE los numerales 3º y 4º del mismo fallo.

"3º—CONDENASE en costas de la primera y segunda instancia a la parte actora.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso recurso de casación el apoderado del demandante y habiéndoselo concedido el **ad-quem**, admitido y tramitado en legal forma, se va a resolver mediante el examen de la respectiva demanda y del escrito de oposición.

LA DEMANDA DE CASACION

Persigue el quebrantamiento total del fallo del Tribunal, para que "se declare sin efecto la conciliación celebrada ante el Juez Segundo del Trabajo de Cartagena el 25 de noviembre de 1952 y revocando la sentencia objeto del recurso se hagan las condenaciones solicitadas en la demanda".

Para estos efectos, formula cuatro cargos con base en la causal 1ª del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, por violación directa de la ley los tres primeros y el último por aplicación indebida ocasionada por error de hecho en la apreciación de las pruebas que puntualiza y que condujeron al sentenciador a violar en forma indirecta la ley, los que la Sala estudia en el orden en que han sido presentados.

Primer cargo.—Acusa la sentencia de ser violatoria de modo directo del artículo 2.471 del Código Civil, según el cual "todo mandatario necesita poder especial para transigir" y en él se deben especificar los derechos objeto de la transacción. Considera que esta norma es aplicable, por analagía de conformidad con el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo.

Para sustentar el cargo, alega que la sentencia parte de la base de que "dicha conciliación fue hecha de acuerdo con la ley y por voluntad de las partes" y acaba por darle a aquélla plena validez con violación directa y manifiesta de la citada norma. Que desde el punto de vista de aquella disposición resulta falsa la afirmación de la sentencia en cuanto a que tal conciliación fue hecha de acuerdo con la ley. Que si así hubiera acontecido, lo primero que ha debido hacer el señor Juez del Trabajo de Cartagena es exigir al señor Guillermo Vásquez Brigard el poder que lo acreditara como representante legal o mandatario especial de la Empresa para intervenir en

nombre de ésta en esa transacción; que en segundo lugar ha debido constatar el mismo Juez si en el poder especial había facultad para transigir determinados asuntos y que por este aspecto resulta falsa la afirmación que hace el acta de conciliación en el sentido de que las partes se presentaron ante el Juez para conciliar en los términos del artículo 22 del Código Procesal del Trabajo. Que no es cierto que la Empresa demandada en este juicio hubiera estado representada en ese acto de conciliación y que "falta a la verdad la sentencia recurrida cuando dice que dicha conciliación fué hecha de acuerdo con la ley y por voluntad de las partes"; concluye manifestando que resulta violada esa disposición ya que de acuerdo con ella, el doctor Guillermo Vásquez, como mandatario, debió presentar poder especial del Gerente, señor Carlos Eduardo Herman o del doctor Silva Torres designado por éste apoderado en el juicio.

A su turno el opositor manifiesta que el recurrente hace consistir la violación en el hecho de que no aparece el poder en virtud del cual el señor Guillermo Vásquez concilió con el demandante las pretensiones y que por falta de ese poder la conciliación no vale. Pero que el actor confunde la figura jurídica de la transacción desde el punto de vista civil, con la conciliación, figura jurídica sustancial de los conflictos de derecho laboral. Que el actor cree que el acto de conciliación que obra al folio 58 del expediente, es contrato de transacción y que como tal debe llenar las formalidades exigidas por el Código Civil; que al respecto cabe anotar que en la transacción como lo han sostenido los tratadistas y el H. Tribunal Supremo en muchas sentencias, por ser contrato, no necesita intervención de funcionario público; que la transacción está gobernada por el derecho privado mas no la conciliación que es de orden público. Agrega que, por otra parte, venir a plantear en casación la falta de personería de una de las partes conciliadoras, es un hecho nuevo que no puede ser materia de conocimiento en casación pues el actor tuvo oportunidad de atacar esta personería en las dos instancias. Que para conciliar no necesita de abogado titulado y en el presente caso la conciliación estuvo plenamente ratificada por la subsiguiente actuación de quien figuraba como apoderado judicial de la empresa demandada. Termina manifestando que la validez de la conciilación no es discutible bajo ningún aspecto: puede hacerse antes de juicio, en juicio, ante funcionario competente. El hecho de estar trabada la litis no inhibe a las partes para conciliar cuando a bien tengan ya que no existe prohibición legal alguna, máxime cuando aun no se había pronunciado sentencia de primera instancia.

Se considera:

El artículo 86 del Código de Procedimiento del Trabajo al definir el objeto de este recurso, declara que la casación en esta rama se establece con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo. Se sienta en esta norma, entre otros, el importante principio de que la misión unificadora y decisiva del recurso sólo se entiende en relación con los preceptos que tengan verdadera categoría de leyes nacionales del trabajo, pues claro que, por este aspecto, la finalidad es específica o característicamente limitada a las leyes laborales; de donde se sigue que esta Sala de Casaación Laboral no tiene ingerencia en violaciones de carácter civil o de cualquiera otra rama del derecho, a no ser que la cuestión de esta última naturaleza tenga tan íntima conexión con la primera que prácticamente se confundan o identifiquen en sus consecuencias.

Enunciado así este punto, que es principal de la cuestión planteada en este cargo, precisa analizar si la acusación de la sentencia por violación directa del artículo 2.471 del Código Civil, implica una cuestión que presente una íntima conexión con los derechos discutidos, en forma tal que lleguen a confundirse o identificarse en sus consecuencias y permita a esta Sala hacer la confrontación entre la sentencia acusada y la norma civil que se considera violada.

Aunque el recurrente se abstiene de indicar en la motivación del cargo las normas de derecho laboral que en su concepto tengan esa íntima conexión con la disposición civil que considera violada por el fallador de segunda instancia, con un criterio de amplitud podría entenederse que ha querido referirse a aquéllas que consagran los derechos que el demandante reclama en el juicio, máxime que, de prosperar el cargo que se estudia, sería preciso que la Corte, al constituírse en tribunal de instancia, entrara a resolver sobre todos los puntos del libelo inicial. De ello resulta, prima facie, la posibilidad de la ingerencia de esta Sala en el estudio del cargo formulado, y así procede.

En el caso presente, se tiene lo siguiente: la sentencia recurrida parte de la base de considerar que el acta de la diligencia de conciliación celebrado ante el Juez 2º del Trabajo del Círculo Judicial de Cartagena, el día 25 de noviembre de 1952, que obra al folio 58 del cuaderno principal del expediente, y que oficiosamente el Juzgado

ordenó tener como prueba en la cuarta audiencia de trámite (folios 60) configura y demuestra plenamente los hechos constitutivos de la excepción perentoria de cosa juzgada, respecto a todos los derechos reclamados en el juicio; y, en efecto, en ese documento probatorio se basa para declarar probado ese medio exceptivo con relación a las peticiones 4ª., 5ª, 6ª, 7ª y 8ª de la demanda, aunque procediendo en forma ilógica a la motivación del fallo en su parte resolutiva confirmó lo resuelto en el punto cuarto por el Juez de primera instancia, que absolvió a la sociedad demandada de las peticiones 1ª, 2ª, 3ª, 9ª, 10ª y 11a. del libelo inicial.

En efecto en la sentencia impugnada, el fallador se expresa así: "Este Tribunal considera, de conformidad con lo estatuído por las disposiciones citadas que el Juez de Cartagena que llevó a cabo la conciliación entre las partes sí tenía facultad para ello y que dicha conciliación fue hecha de acuerdo con la ley y por voluntad de ambas partes, las que siguen el acta de la audiencia respectiva. En esa consta el día y la hora en que tuvo lugar la diligencia; la invitación del Juez para que se conciliaran las diferencias, y el acuerdo a que llegaron las partes con la constancia expresa de que el Juzgado admite la conciliación y que ésta tiene fuerza de cosa juzgada. Esta calificación del entendimiento entre las partes como cosa juzgada, crea a la luz de las disposiciones legales, una excepción perentoria que faculta al Juez para limitarse únicamente a su estudio sin necesidad de estudiar las demás propuestas. La misma acta trae la constancia de que el actor recibió el valor convenido por la conciliación de las diferencias existentes". Y más adelante agrega: "En el acta de audiencia en la cual consta la conciliación llevada a cabo en el Juzgado Segundo del Círculo del Trabajo de Cartagena, la cual cursa al folio 58 del expediente, expresamente existe la manifestación hecha por la parte actora de que recibe determinada suma de dinero por las prestaciones enumeradas en la misma y por todas las que la ley otorga y que acepta recibir los cheques que se le ofrecen en pago de sus prestaciones al cancelarse el contrato de trabajo que tenía con la Empresa, dejando a ésta a paz y salvo por dichos conceptos y sin derecho a ulteriores reclamos. Indudablemente que en esa acta constan obligaciones adquiridas por las partes, como son la de pagar y la de renunciar a cualquiera futura reclamación, hechos que tuvieron plena vigencia desde ese momento, y que por acuerdo de las partes llevado a cabo con entera libertad, tiene fuerza de cosa juzgada como lo manifiesta el mismo señor Juez 2º del Trabajo de Cartagena en el acta tantas veces citada".

Para el recurrente, en cambio, de acuerdo con el artículo 2.471 del Código Civil, que considera violado, "resulta falsa la afirmación de la sentencia en cuanto a que tal conciliación fue hecha de acuerdo con la ley" porque, en su concepto, el Juez Segundo del Trabajo del Círculo Judicial de Cartagena, debió exigir "al señor Guillermo Vásquez Brigard el poder que lo acreditara como representante legal o mandatario especial de la empresa para intervenir en nombre de ésta en esa transacción y constatar "si en el poder especial había facultad para transigir determinados asuntos" para concluír que no es cierto que la Empresa demandada en este juicio hubiera estado representada en ese acto de conciliación.

A primera vista salta de la argumentación del recurrente, que hay un hecho en discusión: la falta de representación de la Empresa demandada en la diligencia de conciliación realizada ante el Juez del Trabajo de Cartagena, funcionario distinto de aquel que tenía el conocimiento del negocio. Dentro del juicio propiamente, no se discute ni ha sido materia de ataque la personería de las partes que en él han intervenido. La motivación del cargo se dirige exclusivamente a impugnar el acto judicial de la diligencia de conciliación que se realizó ante el Juez del Trabajo de Cartagena por falta de personería de quien intervino en ese acto en representación de la Empresa demandada. Es decir, se trata por el recurrente de encontrar discordancia entre la norma que invoca y el acto judicial, la conciliación, que sirvió al sentenciador para encontrar acreditada la excepción perentoria de cosa juzgada, por haberse presentado y admitido en el juicio, el acta en que se hizo constar ese acuerdo.

Pero ocurre que esta falta de personería no se planteó ni fue materia de discusión en las instancias, lo que constituye un medio nuevo que sólo ahora ha venido a invocarse y no puede ser materia de estudio en casación, pues ésta como recurso extraordinario, en cuanto juzga una actividad **in judicando**, no puede rebasar los límites dentro de los cuales se ejercitó y por este motivo es improcedente el referido cargo. Además, ello entraña una cuestión de hecho pues está dirigido a impugnar la apreciación que el juzgador hizo del documento o prueba contenida en el acta de la referida audiencia de conciliación, cuestión que no podía atacarse por la vía directa escogida por el recurrente.

Por otra parte, aunque la cita del artículo 2.471 del Código Civil que el recurrente estima violado, se considera pertinente por la existencia en derecho laboral del principio consagrado por la norma, el cargo siempre quedaría incompleto por no haberse relacionado, como se deja expresado, con aquellas normas laborales que consagran los derechos a que se refiere la sentencia impugnada. No prospera el cargo.

Segundo cargo.—Acusa violación, por infracción directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sostiene el recurrente que, si se tiene en cuenta que en la demanda se solicitó la indemnización por mora a que se refiere la norma invocada; que la Empresa no hizo la consignación judicial del valor de la cesantía y de las vacaciones que voluntariamente quiso cancelar al trabajador según lo afirmado en la contestación de la demanda, y en fin, si se considera que transcurrieron 298 días entre la fecha del despido (31 de enero de 1952) y la fecha en que se celebró la conciliación (25 de noviembre de 1952), resulta indudable que el Tribunal estaba obligado a condenar a la empresa por este concepto, a razón de 23.33 dólares por día, o sea un total de dólares 6.952.34. Que en el acta de conciliación no se menciona esta indemnización y que ello es explicable porque al Juez del Trabajo de Cartagena se le ocultó que entre las partes cursaba un juicio laboral ante el Juez Cuarto del Trabajo de Bogotá. Concluye la motivación del cargo manifestando que hallándose establecido plenamente que la Empresa no consignó el valor de las prestaciones que creía deber a Tipton y que la conciliación se hizo 298 días después del despido, existe la violación directa del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo que ha debido aplicarse por el Tribunal en la sentencia objeto de este recurso.

El opositor, por su parte, manifiesta que el recurrente pretende ignorar que la prestación por cesantía y vacaciones, en cuanto a moneda colombiana se refiere, fue recibida por Tipton el 29 de enero de 1952, según aparece de las órdenes de pago y recibos firmados por el reclamante que obran a los folios 24 y 25 del cuaderno principal. Agrega que el cargo carece de fundamento toda vez que dentro de la conciliación quedó arreglado totalmente el diferendo y cuando se trata de indemnización por sanción, como lo constituyen los salarios caídos provenientes de la norma del artículo 65, son perfectamente renunciables por no ser derechos ciertos e indiscutibles. Que teniendo como la tiene, plena validez la conciliación, mal podía el Tribunal aplicar una norma para condenar sobre un hecho ya arreglado en conciliación entre las partes.

Se considera:

Aunque el Tribunal sentenciador en el fallo que se revisa en casación no hizo un análisis concreto del apunte relacionado con la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones debidos al trabajador, conforme al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y a que se refiere el punto 9º de la demanda que dio origen a este juicio, ya se ha visto al analizar el cargo anterior, que el sentenciador encuentra configurados y demostrados plenamente los hechos constitutivos de la excepción perentoria de cosa juzgada, respecto a todos los derechos reclamados en el juicio, haciendo esa apreciación probatoria a través del documento o acta de la diligencia de conciliación que se verificó ante el Juez Segundo del Trabajo del Círculo Judicial de Cartagena, que obra al folio 58 del expediente. En efecto, el Tribunal después de hacer un análisis sobre la forma como deben ejecutarse los contratos, se expresa así: "Las obligaciones que existían por parte de la Compañía Construcciones Moore Limitada para con el señor Tipton se extinguieron por convención entre las partes interesadas, las cuales eran capaces de disponer libremente, facultadas para ello por el artículo 1.625 del Código Civil, y por el mismo Código Sustantivo del Trabajo que faculta para llevar a cabo la conciliación. El señor Tipton se obligó para con la Compañía a no hacer ningún reclamo posterior, a la vez que dejó a ésta libre y a paz y salvo de cualquier obligación para con él, actitud aceptada por nuestras leyes civiles. Artículo 1.494 y 1.495 del Código Civil. Por todas las razones expuestas anteriores, esta entidad considera que el señor Tipton arregló con la Compañía demandada todos los asuntos pendientes con ésta, asuntos de los cuales emanaban obligaciones para la Compañía. Y que ese arreglo surgió en la conciliación llevada a cabo ante el Juzgado Segundo del Círculo del Trabajo de Cartagena, como consta en el acta que cursa al folio 58 del expediente, y cuyos convenios entre las partes tienen fuerza de cosa juzgada'.

La primera forma de violación de la ley sustantiva, que consiste en la infracción directa de la norma, ocurre cuando, independientemente de las cuestiones de hecho sobre las cuales no hay discusión, se omite o deja de aplicar la disposición legal pertinente, o cuando se aplica a un hecho inexistente. En el caso presente y ateniéndose esta Sala a las apreciaciones del fallador de se-

gunda instancia, contenidas en los apartes del fallo que se dejan transcritos antes, la no aplicación del precepto contenido en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para negar la condena solicitada de indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones y su consecuente resolución de confirmar en este punto el fallo de primera instancia, llevan a la Sala a la conclusión de que, en la hipótesis contemplada, la cuestión probatoria no está descartada y en consecuencia la violación de la norma invocada no puede darse sino indirectamente, es decir, a través de errores de hecho por falta de apreciación o apreciación errónea de las pruebas. Como el recurrente al formular el cuarto cargo ataca la sentencia del Tribunal por violación indirecta, ocasionada por error de hecho, entre otras, de la misma norma contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a su debido tiempo se estudiará con mayor amplitud la cuestión planteada en el cargo que se estudia, el cual no prospera por las razones dichas.

Tercer cargo.—Acusa la sentencia de violar directamente las normas contenidas en los artículos 43 y 72 del Código Sustantivo del Trabajo (este último aplicable por analogía) y 2.067 del Código Civil, en cuanto revoca la condenación que hiciera el fallo de primera instancia en el sentido de obligar a la Empresa a devolver a Tipton salarios retenidos por valor de U.S. $ 1.072.50.

Sustenta el cargo manifestando que según las disposiciones invocadas, al patrono le corresponde el pago de los gastos de transporte del trabajador; que en consecuencia la cláusula del contrato de trabajo (folio 99) que autorizó al patrono para retener parte del salario por aquél concepto es ineficaz e inoperante y debe tenerse por no escrita conforme al artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, que resulta así infringido directamente, lo mismo que el artículo 13 del mismo Código. Agrega que en el acta de conciliación llevada a cabo ante el Juez de Cartagena no se hizo ninguna referencia concreta a estas retenciones y que la sentencia recurrida no está acorde con la verdad cuando asevera que "dichos gastos fueron objeto de arreglo entre las partes". Termina manifestando que, "probado como está en el expediente (hojas 2, hecho 8º de la demanda y aceptación de este hecho en la contestación de hojas 16) que esas retenciones se efectuaron, la sentencia recurrida debió ordenar su devolución a Tipton y su omisión en hacerlo da razón al cargo formulado de violación directa de aquellas normas".

En relación con este cargo, el opositor manifiesta que estudiadas las dos normas contenidas en los artículos 43 y 72 del Código Sustantivo del Trabajo en cuya violación directa el recurrente hace consistir el cargo formulado, la primera se refiere a cláusulas inoperantes que contengan estipulaciones que desmejoran al trabajador y la segunda o sea el artículo 72 se refiere a enganche de trabajadores en Colombia para prestar servicios en el exterior, artículo que impone ciertos requisitos de forma y de fondo a los contratos que se realicen, tales como aprobación del Ministerio del Trabajo, gastos de movilización de ida y de regreso, prestación de caución etc. Que en el caso del señor Tipton el contrato se realizó en el exterior para que tuviera vigencia en Colombia, por lo cual no ve cuál es el fundamento del cargo, ni la acusación al artículo citado. Agrega que el cargo debe desecharse como consecuencia de la conciliación efectuada entre las partes, por medio de la cual se arreglaron todas las diferencias provenientes del contrato de trabajo que existió entre el reclamante y la empresa demandada.

Se considera:

La parte pertinente al cargo que se estudia, es analizada por el Tribunal, en la siguiente forma:

"El señor Juez de la primera instancia hace una condenación a cargo de la Compañía, en el sentido de obligar a ésta a pagar al señor Tipton mil setenta y dos con cincuenta dólares retenidos por la demandada al actor, como consta en el numeral segundo del fallo respectivo, proferido en la primera instancia. Mas si se obsreva que en el contrato que cursa al folio 99 del expediente existe la cláusula que faculta a la Compañía para retener una suma mensual para gastos de transporte a Colombia, y de regreso a los Estados Unidos, y que en el acta de conciliación dichos gastos fueron objeto de arreglo entre las partes, legalmente hay que concluír con que las sumas correspondientes también fueron objeto de conciliación según los términos del acta, razón por la cual habrá de revocarse lo dispuseto por el señor Juez de la primera instancia en los numerales primero y segundo del fallo recurrido".

De lo anterior resulta claramente que el fallador no dejó de aplicar una norma a un hecho que consideró existente, o sea, el de la retención por parte de la Empresa de la suma 1.072.50 dólares de los salarios devengados por el trabajador durante el tiempo que prestó sus servicios a aquélla, de acuerdo con la estipulación contractual y para los fines previstos en el contrato de trabajo, sino que, por el contrario, mediante el proceso valo-

rativo de las pruebas aducidas al juicio, consideró demostrado un hecho exceptivo con fuerza suficiente para extinguir la obligación que generaba el primer hecho, al considerar que la suma reclamada por el demandante había sido objeto de arreglo en la conciliación efectuada ante el Juez Segundo del Trabajo del Círculo Judicial de Cartagena que obra a fojas 58 del expediente y declarar probada la excepción perentoria de cosa juzgada. En tales circunstancias la aplicación por el juzgador de la norma que consagra la excepción de cosa juzgada a un hecho que el fallador encuentra demostrado, no se convierte en infracción directa porque el recurrente considere que el hecho no existió y así lo plantee en la demanda de casación al motivar el cargo aducido, como tampoco se convierte en infracción directa la falta de aplicación de la norma al hecho que el fallador consideró inexistente, porque el recurrente pretenda demostrar la existencia de ello. Del mismo planteamiento que hace el Tribunal resulta que para él el punto debatido sobre la devolución de los valores retenidos al demandante por concepto de sus salarios cuya devolución se exigía en la demanda fue materia de arreglo entre las partes por la conciliación celebrada ante el Juez del Trabajo de Cartagena. Tal entendimiento implica una cuestión probatoria que sólo puede revisarse por la vía del error de este orden no señalada por el recurrente.

Pero si aún por amplitud se considerara el cargo en la forma planteada por el recurrente, se llegaría a la conclusión de que él no podría prosperar porque las normas que se señalan como violadas por infracción directa, para impugnar la sentencia, se refieren no a la reglamentación del salario en sus modalidades de lugar y tiempo de pago, renunciabilidad, retención y prohibiciones para retenerlo, sino que hacen referencia a normas sustantivas del trabajo y del Código Civil que imponen obligación de reconocer al trabajador los gastos de transporte, en determinados eventos, de su domicilio al lugar donde deba ejecutarse el trabajo. Ahora bien, la finalidad del cargo que se analiza es la de conseguir que se declare lo pedido en los puntos 4º y 5º de la demanda, o sea, que se condene a la Empresa demandada a pagar al demandante el valor de las sumas retenidas al demandante por concepto de sus salarios devengados y no a la petición contenida en el punto 6º de la misma que pide la condena de pago de los gastos de viaje de ida y regreso del demandante entre Estados Unidos y Colombia, puertos aéreos de New York y Bogotá. No existió la violación indicada y por ello no prospera el cargo tercero.

Cuarto Cargo.—Dice: "La sentencia recurrida viola los artículos 15, 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo y el 1.625 del Código Civil, por aplicación indebida, ocasionada por error de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas: las confesiones hechas por la parte demandada en la contestación de la demanda (fojas 16 y siguientes) en relación con los hechos de esta última (folios 1 a 5); la confesión hecha por el Gerente de la Empresa demandada en posiciones, como consta a fojas 34 del expediente, al absolver la 4ª de las preguntas, en el sentido de que Tipton fue despedido de la Empresa; el contrato de trabajo de fojas 99; y, en fin, el acta de conciliación de folios 58".

Para motivarlo el recurrente manifiesta que según la sentencia impugnada, con el recibo por parte de Tipton de la suma de U.S.$ 906.22, quedaron conciliadas todas las reclamaciones tanto las indiscutibles y claras allí especificadas, como todas las demás que pudieran existir a cargo de la Empresa y a favor de dicho trabajador, en virtud, según la sentencia, "de lo dispuesto por el artículo 1.625 del Código Civil y por el mismo Código Sustantivo del Trabajo, que faculta para llevar a cabo la conciliación".

Que la infracción indirecta de aquelas normas, por aplicación indebida, fue posible en la sentencia recurrida por la falta de análisis de las pruebas mencionadas, y, sobre todo, por haber omitido el Tribunal determinar cuáles de las prestaciones mencionadas y especificadas en el acta de conciliación, tenían el carácter de ciertas e indiscutibles, cuál el monto de cada una y cuál su valor global, para luégo proceder a confrontar esta suma con la acordada en la conciliación y saber así hasta dónde podía existir una conciliación equitativa, o si en lugar de ésto se había operado una renuncia de prestaciones y salarios indiscutibles y cuánto recibió el mismo trabajador por concepto de las reclamaciones discutibles o dudosas. Que por parte alguna se vio este proceso de confrontación y análisis que daba al Tribunal la oportunidad de ejercer su función tuteladora, en la medida del artículo 9º del Código Sustantivo del Trabajo con la responsabilidad del caso, como lo ha dicho el Tribunal Supremo del Trabajo en varios fallos, que en lo pertinente cita en su apoyo. Que según el acta de conciliación de folios 58, en concordancia con la demanda y con la contestación de la misma, la transacción se concretó a las siguientes reclamaciones, que allí mismo se

especificaron y que tienen el carácter de indiscutibles: cesantía, vacaciones, gastos de viaje de Estados Unidos, exceso de equipaje y primas. Que liquidadas tales prestaciones con base en la remuneración de 700 dólares y por el lapso de servicio (seis meses y medio) valen en total y sin incluír lo relativo a exceso de equipa,e U. S. $ 1.618, así: cesantía por U. S. 379.00; vacaciones U. S. 189.58;prima U. S. 350.00; pasajes de venida y regreso a Estados Unidos, liquidados según las probanzas de Avianca y Grace Line de fojas 48 y 67 por U. S. 700.00, equivalentes a $ 2.134.00 moneda colombiana. Agrega que al monto total de esta reclamación debe aumentarse la suma de U. S. 1.072.50 que de acuerdo con el contrato de trabajo con la demanda y con la contestación de la misma, se retuvieron a Tipton durante el tiempo servido y a razón de U. S. 165.00 por mes (hecho 8º de la demanda) y confesión del mismo en la contestación a fojas 16, lo que debe imputarse porque no es justo que la Empresa le fuera a reconocer el valor de los pasajes a Tipton con dineros de la exclusiva propiedad de éste y porque en el supuesto de que la cláusula del contrato que previó la retención de los salarios, tuviera algún valor, la Empresa en la conciliación se obligó a reconocer los pasajes por su cuenta, sin duda por reconocer implícitamente que Tipton había sido despedido.

Argumenta que "como la conciliación se hizo el 25 de noviembre de 1952 y el despido de Tipton se operó el 31 de enero del mismo año, dicho trabajador tenía para aquella fecha el derecho claro e indiscutible a la indemnización por mora en el pago de las prestaciones que la Empresa formalmente quiso reconocerle (cesantía y vacaciones) y por no haber sido consignadas oficialmente las sumas respectivas. Así pues para el día de la conciliación la Empresa adeudaba a Tipton por este concepto U. S. 6.952.00, valor de 298 días a U. S. 23.33 cada día. Y no está por demás agregar que este concepto (indemnización por mora) tampoco fue previsto concretamente en la conciliación, no obstante tener el carácter de indiscutible y claro". Agrega que con base en las cuentas anteriores y totalizándolas se llega a la conclusión de que la Empresa debía a Tipton, por concepto de prestaciones, salarios retenidos e indemnización, la suma de U. S. 10.158.50. No obstante, según su concepto, para cancelar y transigir esa suma, la Empresa, indebidamente representada en aquella conciliación, reconoció apenas a su poderdante U. S. 906.22 lo que quiere decir que la Empresa queda a deberle a su representado, por conceptos claros, indiscutibles e intransigibles por implicar renuncia de prestaciones y salarios, la suma de U. S. 9.252.28. Que hecha la anterior confrontación y análisis que omitió el Tribunal en su sentencia, se llega a la conclusión de que Tipton en esa conciliación no recibió ningún valor por concepto de la reclamación que en principio tuvo el carácter de discutible, o sea el pago de U. S. 12.250 por concepto de indemnización por el rompimiento unilateral del contrato de trabajo y de conformidad con el artículo 65 (sic) del Código Sustantivo del Trabajo. Manifiesta además, que la condenación por la indemnización anterior es consecuencia necesaria de estar acreditado, por confesión el despido de Tipton de la Empresa, prueba ésta que omitió estudiar el Tribunal porque sentada la tesis de la validez de la conciliación de Cartagena, sobraba el estudio del expediente en su totalidad. Que tal confesión consta en la copia de las posiciones que absolvió el representante de la Empresa demandada, señor Herman, ante el Juzgado Primero del Trabajo, copia que se presentó durante la primera audiencia de trámite y que el Juzgado, según consta a fojas 41, decretó de oficio, para que de acuerdo con lo pedido, fuera ratificada por el absolvente, con la circunstancia de que a folios 46 vuelto aparece la notificación hecha a Herman para que se presentara al Juzgado con aquel fin y que ello no se realizó por la excusa que el notificado dejó allí, pero que tal reconocimiento no operó tácitamente en los términos del artículo 645 del Código Judicial, por haber obrado esas posiciones en juicio y no haber sido redargüídas de falsas por la parte demandada. Que está acreditado hasta la evidencia que en la conciliación llevada a cabo ante el Juez de Cartagena lo que hubo fue una renuncia de prestaciones, salarios e indemnizaciones y que por ello y en virtud de lo dispuesto por el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo, no tiene ningún valor la conciliación y en consecuencia queda sin base alguna la sentencia recurrida al sustentar a aquélla e impartirle su aprobación.

Por su parte, el opositor manifiesta que el cargo carece de fundamento y se pregunta cómo puede haber error de hecho si el Tribunal y el Juzgado de instancia no podían pronunciar condenación toda vez que, en primer lugar, se conciliaban todas las pretensiones y en segundo lugar el actor desistió expresamente del juicio. Agrega que la conciliación no redujo ningún derecho cierto del trabajador pues, por el contrario, la Empresa reconoció suma superior a los derechos ciertos re-

clamados, ya que los salarios faltantes para cumplir el plazo no podían considerarse como ciertos pues dependían de que en sentencia se estableciera la ruptura unilateral e ilegal del contrato por parte de la Empresa demandada; que siendo inciertos no puede hablarse de renuncia en perjuicio del trabajador. Que lo mismo puede decirse de los salarios caídos como indemnización por mora en el pago, fuera de que como consta a folios 24 y 25, 27 y 28 aparecen las liquidaciones por vacaciones y cesantía del ex-trabajador hechas el 29 de enero de 1952, de las cuales recibió lo correspondiente en moneda colombiana según los recibos firmados por el señor Tipton y que, en consecuencia, no puede hablarse de salarios caídos cuando el demandante recibió en tiempo parte de sus prestaciones sociales.

Se considera.

Como lo ha expresado esta Sala, al hacer el estudio de los tres primeros cargos de la demanda de casación, el Tribunal profirió la sentencia recurrida, partiendo de la base fundamental de considerar que en la conciliación verificada ante el Juez del Trabajo de Cartagena, según el acta que obra al folio 58 del expediente, las partes habían arreglado todos los asuntos pendientes, que eran materia de juicio, como se observa fácilmente de las transcripciones de varios apartes del fallo recurrido, y en especial del que nuevamente se transcribe:

"Por todas las razones expuestas anteriores, esta entidad considera que el señor Tipton arregló con la Compañía demandada todos los asuntos pendientes con ésta, asuntos de los cuales emanaban obligaciones para la Compañía. Y que ese arreglo surgió en la conciliación, llevada a cabo ante el Juzgado Segundo del Círculo del Trabajo de Cartagena, como consta en el acta que cursa al folio 58 del expediente, y cuyos convenios entre las partes tienen fuerza de cosa juzgada".

Precisa hacer previamente un análisis de confrontación entre las peticiones cuya condena se solicitó en la demanda y el acta en que se hizo constar la conciliación, para saber con certeza si la apreciación que el fallador hizo de ese documento fue o no acorde con la voluntad de las partes conciliadoras y cuál el alcance de esa manifestación de la voluntad en busca de la verdad real. En efecto, el actor en su libelo que dio origen al juicio, demandó de la sociedad Construcciones Moore Limitada el pago de varias sumas de dinero por los siguientes conceptos: indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato que prevé el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o perjuicios compensatorios que, expresamente, limitó al lucro cesante; la indemnización de perjuicios de orden simplemente moratorios, que prevé el artículo 65 de la misma obra; el pago del auxilio de cesantía y de vacaciones correspondientes al tiempo de servicios prestados a la demandada; el pago de sumas provenientes del salario que le habían sido retenidas, para cubrir gastos de transporte a Colombia y el pago de los gastos de viaje de Estados Unidos a Colombia, entre New York y Bogotá y viceversa. Ello implica que la acción del demandante se dirigió a obtener el reconocimiento y pago de los derechos que creía tener a su favor, por los siguientes conceptos: salarios retenidos, prestaciones, indemnizaciones y gastos de transporte del trabajador. De acuerdo con lo que consta en el acta de la audiencia de conciliación, el arreglo entre las partes se verificó en los siguientes términos: "El señor Vásquez Brigard ofrece pagar al señor Wright Tipton la suma de novecientos seis con cincuenta y seis dólares (U. S. 906.56) en moneda americana y en los cheques números 178 y 174 de la fecha contra "Citicens National Bank de Los Angeles, California, y a favor del señor Lawrence W. Tipton, girados por Construcciones Moore Limitada. en dos cantidades de U.S. $ 806.56 y U.S. $ 100.0, respectivamente en concepto de las prestaciones de VACACIONES, CESANTIA, GASTOS DE VIAJE A LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, EXCESO DE EQUIPAJE EN SU VIAJE DE VENIDA Y PRIMAS, en fin todas las prestaciones que la ley otorga". En traslado lo anterior al señor Lawrence W. Wright (sic), manifestó: 'Acepto recibir los dos cheques que por la cantidad en Dollars de $ 906.56 se me ofrece en pago de mis prestaciones al cancelarse el contrato de trabajo que tenía con la Empresa Construcciones Moore Limitada, y al recibir esas sumas por las mencionadas prestaciones, dejo a la Empresa a paz y salvo por dichos conceptos y sin derecho a ulteriores reclamos'."

De la transcripción anterior aparece, en forma clara y nítida, que el arreglo de las partes verificado en la audiencia de conciliación celebrada ante el Juez de Cartagena fue un acuerdo parcial y que como tal quedaron pretensiones pendientes, fuéra de la conciliación, como son: las referentes a la indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato, la indemnización por mora en el pago de deudas laborales y la devolución de las sumas retenidas por concepto de salario a que se contraen las peticiones contenidas en los puntos 1º, 2º 3º, 4o., 5o. y 8o. de la

demanda. No es acertado el razonamiento del Tribunal cuando considèra en el fallo recurrido "que el **señor Tipton arregló con la compañía demandada todos los asuntos pendientes con ésta,** asúntos de los cuales emanaban obligaciones para la Compañía. Y que ese arreglo surgió en la conciliación llevada a cabo ante el Juzgado Segundo del Círculo Judicial del Trabajo de Cartagena, como consta del acta de folio 58 del expediente" (subraya la Sala), pues en el acta no se hizo constar que la conciliación hubiera comprendido también las pretensiones relacionadas con las indemnizaciones de que se ha hablado, ni se dijo, en forma general, que mediante ese arreglo quedaban conciliados todos los derechos discutidos en juicio entre las partes. Ese entendimiento no puede deducirse de la frase en que la parte demandada en su oferta de conciliar y después de determinar en forma expresa el concepto de los derechos materia del arreglo, agrega: "En fin todas las **prestaciones** que la ley otorga" (subraya la Sala), porque el demandante al considerar la propuesta de la parte contraria y al aceptarla, reafirma el concepto de que el pago que se le ofrece se refiere a sus prestaciones y que recibe esa suma y deja a la Empresa a paz y salvo por dichos conceptos es decir por las "mencionadas prestaciones". Ahora bien. Son cosas bien distintas las prestaciones "y las indemnizaciones" pues esa distinción resulta suficientemente clara de la legislación, en donde se consagra, por separado en distintos preceptos, lo referente a aquèllos derechos que procuran la atención patronal de los riesgos que demanda el esfuerzo personal, de aquellos que defienden al trabajador en su trabajo mismo, para su concierto, duración y ejecución, entre los cuales se comprenden los derechos indemnizatorios.

Definido de esta suerte el alcance y contenido de la conciliación cuya acta consta al folio 58 del expediente, no resulta correcta la apreciación del fallador en su sentencia, para considerar que en ese acto conciliatorio el señor Tipton había arreglado con la Compañía demandada "todo los asuntos pendientes con ésta". Incurrió, por tanto, en evidente error de hecho en la apreciación de esta prueba.

Visto lo anterior, del mismo análisis se llega a la conclusión de que el documento que sirvió de base al sentenciador para proferir el fallo recurrido y que obra a folios 58 del expediente, representa un acuerdo de las partes, que los procesalistas denominan autos —composición, por el cual se obtuvo una resolución parcial de la controversia mediante el acto judicial que el Código de Procedimiento del Trabajo denomina Conciliación y que tiene el efecto de cosa juzgada solamente en cuanto a los puntos que fueron materia del acuerdo entre las mismas. No puede hablarse de que ese documento contenga una transacción, puesto que ésta es un contrato entre dos partes que no exige la presencia, dirección, ni impulso de funcionario estatal ninguno que la dirija y estimule. El acto de conciliación verificado entre las partes ante el Juez del Trabajo de Cartagena y que consta en el acta de la respectiva diligencia que obra al folio 58 del expediente, no implica una renuncia de prestaciones, salarios e indemnizaciones como lo sugiere el recurrente, puesto que dentro de los 906.56 dólares que el demandante Tipton recibió por razón de los derechos objeto de la conciliación se comprenden suficientemente los Valores reclamados en la demanda, por concepto de vacaciones y cesantía que eran los derechos ciertos e indiscutibles y además, lo referente a gastos de viaje a los Estados Unidos de América. Por lo que hace al valor de los derechos reclamados en la demanda por concepto de indemnizaciones y la devolución de salários retenidos, ya se ha expresado que estos derechos no pudieron quedar incluídos en la conciliación.

Con base en estas consideraciones, al continuar en el estudio de esta acusación, precisa determinar claramente que, según se desprende de la proposición jurídica contenida en el mismo cargo, el recurrente persigue la revisión del fallo únicamente por los extremos de la indemnización por ruptura unilateral del contrato de trabajo y de indemnización moratoria, que contemplan las disposiciones contenidas en los artículos 64 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo; lo referente a la devolución de los salarios retenidos y a que se concretan los puntos 4 y 5º del libelo inicial que no fue objeto de la conciliación, el recurrente no lo comprende o incluye en el cargo que se estudia, pues aunque en forma incidental, en la motivación del mismo, hace alusión a la devolución o reintegro de los 1.072.50 dólares que le habían sido retenidos por la demandada durante el tiempo en que le prestó sus servicios, dejan, sin embargo, de señalarse las disposiciones legales sustantivas, referentes a salarios, que en su concepto pudieron violarse por el fallador, mediante la errónea apreciación o falta de apreciación de las pruebas que indica el recurrente.

Por lo que hace a la indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones conforme a lo estatuído por el artículo 65 del Código Sustantivo

del Trabajo, el recurrente razona así: "Ahora bien, como la conciliación se hizo el 25 de noviembre de 1952 y el despido de Tipton se operó el 31 de enero del mismo año, dicho trabajador tenía para aquella fecha el derecho claro e indiscutible de la indemnización por mora en el pago de las prestaciones que la empresa formalmente quiso reconocerle (cesantía y vacaciones) y por no haber sido consignadas judicialmente las sumas respectivas". Y agrega: "Así pues para el día de la conciliación la empresa adeudaba a Tipton por este concepto U. S. 6.952, valor de 298 días a U. S. 23.33 cada día" y que este extremo de su reclamación "no fue previsto concretamente en la conciliación, no obstante tener el carácter de indiscutible y claro".

En el expediente está demostrado que el señor Tipton prestó sus servicios a la sociedad demandada hasta el 31 de enero de 1952, por aceptarlo ésta así, al dar respuesta al hecho 6º de la demanda (hojas 2 y 16 del expediente) y, además, con las declaraciones de los señores Howard Winters y Livingstone F. Mckean rendidas extra juicio, ante el Juez del Trabajo de Puerto Berrío, que se acompañaron a la demanda, ratificada esta última, según consta a fojas 81 del expediente. Esta fecha se acredita también con la copia de la Resolución número 32 de 29 de enero de 1952 dictada por el Superintendente general de la carretera del Carare, que obra a fojas 22. Por esta misma Resolución y por la número 33 de la misma fecha, que obra a fojas 23 del expediente, se ordenó el reconocimiento y pago al señor Tipton de las siguientes sumas, por vacaciones y cesantía, así: U. S. 189.58 por concepto de vacaciones en el período comprendido entre el 16 de julio de 1951 al 31 de enero de 1952, pagadera dicha suma así: 75% reconocido en dólares; U.S. 142.19; 25% en pesos colombianos (dólares 47.39) al cambio del 251% —$ 128.94. La suma de U. S. 379.16 por concepto de cesantía en 195 días sobre un salario de 700 dólares mensuales, suma pagadera, así: 75% en dólares —U.S. 284.37, 25% en pesos colombianos (U. S. 94.79) al cambio del 251%, $ 237.92. Consta que, en la misma fecha 29 de enero de 1952, se produjeron las cuentas de cobro correspondientes al valor de las vacaciones y cesantía reconocidas al señor Tipton y que lo referente a esos reconocimientos, que por la citada Resolución se liquidaron en moneda colombiana, le fueron pagados al señor Tipton y recibidos por éste el 29 de enero de 1952 así: Por concepto de vacaciones $ 128.94, por concepto de cesantía $ 237.92 (fojas 24 y 25 del expediente). Las sumas de dinero que por los mismos conceptos de vacaciones y cesantía, la empresa reconoció y ordenó pagar al demandante Tipton en dólares, no fueron recibidos por éste, no obstante aparecer las cuentas de cobro debidamente autorizadas por el Ingeniero Jefe y por el Contador de la obra (folios 27 y 28). El valor de estas prestaciones pagaderas en dólares, según se afirma por la demandada al contestar el hecho 9º del libelo, "no le han sido entregadas por no haberse presentado el señor Tipton a recibirlas en ninguna de las oficinas de la obra que atiende la Compañía demandada, cosa que ha debido hacer para poderle entregar dicho valor de acuerdo con el contrato y la costumbre en estos casos. La Compañía demandada ha estado lista a entregar al señor Tipton el valor en dólares de tales prestaciones, como lo comprueban las liquidaciones que acompañaré al expediente". Esta manifestación está corroborada por el testimonio del señor James Allen King, quien en su declaración rendida ante el Juez del conocimiento, en la tercera audiencia de trámite folios 54 y 55, se expresó así: "Yo supe que el pagador de la compañía había viajado a Puerto Berrío especialmente a localizar al señor Wright Tipton para entregarle el dinero correspondiente a sus prestaciones sociales en pesos y hacerle firmar las cuentas de la parte correspondiente a sus prestaciones sociales en dólares para poder hacer el envío de ese dinero a los Estados Unidos. El señor Wright Tipton recibió el 25% de sus prestaciones en pesos y firmó los recibos correspondientes, pero se negó a firmarle al pagador las cuentas respectivas para poder hacerle el envío del 75% de sus prestaciones en dólares". De esas liquidaciones, observa la Sala, ya se ha hecho referencia anteriormente y si se considera que el reconocimiento y la orden de pago fueron expedidas oportunamente por la sociedad demandada, que ésta debía pagar el 75% en un banco de los Estados Unidos, a la orden del demandante, de conformidad con el contrato, que éste se abstuvo de recibir las sumas liquidadas en dólares, habiendo recibido en cambio, sin objeción ninguna, el valor de la cesantía y vacaciones liquidadas en moneda colombiana, que para la sociedad demandada poder situar los dólares que correspondían a Tipton, por los conceptos indicados y efectuar el pago en un Banco de los Estados Unidos, era indispensable que éste hubiera facilitado el cumplimiento de las formalidades que requiere la tramitación del Control de Cambios para el giro de divisas al exterior, resulta indudable que no puede configurarse mala fé por parte de la Compañía por el no pago oportuno del saldo de las

prestaciones, que la hiciera incurrir en la sanción que contempla el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. La no devolución de las sumas retenidas mensualmente al trabajador por concepto de salarios y que contiene una de las peticiones de la demanda, no modifica esa buena fé de la sociedad demandada, puesto que este hecho estaba previsto en el contrato de trabajo y en él se amparó la Empresa para retenerlas, siendo su reintegro uno de los puntos discutidos en el juicio. Por lo expuesto no prospera el cargo por violación indirecta del artículo 65 del C. S. del T.

Violación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Como se deja dicho al iniciar el examen de este cargo, el **ad-quem** incurrió en evidente error de hecho, al apreciar en el fallo el acta de la conciliación celebrada entre las partes (folios 58 del expediente), incidiendo este error en el quebrantamiento del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo. Esa apreciación errónea y la consecuente falta de apreciación de otras pruebas que señala el recurrente, configuran el error de hecho evidente en que incurrió el Tribunal, cuando en la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en la única prueba (acta de conciliación) invocada en apoyo de ellos. Resultando demostrado, de un modo evidente, de esa prueba y de otros comprobantes del proceso que el juicio del Tribunal es contrario a la realidad de las cosas, prospera el cargo y en consecuencia la Corte en su Sala Laboral, casa parcialmente la sentencia acusada, y como tribunal de instancia, procede el análisis del proceso en cuanto al cargo de violación del artículo 64 del C. S. del T., ya que la sentencia de primera instancia fue apelada por el demandante.

En efecto: está demostrado que el demandante celebró con la sociedad demandada el contrato de trabajo, que en traducción oficial obra a folios 99 y 100 del expediente. En dicho contrato aparece que el señor Tipton se obligó a trabajar en Colombia para la sociedad demandada como mecánico de tiempo completo, en cualquier obra que la Compañía tenga con el Gobierno Colombiano, en este país. El sueldo mensual se estipuló en U. S. 700 pagaderos el 75% de este salario en un Banco de los Estados Unidos y el 25% pagadero en pesos colombianos, en Colomiba, a la rata del cambio legal; el plazo de duración del contrato de trabajo se fijó en dos años y el contrato empezó a cumplirse desde el 16 de julio de 1951 (hecho 5º de la demanda, aceptado al contestar la misma y Resolución número 39 bis de 31 de julio de 1951 fojas 21 del expediente). El contrato de trabajo terminó el 31 de enero de 1952, lo que está demostrado por la aceptación de esta fecha por la sociedad demandada al contestar el hecho 6º de la demanda (hojas 2 y 16 del expediente). En el contrato no fue estipulada la cláusula de reserva y ninguna de las partes ha sostenido este punto en el juicio, pero en cambio están en desacuerdo por lo que respecta a la causa de la terminación del mismo. El actor sostiene en la demanda (hecho 7º) que el despido fue intempestivo. A su turno, la sociedad demandada afirma que el retiro fue voluntario y que hubo preaviso, (hechos 6º y 7º de la contestación de la demanda).

Habiéndose estipulado la duración del contrato de trabajo entre el señor Tipton y la sociedad demandada por el término de dos años que empezó a contarse el 16 de julio de 1951, ese contrato sólo podía terminarse por alguna de las causas señaladas en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo. La demandada alega, como se ha visto, la causal c) de la disposición citada, o sea, el mutuo consentimiento de las partes y que, además, hubo preaviso. Este mutuo consentimiento para dar por terminado el contrato de trabajo, puede constar por escrito o ser verbal, pero las declaraciones de ambos contratantes deben ser coincidentes en el sentido de que la relación laboral se deje sin efecto a partir de determinada fecha, sea que se trate de un contrato por tiempo fijo o por tiempo indeterminado. Este consentimiento mutuo que se alega por la sociedad demandada para la terminación del contrato celebrado por el señor Tipton no aparece demostrado en el expediente Por el contrario,, de acuerdo con la declaración del señor Livingstone F. Mckean rendida ante el Juez del Trabajo de Puerto Berrío, que obra a fojas 20 del expediente, que se acompañó con la demanda y que aparece ratificada por el declarante a fojas 81, se demuestra que la terminación del contrato entre el demandante y la sociedad demandada no se debió a mutuo consentimiento sino a una decisión unilateral del patrón. En dicha declaración, el testigo se expresa así: "Al punto tercero.—En forma directa y personal me consta que el señor Lawrence W. Tipton contrató con la empresa denominada Construcciones Moore Limitada, por el término de dos años, y que tan sólo trabajó con dicha empresa por el lapso comprendido del 16 de julio de 1951 al 31 de enero de 1952, como Jefe de operaciones de equipo de la carretera del Carare, y que no trabajó por

más tiempo con la empresa porque fue despedido intempestivamente sin previo aviso". Y agrega al punto quinto: "Me consta directa y personalmente que el señor Tipton no tuvo causa justa para que lo despidieran intempestivamente, ya que se ciñó a todas las normas que le trazaban sus superiores y al reglamento de trabajo que la Empresa tenía, es decir no hubo causal ninguna que justificara el despido intempestivo y sin haberle dado el previo aviso". Este mismo criterio se afirma por la declaración del señor Howard B. Winters Brubaker, testigo presentado por la parte demandada y cuyo testimonio fue rendido en la tercera audiencia de trámite celebrada en el juicio, que obra a fojas 51 a 53 y donde se expresa lo siguiente: "El señor Wright Tipton dejó de trabajar al servicio de la Empresa en el mes de enero de 1952. El señor Wright Tipton recibió verbalmente la noticia o aviso de la terminación de su contrato quince días antes de la terminación o despido. Dos días después de haber recibido el preaviso tuvo una oferta de la Empresa Caroline Piper Company y el señor Wright Tipton aceptó la oferta e inmediatamente empezó a trabajar en la Empresa Caroline Piper Company como mecánico del equipo pesado de esa Compañía en la zona de Puerto Berrío a Medellín. El preaviso se lo dio el superintendente de la Compañía Construcciones Moore Limitada Mr. Ford. El señor Wright Tipton en el momento de recibir el aviso de su terminación de su contrato ignoraba que se le fuera a hacer una oferta para trabajar en la Empresa Caroline Piper Company y que existiera algún cargo que él pudiera desempeñar en esta Empresa, porque fuí yo quien le informé que existía esa posibilidad de conseguir empleo u ocupación en la empresa Caroline Piper Company y esa información se la dí después del aviso de terminación del contrato con Construcciones Moore Limitada. El señor Ford, aunque el señor Wright Tipton era un buen mecánico pero venía trabajando con menor rendimiento del que le permitían sus capacidades, le llamó la atención para quejarse porque el señor Wright Tipton tal vez para simplificar el trabajo o en forma intencional para quitar una llanta la cortó, ejecutando un acto que no ha debido hacer, aunque yo ignoro si esa manifestación se la hizo el señor Ford en el momento de darle el aviso de retiro porque yo no estuve presente en esa ocasión". Igualmente el señor James Allen King, en su declaración rendida en la misma tercera audiencia de trámite, fojas 54 y 55 del expediente, manifestó "me consta que el señor Ford le dijo al señor Wright Tipton que le daba el preaviso para que se retirara de la Empresa porque el señor Wright Tipton me lo contó ese mismo día o al siguiente que el señor Ford le había avisado que debía retirarse de la Compañía, porque yo era compañero de trabajo del señor Wright Tipton en las obras de la Compañía Construcciones Moore Limitada en el Carare y según informaciones de empleados de la Compañía supe que le daban el preaviso porque aunque era un buen mecánico no estaba dando el rendimiento que correspondía a su capacidad. El señor Winters y yo le informamos al señor Wright Tipton después de que había recibido el aviso que existía la posibilidad de conseguir trabajo para él en la Empresa Caroline Piper Company. El señor Ford informó a la Empresa Caroline Piper Company después de haberle dado el aviso al señor Wright Tipton que este señor era un buen mecánico. El preaviso se lo dieron al señor Wright Tipton en el mes de enero de 1952 y aproximadamente tres o cuatro días después entró a trabajar en la Empresa Caroline Piper Company".

Si como se deja visto la terminación del contrato celebrado entre el señor Tipton y la demandada no tuvo por causa el mutuo consentimiento de las partes pues la demandada no demostró ese hecho alegado por ella al contestar lo afirmado por el demandante en los hechos 6º y 7º de la demanda, precisa analizar si la terminación del mismo por decisión unilateral del patrono, antes del vencimiento convenido, implica un incumplimiento de su parte que le acarrea las consecuencias correspondientes. Ya se ha visto que en el caso presente la terminación unilateral no pudo efectuarse por la causal contemplada en el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, porque el contrato de trabajo celebrado entre las partes no era de duración indeterminada o sin fijación de término, que les hubiera permitido estipular la cláusula de reserva. Tampoco aparece acreditado en el expediente ninguna de las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo contempladas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo. La demandada al contestar el hecho 7º de la demanda, manifiesta que hubo preaviso. Conforme al artículo 63 citado, el preaviso debió darse por escrito al demandante Tipton. Esa prueba no se produjo. Además, el preaviso por sí solo apenas constituye un límite objetivo que constriñe la decisión unilateral de la parte que desea dar por terminado el contrato de trabajo, pero esta decisión unilateral no constituye un derecho abso-

luto, sino relativo, pues sólo puede ejercerse por un motivo legítimo de los que determina el artículo 63, tantas veces citado y además, ese hecho que motive la ruptura del contrato, para darlo por terminado por justa causa, debe ser alegado al tiempo en que se haga uso de esa facultad y no posteriormente. La demandada no demostró la existencia de ninguna de las causales que determinan los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado, unilateralmente, el contrato celebrado entre ella y el señor Tipton, que en traducción oficial obra a folios 99 y 100 del expediente. No habiendo cumplido la demandada con sus obligaciones contractuales y habiendo roto unilateralmente el contrato de trabajo que la ligaba al demandante, sin justa causa para ello, se ha cumplido la condición resolutoria que prevé el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, con la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.

Conforme a la interpretación y apreciación anteriores, el contrato de trabajo del señor Lawrence Wright Tipton con la sociedad Construcciones Moore Limitada se pactó por dos años contados desde el 16 de julio de 1951 en que empezó a ejecutarse y en consecuencia vencía el plazo estipulado el 15 de julio de 1953, luego el lucro cesante que corresponde por el rompimiento unilateral e ilegal del contrato abarca los salarios desde la terminación hasta dicha fecha, o sea, desde el 1º de febrero de 1952 hasta el 15 de julio de 1953. Sin embargo, como la demandada al responder al hecho 6º de la demanda y al oponerse a las peticiones 1ª y 9ª de la misma afirmó que el demandante Tipton posteriormente a su retiro de la obra en que venía prestando sus servicios ingresó a trabajar con la Sociedad denominada "Caroline Construction Company" y al relacionar los medios de prueba solicitó se pidiera certificación a esta Sociedad sobre tal hecho (fojas 16 a 20 del expediente), prueba que decretada por el Juzgado del conocimiento en la primera audiencia de trámite (hojas 43) no se practicó, pues no hay constancia en el expediente, debe de tenerse en cuenta este hecho que, por otra parte, aparece demostrado con las declaraciones rendidas en la tercera audiencia de trámite por los testigos Howard B. Winters Brubaker y James Allen King, que se han transcrito, en lo pertinente, al iniciar el estudio de este cargo. Procediendo de acuerdo con la jurisprudencia constante, tanto del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como de esta Corte, de que del lucro cesante debe descontarse lo que el trabajador devengue en otro empleo durante el tiempo a que se refieren los salarios correspondientes al período sobre el cual se calcula dicha indemnización, debe averiguarse ese monto de lo ganado por el demandante en la citada Sociedad Caroline Construction Company para descontarlo de la condenación por salarios de tiempo faltante para la terminación del contrato de trabajo; no apareciendo la cantidad ganada, debe hacerse uso de la facultad de dictar un auto para mejor proveer, en el sentido de solicitar a la Sociedad Caroline Construction Company la suma devengada por el demandante en el período comprendido entre el 1º de febrero de 1952 y el 15 de julio de 1953.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha 6 de julio de 1955, del Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en cuanto confirmó la absolución de la compañía demandada, hecha por el Juez **a-quo** en la sentencia de primera instancia, de las peticiones primera, segunda y tercera del libelo que dio origen a este juicio, y en su lugar, para reformar la del **a-quo**, de 18 de noviembre de 1954, en el mismo asunto, decreta en auto para mejor proveer, conforme al artículo 99 del Código de P. del T., que se reciba declaración al Gerente, Director o Presidente de la Sociedad denominada Caroline Construction Company en Bogotá o en Puerto Berrío, departamento de Antioquia, sobre la cantidad devengada por Lawrence Wright Tipton, como trabajador al servicio de esa empresa, durante el período comprendido entre el 1º de febrero de 1952 y el 15 de julio de 1953. Para el caso de que no sea posible recibir la declaración del Gerente o Director de la citada sociedad, en esta ciudad, se comisionará al señor Juez del Trabajo de Puerto Berrío para la práctica de esta diligencia, a cuyo efecto se le remitirá copia de la presente providencia con el correspondiente Despacho, con todas las facultades para que cumpla la comisión, en el término de diez (10) días, y con la adicional para establecer el hecho respectivo por medio de inspección ocular a los libros de la sociedad, en sus oficinas de ese lugar, en caso de que la declaración decretada no pueda recibirse o no ofrezca el resultado perseguido.

NO LA CASA en lo demás.

Sin costas en el presente recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CORTE PRONUNCIA EL CORRESPONDIENTE FALLO DE INSTANCIA DESPUES DE CASAR LA SENTENCIA RECURRIDA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. — (Magistrado Ponente Dr. Luis Fernando Paredes A.) — Bogotá, D. E., veinticuatro de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

En el recurso de casación interpuesto por el apoderado de Lawrence Wright Tipton contra la sentencia de fecha 6 de julio de 1955, proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de esta ciudad, en el juicio seguido por el recurrente contra la sociedad denominada "Construcciones Moore Limitada" la Corte casó parcialmente la decisión recurrida, en cuanto el **ad-quem** confirmó la absolución de la Compañía demandada, hecha por el Juez **a-quo**, de las peticiones 1ª, 2ª y 3ª del libelo que dió origen a este juicio.

No se profirió inmediatamente el fallo de instancia, por cuanto era necesaria la determinación de la cantidad devengada por el demandante Wright Tipton como trabajador al servicio de la Sociedad denominada "Caroline Construction Company", durante el período comprendido entre el 1º de febrero de 1952 y el 15 de julio de 1953, para descontar ese valor del monto de la condena de indemnización de perjuicios, por ruptura unilateral e ilegal del contrato de trabajo, equivalente a los salarios correspondientes al tiempo faltante para la terminación del contrato y, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 99 del C. P. T., se dispuso, para los efectos indicados, recibir la declaración del Gerente o Director de la citada sociedad. Se ordenó, asimismo, para el caso de no ser posible recibir esa declaración en esta ciudad, comisionar al Juez del Trabajo de Puerto Berrío, para la práctica de esa diligencia, facultándolo, adicionalmente, para establecer el hecho respectivo por medio de inspección ocular a los libros de la sociedad en las oficinas de ese lugar.

Posteriormente y a solicitud del apoderado de la parte demandante, esta Sala, por providencia del 13 de agosto pasado, comisionó al Juez Primero del Círculo Judicial del Trabajo de Medellín para recibir declaración al Gerente o Administrador de la sociedad "Fergus M. Davidson & Co.", domiciliada en esa ciudad, para establecer el hecho que se dispuso acreditar por el auto para mejor proveer a que se ha hecho referencia, pues se tuvo concoimiento de que esta sociedad conservaba los **archivos de contabilidad** correspondientes a la empresa Caroline Construction Company.

Habiendo resultado infructuosas, según consta de autos, las gestiones realizadas para establecer el monto de los salarios que el demandante Wright Tipton hubiese podido devengar al servicio de la empresa "Caroline Construction Company", en el período ya indicado y sin que el apoderado de la parte demandada, a quien podían favorecer las diligencias decretadas en el auto para mejor proveer, hiciese gestión alguna o prestase su colaboración para el logro de los fines previstos, es el caso de proceder a dictar sentencia de instancia, teniendo en cuenta las consideraciones que se hicieron en la sentencia de casación y principalmente las que a continuación se transcriben:

"En efecto: está demostrado que el demandante celebró con la sociedad demandada el contrato de trabajo, que en traducción oficial obra a folios 99 y 100 del expediente. En dicho contrato aparece que el señor Tipton se obligó a trabajar en Colombia para la sociedad demandada como mecánico de tiempo completo, en cualquier obra que la Compañía tenga con el Gobierno Colombiano, en este país. El sueldo mensual se estipuló en U. S. $ 700 pagaderos el 75 % de este salario en un Banco de los Estados Unidos y el 25% pagaderos en pesos colombianos, en Colombia, a la rata del cambio legal; el plazo de duración del contrato de trabajo se fijó en dos años y el contrato empezó a cumplirse desde el 16 de julio de 1951 (hecho 5º de la demanda, aceptado al contestar la misma y resolución Nº 39 bis de 31 de julio de 1951 fojas 21 del expediente). El contrato de trabajo terminó el 31 de enero de 1952, lo que está demostrado por la aceptación de esta fecha por la sociedad demandada al contestar el hecho 6º de la demanda (hojas 2 y 16

del expediente). "..."No habiendo cumplido la demandada con sus obligaciones contractuales y habiendo roto unilateralmente el contrato de trabajo que la ligaba al demandante, sin justa causa para ello, se ha cumplido la condición resolutoria que prevé el artículo 64 del C. S. del T., con la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable.

"Conforme a la interpretación y apreciación anteriores, el contrato de trabajo del señor Lawrence Wright Tipton con la sociedad Construcciones Moore Ltda. se pactó por dos años contados desde el 16 de julio de 1951 en que empezó a ejecutarse y en consecuencia vencía el plazo estipulado el 15 de julio de 1953, luego el lucro cesante que corresponde por el rompimiento unilateral e ilegal del contrato abarca los salarios desde la terminación hasta dicha fecha, o sea, desde el 1º de febrero de 1952 hasta el 15 de julio de 1953".

En mérito de las consideracines precedentes, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, convertida en tribunal de instancia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REFORMA el Punto Cuarto de la sentencia proferida con fecha 18 de noviembre de 1954 por el Juzgado 4º del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá en cuanto absolvió a la demandada de las peticiones 1ª, 2ª y 3ª de la demanda y en su lugar, CONDENA a la sociedad demandada Construcciones Moore Limitada de las condiciones civiles indicadas en la demanda y representada por el señor Carlos Eduardo Hermán, o por quien haga sus veces, a pagar al demandante Lawrence Wright Tipton de las generalidades conocidas, cinco días después de ejecutoriado el presente fallo, la suma de doce mil doscientos cincuenta dólares (U. S. $ 12.250) o el equivalente de esta suma en pesos colombianos al cambio vigente el día del pago, como indemnización de perjuicios al trabajador, por ruptura unilateral o ilegal del contrato de trabajo celebrado en esta ciudad el 13 de julio de 1951, indemnización que se limita al lucro cesante consistente en el monto de los salarios correspondientes a diecisiete y medio meses (17½) que faltaban para cumplirse el plazo pactado. Sin costas en las instancias.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto de Zubiría C. Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL HECHO DE QUE EL TRABAJADOR CAREZCA DE DERECHO A PENSION JUBILATORIA ESPECIAL NO IMPIDE QUE PUEDA LLEGAR A TENERLO A LA JUBILATORIA ORDINARIA

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Laboral — Magistrado Ponente Doctor Jorge Vélez García. — Bogotá, D. E., veinticinco de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

El señor Luis A. Nieto demandó por intermedio de apoderado judicial a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y al Banco Agrícola Hipotecario, establecimientos domiciliados en Bogotá, representados por su gerente el señor Pedro Navas Pardo, a efecto de que mediante los trámites del juicio ordinario de trabajo se condenara a estas entidades a pagar al demandante: 1º - Una pensión vitalicia de jubilación por la suma de dinero equivalente a las dos terceras partes de mil cincuenta pesos ($ 1.050,00) mcte., que es el sueldo promedio devengado por el demandante durante el último año de servicios, o la cantidad que en juicio se demostrare; 2º - Que la pensión referida debería ser pagada por las entidades obligadas a partir de la fecha en que el señor Luis A. Nieto se retiró del trabajo, o sea desde el 1º de julio de 1952 y durante la vida del demandante; 3ª - Que, en caso de oposición, se condenara a la parte demandada al pago de las costas del juicio.

Fundamenta su petición en 15 puntos o hechos, cuyo resumen es el siguiente: el actor estuvo al servicio del Banco Agrícola Hipotecario desde el día 15 de noviembre de 1930 hasta el mes de marzo de 1945, con una suspensión de seis meses, lapso que es el transcurrido entre el 6 de junio de 1934 hasta el 6 de diciembre del mismo año; tal suspensión o interrupción en el servicio se debió a decisión unilateral del Banco Agrícola Hipotecario, sin motivo o causa imputable al actor. Desde el mes de marzo de 1945 el demandante fue incorporado en la nómina de empleados de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, entidad que, desde dicho mes, entró a administrar el Banco Agrícola Hipotecario en desarrollo del Decreto Nº 2969 bis de 1944 y del contrato protocolizado por escritura Nº 927 de 9 de marzo de 1945, otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá. El demandante sirvió a la Caja de Crédito Agrario etc., como empleado en distintos cargos, desde el mes de marzo de 1945 hasta el día de su retiro o sea el 30 de junio de 1952. El demandante sirvió a las instituciones mencionadas, Banco y Caja, por espacio de 21 años, 7 meses y 15 días, con la sola interrupción de seis meses a que antes se hizo referencia, causada por "decisión del Banco sin motivo alguno imputable al empleado". Agrega que, descontada dicha suspensión, el demandante sirvió a las dos entidades por espacio de 21 años, 1 mes y 15 días, así: Al Banco Agrícola Hipotecario sirvió 14 años, 5 meses y 15 días; a la Caja de Crédito Agrario sirvió durante 6 años y 8 meses. La Caja demandada, al entrar a administrar el Banco Agrícola Hipotecario, dispuso que a los empleados de dicho Banco que decidieran continuar como empleados de la Caja, se les reconocería el tiempo de servicios en el Banco para los efectos del auxilio de cesantía y de la pensión jubilatoria; al retirarse el demandante de la Caja, estaba vigente el reglamento de ésta y del Banco, cuyo artículo 31, ordinal g) establecía: "Los empleados, al cumplir veinte años de servicio continuo, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo en el último año de servicios". Añade que no obstante la solicitud reiterada del demandante acerca de que se le reconociera y pagara la pensión de jubilación, la Caja respondió no estar obligada a ello, "alegando como único motivo la interrupción de los seis meses citados, interrupción que se debió únicamente a disposición del Banco, sin que para ello hubiera obrado la voluntad o la culpa del trabajador . Explica dicha interrupción expresando que, con fecha 6 de junio de 1934, el Gerente del Banco Agrícola Hipotecario dirigió al demandante una carta "suspendiéndolo del servicio por motivos de economías, pero expresándole que muy pronto lo volverían a ocupar". El texto pertinente de la comunicación decía: "Lamentamos muy de veras vernos privados de sus muy importantes servicios, debido a las economías hechas en el Banco, pero confia-

mos en que muy pronto tendremos nuevamente ocasión de utilizar su trabajo, en esta ciudad o en alguna de nuestras dependencias". Seis meses después —añade—, es decir el 6 de diciembre de 1934, el demandante fue llamado nuevamente al servicio del Banco, y desde entonces sirvió sin interrupción a éste y a la Caja hasta el día de su retiro. Termina indicando los nombres de los gerentes del Banco en el momento de la interrupción y de la Caja al tiempo del retiro del demandante, y expresando que el sueldo promedio de éste durante el último año fue de $ 1.050.

Como fundamentos de derecho cita el artículo 107 del C. S. del T. y el Reglamento de Trabajo, especialmente el artículo 31, ordinal g) que hace parte del contrato individual de Trabajo, y además los artículos 67, 68, 74 y ss. y 107 del C. S. del T., el artículo 1º de la Ley 95 de 1890 en lo que fuere aplicable por analogía, y el artículo 25 y ss., del Decreto 2158 de 1948 (C. de P. del T.).

Corrido el traslado de la demanda, la Caja de Crédito Agrario —por medio de apoderado— dio respuesta a aquélla reconociendo la totalidad de los hechos, aunque aclarando que se atenía "al texto de la carta que lleva fecha 6 de junio de 1934, discrepando del carácter de "fuerza mayor" —cuestión de derecho— que el demandante le atribuye a la interrupción dicha, y, finalmente, manifestando que el promedio mensual del sueldo del demandante fue realmente de $ 1.087,50 durante el último año, y no de $ 1.050,00 como dice el libelo.

En la respuesta se explica el origen y alcance del preindicado artículo 31, ordinal g) del reglamento. Se afirma que dicha disposición reglamentaria se originó en el artículo 8º de la Ley 95 de 1946 que expresa: "Los empleados de los Bancos al cumplir veinte años de servicio continuo, cualquiera que fuese su edad, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicio". Agrega que, expedido el nuevo Código del Trabajo reformatorio del régimen de pensiones, quedó rigiendo en la Caja de Crédito Agrario el ordinal g) del artículo 31 como prestación extralegal que tuvo vigencia hasta el 1º de abril de 1954, cuando por disposición de la Junta Directiva dejó de regir para los servidores de dicha institución. La Caja se opuso a que se hicieran las declaraciones pedidas por el demandante.

Conoció del litigio el Juez 7º del Circulo Judicial del Trabajo de Bogotá, el cual dirimió la controversia mediante fallo proferido el 4 de abril de 1956, en el que se absuelve en la forma como se ha demandado, a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y al Banco Agrícola Hipotecario, de todos los cargos y reclamaciones formulados contra ellos por el señor Luis A. Nieto, y se condena en costas al demandante. La parte vencida en la primera instancia recurrió en apelación ante el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, y éste, por sentencia del 18 de junio de 1956, confirmó en todas sus partes la del **a-quo** y condenó en costas de segunda instancia a la parte recurrente.

El Recurso de Casación

El actor, por conducto de apoderado, ha interpuesto el recurso de casación contra la providencia de segundo grado de que se ha hecho mención. Concedido, admitido y legalmente tramitado el recurso, la Corte Suprema de Justicia, por su Sala de Casación Laboral, va a resolverlo ahora mediante el estudio de la demanda correspondiente y del escrito de oposición.

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a que la Corte case la sentencia del Tribunal Seccional del Trapajo de Bogotá, antes referida, y que, convertida aquélla en Tribunal de instancia, revoque el fallo del **a-quo**, y, en su lugar, condene a las entidades demandadas a pagar a favor del actor una pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de dinero equivalente a las dos terceras partes de $ 1.087,50 Mcte., que fue el salario mensual promedio devengado en el último año de servicios, a partir de la fecha en que se retiró del trabajo o sea desde el primero de julio de 1952.

Cargo único

Dice así: "La sentencia acusada viola el precepto legal sustantivo del orden nacional contenido en el art. 8º de la Ley 95 de 1946 por vía indirecta, por haber incurrido el H. Tribunal Superior de Bogotá en error de hecho manifiesto en los autos proveniente de la apreciación equivocada de las pruebas de confesión contenida en la contestación de la demanda (fls. 40 y 41 del primer cuaderno del expediente), documento emanado de la Sección de Personal de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (fls. 16 del primer cuaderno del expediente) y acta de la di-

ligencia de inspección ocular (fls. 49, 50 y 51 del primer cuaderno del expediente).

En desarrollo del cargo, el impugnador dice que dichas pruebas acreditan cómo el apoderado de las demandadas aceptó como ciertos todos y cada uno de los hechos de la demanda, con lo cual quedó demostrado que Luis A. Nieto trabajó al servicio de dichas entidades durante los lapsos antes determinados que dice el libelo de demanda, "con una suspensión de seis meses, de junio a diciembre 6 de 1934, ordenada por el señor Gerente del Banco Agrícola Hipotecario por motivos de economía". Que el actor devengó en el último año de servicios un salario mensual promedio de $ 1.087,50 y que por disposición de la Caja demandada se reconoce a los empleados de dicho Banco, entre ellos el actor, que continuaron como empleados de la Caja, el tiempo de servicios en el Banco para los efectos de auxilio de cesantía y de pensión mensual vitalicia de jubilación.

Agrega que en el certificado sobre tiempo de servicios y salarios del actor, expedido por la Caja de Crédito Agrario (Sección de Personal) se reconoce lo mismo (lapsos trabajados, entidades a las cuales sirvió y suspensión) a que se refería la demanda.

En el acta de diligencia de inspección ocular —continúa diciendo— se establecieron los siguientes hechos: Que la Junta Directiva de la Caja "dispuso conservar vigente hasta el 31 de marzo de 1954 el ordinal g) del art. 31 capítulo 7º del Reglamento actual, que a la letra dice: "g) Los empleados al cumplir veinte años de servicio continuo tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las 2/3 partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicio"; que el reglamento aducido como prueba al expediente fue aprobado el 24 de octubre de 1947 y que no fue reformado sino hasta el 8 de septiembre de 1953; que el mismo reglamento de 1947 consagraba en el ordinal g), pág. 11, un texto de igual tenor al que se dejó transcrito anteriormente; que en el fólder de circulares del año de 1945 aparece una copia de la Nº 7740 de 2 de julio de 1945 mediante la cual comunican al personal de empleados al servicio de la Caja el contenido de la Resolución que en copia informal aparece al folio 28 del expediente; que en el libelo copiador de correspondencia del año de 1934 al folio 14 y con fecha 6 de junio se encuentra una carta dirigida al señor Luis A. Nieto en cuya parte final se lee: "lamentamos muy de veras vernos privados de sus importantes servicios, debido a las economías hechas en el Banco, pero confiamos en que muy pronto tendremos nuevamente ocasión de utilizar su trabajo, en esta ciudad o en alguna de nuestras dependencias. Somos de Ud. muy atentos servidores y amigos. Firmado Lucas Caballero"; que en el libro copiador de diciembre de 1934, al folio 25, aparece una carta fechada el 6 de los dichos mes y año, dirigida al señor Luis A. Nieto con la referencia S 878 que es del siguiente tenor: "señor don Luis A. Nieto, ciudad. Estimado señor y amigo: Nos permitimos comunicar a usted que la Gerencia de este Banco lo ha nombrado ayudante de la sección de parcelaciones, con una asignación mensual de $ 80,00. Si Ud. acepta este nombramiento, le rogamos se sirva tomar posesión de su cargo ante el señor Auditor del Banco. Somos de usted muy attos. servidores y amigos. Banco Agrícola Hipotecario. Roberto García Paredes, Secretario".

Argumenta que con tales elementos probatorios se demuestra plenamente que Luis A. Nieto trabajó al servicio de las entidades demandadas durante el lapso de 21 años, 7 meses y 15 días, que es "continuo" en virtud de las disposiciones de la Caja de tener en cuenta para efectos de cesantía y jubilación los servicios prestados por los empleados del Banco Agrícola Hipotecario.

La argumentación fundamental del recurrente consiste en que "La interrupción de los servicios al Banco Agrícola Hipotecario ocurrida entre el lapso comprendido del 6 de junio al 6 de diciembre de 1934, no puede considerarse como solución de continuidad por cuanto la Caja dispuso tener en cuenta los servicios prestados al Banco Agrícola Hipotecario para los efectos del auxilio de cesantía y pensión de jubilación, agregando el tiempo correspondiente al trabajado en dicha entidad al pasar ésta a ser administradora del Banco Agrícola Hipotecario, y por tratarse de una simple suspensión determinada por voluntad unilateral de la Gerencia de este último que debía ser acatada y cumplida por el demandante".

El error de hecho del sentenciador consiste precisamente —dice— en que afirma que hubo discontinuidad en la prestación de los servicios del demandante, a causa de la interrupción mencionada, para concluír que hubo continuidad sólo desde el 6 de diciembre de 1934 hasta la fecha del retiro que fue el 30 de julio de 1952. Prosigue diciendo que el sentenciador, al analizar la resolución de la Caja que dispuso tener en cuenta para los trabajadores que continuaran a su servicio el tiempo trabajado en el Banco Agrícola Hipotecario, se apartó del contenido de dicha pro-

videncia; ésta no fijó condiciones excepcionales, al tiempo que el **ad-quem** presume sin base real ninguna que tal resolución "no podía prever expresamente la continuidad, pues en la fecha en que ella fue dictada, la jubilación de los empleados bancarios estaba también regida por la Ley 6ª de 1945".

Más adelante dice que el error consiste en admitir como acreditada procesalmente la discontinuidad en la prestación de los servicios del actor, no obstante que las entidades demandadas dispusieron autónoma y voluntariamente que todo el tiempo de servicios prestados al Banco Agrícola Hipotecario se tuviera en cuenta para efectos del auxilio de cesantía y pensión de jubilación con relación a aquellos empleados —entre ellos el demandante— que pasaron a formar parte de la nómina de la Caja cuando ésta se hizo cargo de la administración de aquel establecimiento bancario. "Al dar por demostrada la discontinuidad, incurrió en error de hecho ostensible, pues los elementos probatorios analizados acreditan que el actor trabajó más de veinte años al servicio de las entidades demandadas".

El opositor sostiene que no incurrió el sentenciador en ningún error de hecho evidente en la apreciación de las probanzas; así mismo arguye, mediante una detenida sustentación de carácter jurídico, que en el **sub-lite** es imposible ocurrir en casación, por cuanto la norma sustantiva nacional que se pretende violada (art. 8º de la Ley 95 de 1946), había dejado de regir desde el 1º de enero de 1951, fecha en que comenzó la vigencia del actual Código Sustantivo del Trabajo. Y que, por tanto, si acaso fuera posible configurar transgresión, ésta recaería sobre el art. 31 en su literal g) del Reglamento de Trabajo de la Caja Agraria, de manera que para la prosperidad de la demanda, ésta debería haberse basado sobre la presunta transgresión de dicha norma reglamentaria —no susceptible de casación— mas no sobre la violación de una disposición sustantiva nacional ya inexistente.

Se considera:

La incuestionable claridad del problema no ofrece dificultad alguna para su solución. En primer término, la Sala no halla la pretendida configuración ostensible de los errores de hecho a que se refiere el apoderado del actor. Es cierto de toda certeza, y en ello están de acuerdo las partes y los sentenciadores de instancia, que el demandante trabajó al servicio de las dos entidades demandadas durante un lapso de 21 años, 1 mes y 15 días; que la Caja de Crédito Agrario dispuso reconocer a los empleados del Banco Agrícola Hipotecario —uno de ellos el señor Nieto— que continuaron como empleados de la primera, el tiempo de servicios en dicho Banco para los efectos de auxilio de cesantía y de pensión jubilatoria.

El meollo del ataque radica en que el recurrente califica de simple **suspensión** del contrato a lo que el sentenciador considera **terminación** del primer contrato (el 6 de junio de 1934) y celebración de uno nuevo (el 6 de diciembre de 1934), período de seis meses durante el cual se ha visto que existió efectivamente una cesación de funciones del actor según se desprende de la nota de Gerencia (fls. 12 y 50) por la cual se prescindió de los servicios del señor Nieto, y de la nota de Secretaría en la cual se le anuncia un nuevo nombramiento (fl. 51).

El recurrente refuerza su argumentación arguyendo que tal suspensión "fue determinada por voluntad unilateral de la Gerencia (del Banco Agrícola Hipotecario) que debía ser acatada y cumplida por el demandante".

El planteamiento del problema se simplifica notablemente suponiendo (con base en la Resolución de la Caja que incorporó a ésta el personal del Banco, reconociendo su antigüedad para los efectos de cesantía y jubilación, fl. 28) que el señor Nieto prestó sus servicios a un mismo patrono. Igualmente se desprende de autos que dicho patrono consagró en su reglamento de trabajo, como norma vigente durante todo el lapso en que Nieto le prestó sus servicios, que "Los empleados, al cumplir veinte años de servicio continuo, tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio del sueldo devengado en el último año de servicios".

Si la situación de hecho del señor Nieto se acomoda a dicha norma, es de rigor legal su derecho a la jubilación reclamada. Pero si no cabe dentro de ella, carece de mérito su pretensión y por tanto debe rechazarse.

Está demostrado que la condición pre-establecida por el reglamento —que debe tenerse como incorporado al contrato individual de trabajo— era la **continuidad de los servicios durante 20 años** (subraya la Sala), como generadora del derecho de Jubilación. Pero en el caso **sub-judice** es completamente ajustada a la realidad de los hechos la apreciación que el sentenciador hizo de que no se produjo tal continuidad. La estimación de las pruebas que fundamenta esta conclusión de discontinuidad del servicio, y por tanto

de improcedencia de la jubilación, resulta a todas luces inexpugnable. Porque el efecto de la comunicación de 6 de junio de 1934 es el de una ruptura estructural y definitiva de la relación de trabajo, aunque el patrono hubiera manifestado su voluntad, o deseo, jurídicamente no vinculante a obligación alguna con el trabajador, de establecer muy pronto otra nueva relación con éste, como efectivamente ocurrió. Tampoco está demostrado que tal cesación del nexo laboral hubiera sido una determinación exclusiva del patrono, pues si bien tuvo su origen en éste, no aparece probado que hubiera carecido del consentimiento del trabajador. En consecuencia, no puede admitírsele prosperidad al cargo.

La Sala quiere advertir que la circunstancia de que el actor carezca del derecho a la pensión especial de jubilación que en vano há reclamado en este juicio, no impide que pueda llegar a tener derecho a la pensión jubilatoria ordinaria, una vez llenados y demostrados los requisitos legales para merecerla.

En razón 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 proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, el 18 de junio de 1956, que fue objeto del presente recurso. Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CONSIGNACION DE LO QUE EL PATRONO CREA DEBER NO PUEDE HACERSE BAJO TERMINO O CONDICION. — FINALIDAD Y NATURALEZA DE ESTA CONSIGNACION

La consignación implica una confesión de deber, y tiene un alcance funcional, que no es otro que el de satisfacer una necesidad inmediata del trabajador, a quien la ley supone económicamente débil, lo cual no se logra por el simple hecho de que el patrono se abstenga de retener el valor de los salarios y prestaciones correspondientes, sino cuando es posible que se le entreguen a aquél las sumas consignadas.

Persíguese, pues, un resultado económico, y por ello la consignación realizada sin verdadero "animus solvendi", más para preservar al patrono de la sanción legal que para cumplir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, es un acto jurídico aparente, extraño a la buena fe y que carece por lo mismo de efectos liberatorios en orden a la indemnización por mora.

En el caso que se estudia, el fallador no se ciñó a los principios que regulan la institución que consagra el inciso 2º del artículo 65 del CST., al entender que el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma correspondiente a los salarios y prestaciones debidos, aunque en virtud de una condición impuesta por el mismo, no pueda aplicarse inmediatamente esa suma al pago de lo que adeuda al trabajador.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo)

Edgar Medina C., por conducto de apoderado, demandó a la sociedad **"José Fernández & Compañía Limitada"**, con el fin de que fuera condenada a pagarle lucro cesante, remuneración por trabajo realizado en días domingos y otros festivos, horas extras, primas de servicios, auxilio de cesantía, vacaciones causadas y no disfrutadas, indemnización moratoria y las costas del juicio.

Según los hechos de la demanda, el actor fue llamado por **José Fernández**, socio propietario de la firma comercial demandada y primer suplente del Gerente, para que reparara y manejara un camión de propiedad de dicha firma, a cuyo efecto se le suministraron los repuestos necesarios; se le propuso como retribución lo que produjera el camión, "al partir", y cinco pesos diarios mientras se llevaba a cabo la reparación; una vez que el camión estuvo reparado y listo para prestar servicio, lo cual ocurrió cuarenta y seis días después de la fecha en que se inició la obra de reparación, **Fernández** le dijo a **Medina** que ya no le daba "al partir" el camión, sino que lo manejara como chofer con un sueldo mensual de doscientos setenta ($ 270) pesos o sea a razón de nueve pesos ($ 9.00) diarios distribuídos así: $ 7.00 en dinero efectivo y $ 2.00 en especie, representados éstos por el arrendamiento de la casa ocupada por el actor; también le dijo que posteriormente le pagaría muy bien el trabajo de la reparación, ya que los $ 5.00 diarios que le había cubierto no eran sino un simple anticipo; que la jornada no sería sino de ocho horas diarias y que las funciones consistían en distribuir en las tiendas de la ciudad cervezas, víveres. vinos, licores, cigarrillos y otros artículos; que **Medina** aceptó las condiciones referidas, pero que como dicha jornada resultó insuficiente para realizar todas las labores, se vio obligado a prestar sus servicios en horas extras y en los días de fiesta; que el trabajo suplementario fue, en promedio, de cinco horas diarias; que mediante la firma de vales el patrón le hacía anticipos de pequeñas sumas; que fue despedido intempestivamente cuando faltaban treinta y nueve días para vencerse el primer período presuntivo del contrato; y que Fernández se negó a pagar las correspondientes prestaciones alegando que Medina le debía unos vales que cubrían el valor de ellas.

La demanda se fundó en los artículos 22, 23, 24, 47, 55, 64, 65, 171, 177, 179, 186, 249 y siguientes del CST.; en los Decretos 70 y 71 de 1950 y 243 de 1951 y en los artículos 74, 76 y siguientes del CPT.

Al contestarla, la parte demandada negó los hechos principales, y dijo en su defensa que Medina sólo trabajó durante las "horas reglamentarias"

en el reparto de víveres en la ciudad; que abandonó el trabajo y no volvió a laborar en la empresa "por su gusto"; que recibió todo su sueldo y que habiendo retirado él y su esposa del almacén de la sociedad, mediante la firma de vales, artículos alimenticios, tales como granos y, en general, lo que necesita una persona para su sostenimiento diario, no pagó su valor, y que los referidos vales no se dedujeron oportunamente por olvido involuntario del administrador; que el demandante se negó a recibir las prestaciones a que tenía derecho, por lo cual su monto se consignó a órdenes del juzgado. Se opuso a las declaraciones solicitadas y alegó la inexistencia de la obligación y las excepciones de compensación, inepta demanda sustantiva y la "innominada".

El juzgado de primera instancia, que lo fue el del Círculo Judicial del Trabajo de Buenaventura, dictó fallo que en su parte resolutiva dice:

"**Primero.** — Declarar no probadas y en consecuencia rechazar todas las excepciones perentorias propuestas por la demandada.

"**Segundo.**—Condenar, como en efecto condena a la empresa '**José Fernández y Cía. Limitada**', de esta ciudad, representada por sus Gerentes los señores José García Rodríguez y José Fernández, el primero como principal y el segundo como suplente, a pagar, tres —3— días después de ejecutoriada esta sentencia, por concepto de prestaciones que más adelante se indicarán, a favor de Edgar Medina C., o de quien sus derechos represente, las siguientes sumas de dinero:

"a) La suma de trescientos ochenta y siete pesos moneda legal ($ 387.00) por concepto de cuarenta y tres —43 días— que hacían falta para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato de trabajo con un salario de $ 270.00 mensuales;

"b) La cantidad de setenta y ocho pesos ($ 78.-) por concepto de prima de servicios proporcional y correspondiente al segundo semestre de 1952 en tres meses y catorce días;

"c) La suma de veintisiete pesos ($ 27.00) moneda legal (por concepto de tres días de salarios laborados y no pagados a la terminación del contrato);

"d) La suma de siento setenta y dos pesos moneda legal ($ 172.00) por concepto de vacaciones causadas y no disfrutadas;

"e) La suma de trescientos setenta y tres pesos ($ 373.50) con cincuenta centavos, moneda corriente, por concepto de cesantía en un año, cuatro meses y 28 días de servicio.

"**Tercero.**—Condenar, como en efecto condena a la empresa 'José Fernández y Cía. Limitada', representada por los Gerentes citados en el punto anterior, a pagar tres días después de ejecutoriado este fallo, al actor o a quien sus derechos represente y por concepto de lucro cesante, los salarios caídos a partir del 17 de marzo de 1954, fecha en la cual venció el término presuntivo de seis meses, hasta el día en que se le paguen las prestaciones sociales al trabajador.

"**Cuarto.**—De la suma total que la empresa debe pagar al trabajador se deducirá en favor de ésta la cantidad de quinientos veintinueve pesos con cincuenta y ocho centavos moneda legal ($ 529.58) que fueron depositados por la demandada en este Despacho.

"**Quinto.**—Absolver, como en efecto absuelve a la demandada de los demás cargos que le aparecen; y

"**Sexto.**—Condenar en costas parciales a la demandada".

De este fallo apeló la demandada para ante el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, el que lo modificó y en su lugar dispuso:

"1º—CONDENASE a la empresa demandada, representada por sus Gerentes señores José García Rodríguez y José Fernández, el primero como principal y el segundo como suplente, a pagar, 3 días después de ejecutoriada la presente providencia, al señor **Edgar Medina** o a quien sus derechos represente las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

"a) Por prima de servicios proporcional en el 2º semestre de 1952.....	$ 78.00
"b) Por cesantía	273.50
"c) Por vacaciones causadas y no disfrutadas	135.00
"d) Por salarios caídos en el período comprendido entre el 4 de febrero /54 y el 23 del mismo mes y año.....	180.00

"**Parágrafo.**—Ordénase al Juzgado la entrega al actor del título número 1111-37314 del Banco de la República por $ 529.58.

"2º—Absuélvese a la Empresa de los demás cargos propuestos en el libelo de demanda.

"3º—Sin costas en la instancia".

El apoderado del demandante interpuso recurso de casación, el que, concedido, admitido y debidamente tramitado, va a decidirse.

Alcance de la impugnación

Aspira el recurrente a que "la sentencia sea casada parcialmente, en cuanto a los literales b) y d) del ordinal 1º y los ordinales 2º y 3º; y que, como tribunal de instancia, la Corte confirme los literales a), c) y e) del ordinal 2º de la sentencia de primera instancia, modifique el ordinal 3º de la misma en el sentido de aplicar la indemnización moratoria (salarios caídos) desde la ruptura del contrato (4 de febrero de 1954) hasta la cancelación de la deuda completa (inclusive la prima de servicios de 1952), confirme el ordinal 6º de dicha sentencia y condene al demandado en las costas de la segunda instancia".

Con apoyo en la causal primera del artículo 87 del CPT., se formulan tres cargos, que serán examinados en su orden.

Primer cargo

Señala como violado, por vía directa, y por interpretación errónea, el artículo 65 del CST. en relación con el artículo 59 ibidem, ordinal 1º y con los artículos 1626, 1627, 1649, 1656, 1657, 1660, 1714, 1715 y 1716 del C. C. y 604, 606, 609, 637, 639, 641 y 645 del C. J.

El recurrente lo sustenta así:

"Independientemente de las cuestiones de hecho, el sentenciador entiende el artículo 65 del CST. en el sentido de que, si no hay **confesión** expresa del deudor en relación con una prestación determinada, aunque ésta sea indiscutible, no cabe la sanción moratoria; en el sentido de que la consignación judicial de unas prestaciones bien liquidadas, pero con exclusión de otra prestación indiscutible, paraliza la sanción de los "salarios caídos", y en el sentido de que la consignación judicial **condicionada** a que el acreedor admita la deducción de créditos que el deudor cree tener en su favor, basta para impedir que siga corriendo la aludida sanción por mora en el pago laboral.

"Dice el sentenciador, al f. 237 vto.:

"En el caso sub-judice puede afirmarse que la empresa **consignó**.... precisamente la suma que **confesó** deber, sin que sea óbice a tal afirmación el no haberse consignado el valor de la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1952, **pues la condenación por este concepto no procede por confesión expresa del patrono,** sino por la circunstancia de que habiéndose demandado tal prestación **su pago no fue excepcionado** ni se presentó la prueba adecuada para declarar probada de oficio tal excepción".

"Y agrega al f. 238 vto.:

"Se sostiene en la providencia de primer grado que el hecho de haberse verificado una **consignación condicionada** equivalía a una indebida retención de prestaciones y salarios no autorizada por la ley. La Sala disiente en un todo de tal criterio. En el caso sub-judice no se configura ni remotamente una retención de prestaciones ni mucho menos deducción en los salarios. De acuerdo con la definición que de la retención da la doctrina, ésta sólo se opera cuando el acreedor conserva EN SU PODER la cosa del deudor hasta que le pague o le asegure el pago de lo que debe, lo cual no ha sucedido en el juicio que se tramita, ya que el patrono no ha retenido **personalmente** las prestaciones del actor como garantía de lo que éste le adeuda, sino que **condicionó el pago de la suma consignada".**

"La equivocada inteligencia de la norma salta a la vista. Ya lo ha dicho el Supreco en numerosas ocasiones: el artículo 65 entraña una sanción para la mala fe, y ésta se configura no únicamente, como lo dice la sentencia impugnada, cuando el patrono CONFIESA EXPRESAMENTE deber una prestación que no paga, sino cuando, sin confesarlo, no presenta razones que justifiquen su duda y su omisión.

"De otro lado, conforme a las normas del C. C. a que el cargo alude, la **consignación** es una especie de **pago**, que se desnaturaliza con cualquier condición. Cuando el artículo 65 del CST. habla de consignación judicial, habla de un depósito hecho a la orden del acreedor en forma que éste pueda retirarlo íntegramente cuando quiera; pero si la entrega del valor consignado se subordina a que el acreedor admita cualquier descuento, de modo que si no lo admite no pueda el Juez entregar aquel valor, la consignación será sólo aparente y en el fondo equivaldrá, como lo sostuvo el a-quo, a una **retención** ilegal de prestaciones y salarios. Porque tampoco es cierto que la retención sólo se opere cuando el supuesto o real acreedor conserve la cosa del deudor EN SU PODER, o "personalmente"; puede mantenerla en poder de un tercero, o en un Banco, o en un Juzgado del Trabajo, pues si —por las instrucciones que haya dado— esa cosa queda fuera del alcance de su dueño, estará RETENIDA.,

"La incidencia de la violación legal en la parte resolutiva de la sentencia no es menos evidente pues por la errada interpretación del artículo 65 fue por lo que el sentenciador limitó los "salarios caídos" hasta el día de la consignación incompleta y condicionada".

Se considera:

La sentencia impugnada no dice, como lo entiende el recurrente, que únicamente cuando el patrono confiesa expresamente deber la prestación que no paga, es aplicable la sanción prevista en el artículo 65 del CST. Lo que en ella se afirma es que no procede la condena por salarios caídos "por el solo hecho de que la suma depositada no coincide en un todo con el valor de las prestaciones deducidas en juicio", y agrega que en el caso **sub-judice** la empresa demandada, aunque no confesó adeudar la prima de servicios correspondiente al segundo semestre de 1952, a cuyo pago fue condenada porque habiéndose demandado tal prestación, no se propuso excepción al respecto ni se presentó la prueba adecuada para declarar probada de oficio la excepción a que hubiese lugar, consignó precisamente la suma que confesó deber en el momento mismo de la consignación.

Y como la ley no exige que el patrono, al efectuar la consignación, enumere o discrimine las prestaciones a que pueda tener derecho el trabajador, no aparece violado por este aspecto el artículo 65 del CST.

Cosa distinta ocurre con la interpretación que dá el fallador a la citada norma, en cuanto estima que es válida la consignación sometida a la condición de que el trabajador pague o asegure el pago de lo que el patrono considere que aquél le debe, siempre que no haya retención personal de las prestaciones del trabajador.

En torno al referido precepto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo dijo acertadamente lo que se transcribe a continuación:

"La consignación implica reconocimiento de deber, pues está destinada a satisfacer la deuda en la forma, términos y cuantía como se la reconoce, por lo cual el elemento buena fe aparece indisolublemente vinculado a esta figura; y significa asimismo que ella no procede cuando nada se admite como debido, ni solo para precaverse contra toda posibilidad de condena por los comúnmente denominados "salarios caídos". (Joaquín Sierra Vélez contra Bertulfo Botero y Marco Escobar. Sentencia del 14 de septiembre de 1955).

"...puede definirse que el artículo 65 no demanda una consignación con los requisitos del capítulo 7º del Título 14 del Libro 4º del C. C. y las formalidades del Título XXXII del Libro 2º del C. J., sino el simple depósito de lo que el patrono confiesa deber, elemento este sustancial que rechaza las consignaciones írritas en su monto o fraudulentas en su intención, mientras la justicia del trabajo decide la controversia, es decir, mientras se califica por funcionario competente si la suma depositada cancela el valor de los derechos del trabajador, según lo confesado, o es insuficiente para la solución de las obligaciones patronales. Estos dos factores —confesión de lo debido y transitoriedad de la consignación— integran el hecho en examen, al que la ley atribuye el efecto liberador ya anotado; determinan las modalidades de su ocurrencia, las cuales por otra parte convienen con la simplicidad de formas del derecho laboral, sin las formalidades de la oferta, traslado de ella al acreedor, autorización del juez, nombramiento de depositario, del derecho común; y precisan su finalidad, que no es otra que la de atender a la satisfacción de la deuda patronal ya confesada, de buena fe, por lo cual el depositario —Juez o autoridad política del lugar—, debe hacer llegar a su destino la suma consignada, que no puede confiársele para cosa distinta, o, al menos, debe hacer saber al trabajador que el depósito se halla a disposición suya con el destino indicado". ..."Mas quiere esta Superioridad dejar suficientemente esclarecido que la consignación analizada implica una confesión de deber, y que su destino propio es la solución de lo debido, por lo cual a ello debe aplicarse de inmediato, sin que se precise aguardar las resultas del pleito. Yerran, en consecuencia, quienes sabiendo no deber nada o creyendo eso de buena fe efectúan consignaciones por temor a que una imprevista o equivocada condena judicial por acciones principales de trabajo produzca adicionalmente la sanción moratoria; o quienes consignan una suma cualquiera para enervar el mandato del artículo 65, pues la operancia de ésta rechaza tales procederes, conforme a lo explicado, que ratifica, por otra parte, el soporte de buena fe sobre el cual descansa todo su sistema y fuera del cual no es posible comprenderlo". (Miguel Ardila contra Guillermo Velásquez P. y Honorio Vélez U. Sentencia de 17 de septiembre de 1955).

Ciertamente, como lo sostiene la jurisprudencia transcrita, que esta Sala acoge, la consignación implica una confesión de deber, y tiene un alcance funcional, que no es otro que el de satisfacer una necesidad inmediata del trabajador, a quien la ley supone económicamente débil, lo cual no se logra por el simple hecho de que el patrono se abstenga de retener el valor de los salarios y prestaciones correspondientes, sino cuando es posible que se le entreguen a aquél las sumas consignadas.

Persíguese, pues, un resultado económico, y por

ello la consignación realizada sin verdadero "animus solvendi", más para preservar al patrono de la sanción legal que para cumplir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, es un acto jurídico aparente, extraño a la buena fe y que carece por lo mismo de efectos liberatorios en orden a la indemnización por mora.

En el caso que se estudia, el fallador no se ciñó a los principios que regulan la institución que consagra el inciso 2º del artículo 65 del CST., al entender que el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma correspondiente a los salarios y prestaciones debidos, aunque en virtud de una condición impuesta por el mismo, no pueda aplicarse inmediatamente esa suma al pago de lo que adeuda al trabajador.

Prospera, pues, el cargo, y en consecuencia habrá de casarse el fallo recurrido en lo que se refiere a la absolución de la empresa demandada por concepto de la indemnización por mora.

Segundo cargo

Se acusa en éste de quebranto, por vía directa, y por aplicación indebida, de los artículos 249 y 253 del CST.

El recurrente lo sustenta brevemente así:

"El sentenciador admite como demostrado un tiempo de servicio de un año, cuatro meses y 17 días, con un salario mensual de $ 270.00. Pero al aplicar las normas sobre liquidación de la respectiva cesantía, dedujo apenas $ 273.50, y no $ 373.50".

Se considera:

Evidentemente el fallador dá por demostrado que el demandante prestó sus servicios a la empresa demandada durante 1 año, 4 meses y 17 días, comprendidos entre el 16 de septiembre de 1952 y el 3 de febrero de 1954, y que devengó un salario mensual de $ 270.00, "tal como lo decidió el a-quo y lo liquidó la empresa demandada".

Ahora bien, en la sentencia de primera instancia, se condenó a la demandada a pagar la suma de $ 373.50 por concepto de cesantía.

Se trata, pues, de un error, quizá involuntario, que es preciso corregir, mediante la casación del fallo acusado, en lo pertinente.

Tercer cargo

Está formulado así:

"Por vía indirecta, y por falta de aplicación, los artículos 57, ordinal 4º, y 64 del CST. (aquél en relación con el 50 del CPL.); y por aplicación indebida, el 65 del mismo código, en relación con el 59 ibidem, ordinal 1º, y con los artículos 1626, 1627, 1649, 1656, 1657, 1660, 1714, 1715 y 1716 del C. C. y 604, 606, 609, 637, 639, 641 y 645 del C. J. Violó igualmente los artículos 31, 54 y 80 del CPL., y 593 y 597 del C. J. A estas infracciones llegó el sentenciador por equivocada apreciación de la demanda y su contestación, del acta de la primera audiencia de trámite, de la inspección ocular, del dictamen pericial, de los recibos de fls. 33 a 70, de los vales de almacén de fls. 76 a 119, de la diligencia de consignación judicial (f. 120), de las posiciones de Fernández (153 a 155) y del actor (174 a 176), de las declaraciones de Melquisedec Roldán (152 y v.), de Luis A. Vallecilla y de Manuel Medina (fls. 189 a 191 v.); y por falta de apreciación de la declaración de Hernando Casquete (fls. 191 v.) y del rechazo de la consignación condicional (fls. 122). Lo cual lo indujo a los siguientes errores de derecho y de hecho que aparecen de manifiesto:

"De derecho: Dar por demostrado el reconocimiento de la deuda de almacén imputada al actor, mediante unos vales y una pretendida confesión judicial que no fueron enunciados como medios de prueba en la contestación de la demanda ni decretados de oficio por el Juez.

"a) No dar por demostrado, estándolo, el despido del actor por el demandado;

"b) No dar por demostrado, estándolo, que el hecho generador del salario (el trabajo del 1º al 3 de febrero) sí fue planteado en la 1ª instancia;

"c) Dar por demostrado, sin estarlo, el pago de los últimos tres días de trabajo;

"d) Dar por demostrado, sin estarlo, que la consignación judicial se condicionó al resultado del litigio en cuanto a la compensación;

"e) No dar por demostrado, estándolo, que hubo retención de prestaciones y salarios a pesar de la aparente consignación;

"f) Dar por demostrado, sin estarlo, que hubo justo motivo de duda para no liquidar ni consignar la 2ª prima de 1952, y

"g) No dar por demostrada, estándolo, la mala fe del demandado en la mora, subsistente aún, para pagar lo debido.

"La sola confrontación de las pruebas singularizadas pone en evidencia los errores, acusados. De donde provino la absolución por lucro cesante (artículo 64) y salarios (artículo 57, ord. 4º) y la deficiente condena por "salarios caídos" (artículo 65)".

Se considera:

En su orden serán examinadas las diversas cuestiones que plantea en este cargo el recurrente:

Primero.—Reconocimiento de la deuda de almacén.—El fallador dá por demostrado que algunos de los vales que obran en el expediente (folios 76 a 102 y 104 a 114), y que se refieren al recibo de dinero o especies, "han adquirido dentro del juicio la calidad de plena prueba" por no haberse probado la tacha de falsedad acerca del contenido de dichos documentos por quien la afirmó, o sea por el actor. Pero a continuación declara que "no se configura ni el vínculo que las obligaciones contenidas en los documentos ya referidos tienen con el contrato de trabajo, ni aparece en ellos autorización alguna del trabajador que pueda dar fundamento a la compensación solicitada", y en consecuencia no dá por demostrada la excepción de compensación propuesta en la contestación de la demanda.

Luego el supuesto error "de derecho" que alega el recurrente (y no sería error de esa clase conforme al claro texto del artículo 87 del CPT.), no tiene incidencia sobre la parte resolutiva del fallo y por ello no es el caso de estudiar la acusación sobre este punto.

Segundo.—**Indemnización por ruptura unilateral e ilegal del contrato.**—El fallo impugnado infiere de la absolución de posiciones de José Fernández y de las declaraciones de Melquisedec Roldán, Luis Alberto Vallecilla, Manuel Mina y Hernando Casquete que no se estableció debidamente en los autos el hecho del despido del trabajador.

El recurrente, en la demanda de casación, no demuestra cómo se produjo el error de hecho en la estimación de las mencionadas pruebas, que pudiera haber conducido a la violación del artículo 64 del CST. En escrito posterior, presentado para desistir de la solicitud de audiencia pública, señala concretamente como prueba no apreciada el testimonio de Hernando Casquete, que el sentenciador desestimó por no haberse identificado el testigo con la cédula de ciudadanía ni con la tarjeta de identidad postal.

Más, si fuese admisible esta alegación extemporánea y si se atendiese al argumento según el cual el sistema de identificación exigido por el fallador no es esencial para la validez de ningún testimonio, el cargo, en lo que atañe a este otro punto, resultaría ineficaz porque el testigo no precisa la fecha en que pudo haber ocurrido el despido del demandante, como bien lo anota el opositor.

Tercero. — **Salarios insolutos.** — Para el recurrente el fallador incurrió en error de hecho manifiesto al dar por demostrado, sin estarlo, el pago de los tres últimos días de trabajo comprendidos entre el 1º y el 3 de febrero de 1954.

Al efecto, entre las pruebas defectuosamente apreciadas señala la demanda, en cuya letra h) el demandante afirma que prestó sus servicios hasta el día 7 de febrero de 1954; la contestación de la demanda, en que se niega este hecho; la inspección ocular en la cual nada se expresa sobre el particular; el dictamen pericial, puntos 3º, 7º y 10º, en que se anota que Edgar Medina "empezó a devengar sueldo el 17 de septiembre de 1952 hasta el 3 de febrero de 1954 inclusive" y que se pagó remuneración de acuerdo con los comprobantes de contabilidad, hasta el 31 de enero de 1954, y la diligencia de consignación judicial. De estas pruebas deduce el recurrente que el hecho de haber trabajado Medina en febrero de 1954 se discutió en el juicio y que los salarios respectivos no fueron pagados.

El fallador sostiene que "no habiendo sido discutidos en el juicio tales salarios no era procedente la condenación verificada por el Juez, ya que de otro lado no hay prueba alguna en el expediente de que al actor se le hayan negado los salarios correspondientes a los tres primeros días de febrero de 1954 y por el contrario en el acta de inspección ocular existe la constancia de que al actor se le pagó por su trabajo realizado en esos días la suma de $ 21.08".

La sentencia quiso referirse posiblemente al dictamen pericial, en que se transcribe la siguiente liquidación de prestaciones sociales y salarios debidos al demandante a la terminación del contrato:

"SUELDO: Febrero 1º 1954 ... ... $ 15.00
5 horas diurnas a $ 0.781 ... ... 3.90
2 horas nocturnas a 1.09 ... ... 2.18
$ 21.08"

Esta cantidad, agregada a las que se liquidaron, según el mismo dictamen, por vacaciones y cesantía, corresponde en verdad a la suma que consignó la empresa demandada. Pero como en el memorial dirigido al Juez del Trabajo de Buenaventura, en que se anuncia la consignación, no se mencionan los salarios, y antes bien se manifiesta que la cantidad de $ 529.58

está destinada a responder "por las **prestaciones sociales** de Edgar Medina" (se subraya) y por otra parte el hecho sí fue debatido, no tiene base probatoria la conclusión a que llega el sentenciador acerca del pago del salario de los tres días trabajados por el actor en febrero de 1954.

Por tanto, habrá de casarse el fallo en lo relativo a este punto.

Cuarto. — **Salarios caídos** — Esta cuestión fue ya debatida al examinar el primer cargo.

Resta sí la observación de que, la entrega de la suma consignada se condicionó a la "**previa** deducción de los valores a que se refieren los vales que acompañamos a este depósito por la cantidad de $ 566.05", (Subraya la Corte) y no "a que en el juicio sea declarada o no probada la excepción de compensación", como lo dice la sentencia impugnada.

En cuanto al hecho que afirma el opositor de que la empresa estuviera autorizada, por acuerdo entre las partes, para retener periódicamente del salario de Medina el valor de las mercancías que éste retiraba, aun en el supuesto de ser cierto, no acredita que existiese también convenio para retener, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos por el patrono.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso, y en su lugar, modificando la de primer grado en su numeral 3º y confirmándola en las letras c) y e) del numeral 2º, CONDENA a la Sociedad José Fernández & Cía. Limitada, representada por sus Gerentes José García Rodríguez y José Fernández, el primero como principal y el segundo como suplente, a pagar a Edgar Medina la suma de NUEVE PESOS MONEDA LEGAL ($ 9.00) diarios, como indemnización moratoria, desde el 4 de febrero de 1954 hasta el día en que se verifique el pago de los salarios y prestaciones debidos en el momento de la terminación del contrato de trabajo: la suma de VEINTISIETE PESOS ($ 27.00) MONEDA LEGAL por concepto de salarios insolutos, y la suma de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS ($ 373.50) MONEDA LEGAL, por concepto de auxilio de cesantía. No la casa en lo demás.

Del valor total de las condenas se descontará la suma de QUINIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS ($ 529.48) MONEDA LEGAL, consignada por la empresa conforme al título Nº 1111-37314 del Banco de la República, la cual se ordena entregar a la parte demandante.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo — Roberto de Zubiría — Luis Fernando Paredes A. — Jorge Vélez García — Vicente Mejía Osorio, Secretario.

PRESUNCION DE CONTRATO DE TRABAJO. — DEMOSTRADA LA PRESTACION DE SERVICIOS PERSONALES Y LA REMUNERACION, LA SUBORDINACION O DEPENDENCIA SE PRESUME. — DEMANDA CONTRA UNA SOCIEDAD DE HECHO QUE DESPUES SE CONSTITUYE LEGALMENTE.—INDEMNIZACION MORATORIA

1.— Aceptados, por el juzgador los hechos constitutivos de dos de los elementos requeridos para la existencia del contrato de trabajo, era apenas lógico y elemental que hubiese deducido la existencia del otro elemento denominado "subordinación o dependencia" que, con los dos anteriores configuran el contrato de trabajo, dando aplicación a la presunción consagrada por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice: "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"; no otra podía ser la recta solución, si se tiene en cuenta que el hecho indicador necesario para que esa presunción opere —existencia de la relación de trabajo personal— resulta establecido mediante la comprobación hecha por el demandante y aceptada por el juzgador, de que había realizado por sí mismo una actividad en beneficio de la sociedad demandada. Al efecto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ha expresado este mismo criterio en distintos fallos y en los cuales se consigna:

"La presunción que las leyes laborales consagran sobre la existencia del contrato de trabajo se establece entre quien presta el servicio y quien lo recibe y aprovecha". (Sentencia del 17 de febrero de 1953). Con la demostración del servicio y de la remuneración se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general, producir la prueba de la subordinación". (Sentencia de 18 de diciembre de 1953). "No se puede exigir que los testimonios hayan de pronunciarse necesariamente sobre la existencia del elemento subordinación en la relación laboral, porque equivaldría a desconocer la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que si fuera necesario demostrar todos los elementos del contrato no existiría tal presunción. Demostrado el servicio personal mediante una remuneración, corresponde al demandado demostrar que el trabajo no era subordinado o no era remunerado, para que pueda concluírse en su favor que no existió contrato laboral" (Sentencia de 19 de mayo de 1954).

2.—Como aparece acreditado en el expediente que la sociedad demandada sólo se constituyó legalmente el 30 de noviembre de 1940, y que antes de esa fecha y desde 1937 los señores José Jesús y Luis Carlos sólo tenían una sociedad de hecho, y teniendo en cuenta que la demanda se ha dirigido contra la sociedad y no personalmente contra cada uno de los socios que la constituyen y a quienes antes prestó sus servicios el demandante, deberá tomarse como fecha inicial de la iniciación de la relación laboral del demandante con la sociedad demandada, el día 30 de noviembre de 1940.

3.—El Tribunal Supremo del Trabajo, en casación de 10 de marzo de 1954, expresó: "No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera, se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono pueda tener carácter realmente respetable para discutir la calidad del contrato, la sanción precisada no debe ser aplicada. Se trata, pues, de situaciones de excepción. Cuando la litis se traba no sobre la existencia del contrato, sino sobre sus consecuencias, o cuando trabándose sobre aquélla, se ve la sin razón de la polémica, sobre la calidad de una relación que aparece clara, la norma referida debe aplicarse sin consideración".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Medardo Noreña Gaviria, por medio de apoderado, demandó a la sociedad comercial denominada "José J. y Luis Carlos González R. Limitada", domiciliada en Pereira, para que por los trámites de un juicio ordinario laboral se condenase a la demandada a pagarle las siguientes sumas de dinero, por concepto de prestaciones e indemnizaciones, así: a) $ 3.036.99 por auxilio de cesantía, (véase adición de esta parte petitoria, al final de la demanda); b) $ 276.09 por concepto de vacaciones durante los tres últimos años de servicios; c) $ 558.18 valor de las primas de servicios causadas y no pagadas, correspondientes al mismo período de tres años; d) Indemnización por mora en el pago de las prestaciones, en la forma establecida por el artículo 65 del C. S. del T. y e) Las costas judiciales.

Los hechos en que fundamentó su acción, pueden sintetizarse así:

1º—Que entró a trabajar al servicio de la demandada en el contrato de arrendamiento de varias casas de inquilinato que esa Sociedad tiene en Pereira y que trabajó ininterrumpidamente desde fines del año de 1937 hasta finalizar el mes de mayo de 1954; 2º.—Que la sociedad demandada funcionó de hecho, desde 1937 hasta 1940, en que se constituyó legalmente. 3º — Que los servicios prestados a la demandada, consistían en visitar a los inquilinos, cobrar y percibir los arrendamientos, expedirles los recibos correspondientes en talonarios suministrados al efecto por la sociedad demandada y entregar los dineros recibidos en sus oficinas. Que, además, debía de informarle sobre los reclamos de los inquilinos acerca de reparaciones necesarias en los inmuebles, y en ocasiones conseguir quien hiciera esas reparaciones cuando así se lo pedía alguno de los socios de la Compañía, y ejercer estrecha vigilancia sobre los inquilinos para evitar demora en el pago de los arriendos o que se ausentaran sin pagar. 4º — Que de ordinario la sociedad demandada arrendaba los inmuebles fijando el precio correspondiente, pero ocasionalmente, lo hacía el demandante por orden de los socios y por el cánon que se le indicara. 5º—Que el demandante debía cumplir estrictamente sus obligaciones y comparecer a las oficinas de la sociedad a entregar los dineros recibidos, é informar cuáles inquilinos estaban atrasados en sus pagos y además, para recibir las órdenes que le impartiera cualquiera de los socios de la Compañía y practicar las diligencias relacionadas con el cobro de tales arrendamientos. 6º—Que el salario convenido entre él y la sociedad, desde que empezó a prestar sus servicios en 1937 y hasta su retiro en mayo de 1954, fue del diez por ciento de lo que recaudara por concepto de arrendamientos, porcentaje que no sufrió variación alguna. 7º—Que al finalizar el mes de mayo de 1954 se retiró voluntariamente del servicio porque la sociedad empezó a demoler la mayor parte de las casas de inquilinato, por lo cual consideró que de esta última fecha en adelante se reduciría notablemente su salario y por tanto, estimó que no podía continuar prestando sus servicios con el mismo porcentaje. Que con el anuncio del retiro verificó inmediatamente el reclamo verbal para obtener el pago de sus prestaciones debidas, sin que éstas fueran canceladas por la demandada. Que no disfrutó de vacaciones, ni le pagaron las primas de servicios que ordena la ley, según aparece de los hechos 8º y 9º. En el hecho décimo, afirmó que en los tres últimos años de labores devengó un salario mensual promedio de $ 184.06 y que este mismo salario lo devengó en el último año según deduce de la relación de recaudos que allí hace. Que por escrito reclamó del socio José J. González un arreglo amigable de sus prestaciones, pero que éste se negó a ello.

En derecho se apoyó en lo dispuesto por los artículos 187, 249, 306 y siguientes del Código Sustantivo del Trabajo y en cuanto al procedimiento señaló el establecido por el Código de la materia.

La demandada se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda; negó la mayor parte de los hechos y aceptó unos pocos, haciendo algunas aclaraciones al respecto. Finalmente, propuso las excepciones de "falta de causa" que sustentó en el hecho de no existir contrato de trabajo con el demandante y las que denominó "de carencia de acción" y "la genérica" y, finalmente la "de prescripción".

Adelantado el trámite de rigor el Juez del Trabajo del Círculo Judicial de Pereira, que fue el del conocimiento, desató el negocio por sentencia de 2 de abril de 1955, por la cual absolvió a la Sociedad demandada de todos los cargos formulados en la demanda. No hizo condenación en costas.

El apoderado del demandante interpuso apelación contra la sentencia de primer grado para ante el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, entidad que por sentencia de 13 de marzo de 1956 confirmó la providencia recurrida.

El mismo apoderado del demandante interpuso oportunamente el recurso de casación, el que le fue concedido por el Seccional. Admitido y tramitado en legal forma, esta Sala procede a decidirlo teniendo en cuenta la demanda de casación y el escrito de oposición.

EL RECURSO

Alcance de la impugnación.—La impugnación persigue se case la sentencia acusada, para que se declare que sí existió contrato de trabajo entre la sociedad demandada y el demandante y como consecuencia se condene aquélla al pago de la cesantía,, vacaciones, primas de servicios, e indemnización por mora de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y costas del juicio.

Cargo único.—Acusa la sentencia de violar indirectamente los artículos 21, 22, 23, 24, 37, 65, 186, 189, 249, 253 y 306 del Código Sustantivo del Trabajo; el art. 99 del Código Procesal del Trabajo y el artículo 1º del Decreto 3.871 de 1949, como consecuencia de error de hecho, por falta de apreciación y por apreciación errónea de las pruebas que indica en el desarrollo del cargo. Dice que el error de hecho consistió en haber admitido el Tribunal, contra la evidencia procesal, que no existió contrato de trabajo y que al sentar el Tribunal esta premisa, lógicamente dejó de aplicar las otras normas legales, como una consecuencia inmediata.

Inicia el desarrollo del cargo transcribiendo 5 apartes del fallo impugnado para referirse a ellos, así:

1º—Que el Tribunal acepta en su sentencia dos de los elementos que configuran el contrato de trabajo, según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo "la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo". Y "un salario como retribución del servicio". Para comprobar esta afirmación, transcribe lo siguiente del fallo impugnado. "Analizado el haz probatorio, se ve a las claras que el señor Medardo Noreña, fue cobrador de los inquilinos que ocupaban varias casas de propiedad de la compañía demandada; y que de los fondos recaudados correspondía el 10%". Agrega, que es innecesario hacer ningún comentario al respecto.

En el punto 2º, manifiesta que el Tribunal, para sostener que no se conoce el tiempo de labores y la jornada cumplida, ni la fecha de entrada y de retiro, y si su trabajo fue continuo o simplemente ocasional, se apoya en la cita que hace de apartes de las declaraciones de Alfredo Rendón Rincón, José Mejía Robledo, Raúl Cuéllar González y Pola Torres.

Dice que en este negocio se ha afirmado que el demandante Medardo Noreña trabajó al servicio de la sociedad demandada desde 1938 hasta finalizar el mes de mayo de 1954. En seguida entra a realizar un examen de las declaraciones que tomó en cuenta el sentenciador y de otras que considera no estimó. Al efecto, transcribe apartes del testimonio de Pola Torres para concluír que de él se establece que el demandante Noreña trabajó desde 1938 con la sociedad demandada. Agrega, que es necesario relacionar este testimonio con otros, que dan claridad sobre este punto y que el sentenciador no tuvo en cuenta, tales como el de Aureliano Orozco López a folio 27, el de Raquel Panezo de Rivillas, folio 88 vuelto y las posiciones absueltas por José J. González, socio de la compañía demandada, que aparecen a folios 31 y siguientes. Se refiere también a las posiciones absueltas por Luis Carlos González folio 33 y siguientes, a las declaraciones de Enrique Figueroa folio 27 vuelto y 28, de Rosa Emilia Morales de Mejía folio 29, de Pastor Emilio Parra folio 29, de Camilo Cortés folio 57 vuelto, de Ezequiel Fernández Zapata folio 87 y siguientes, de Antonio Didier Buitrago folio 28, testimonios y posiciones que transcribe en lo que estima pertinente, que analiza y concreta luégo, en la siguiente síntesis:

"Pola Torres (Magola) (folio 30) dice que desde 1938 conoció a Noreña como cobrador hasta 1942.

"Enrique Figueroa (folio 27 vuelto y 28) dice que desde 1946 por espacio de 'cerca' de 9 años, es decir hasta 1954.

"Rosa Emilia Morales de Mejía (folio 29) dice que desde mediados de 1949 habita propiedades de los González, inclusive en el momento de rendir su testimono, y sostiene que 'hasta mediados del año pasado' conoció a Noreña como cobrador (ella depone en 1955), es decir, hasta 1954.

"Pastor Emilio Parra (folio 29 vuelto) como Secretario del Juzgado Primero Municipal de Pereira, dice que desde 1947 hasta 1951 o 1952 conoció a Noreña activando los negocios de arrendamientos de los González en dicho Juzgado.

"Antonio Didier Buitrago (folio 28 vuelto) sostiene iba todas las mañanas al negocio de los González; y que cobraba los arrendamientos. Esto lo sabe desde el 4 de abril de 1953, que trabaja con la Sociedad.

"Raquel Panezo de Rivillas (folio 89) dice que

conoció como cobrador a Noreña desde 1938 hasta 1944.

"Camilo Cortés (folio 57 vuelto) dice hace ocho años conoce a Noreña como cobrador de la sociedad mencionada, es decir, desde 1948, pues rinde su declaración en 1956.

"Ezequiel Fernández Zapata dice le pagó a Noreña alquileres, por cuenta de la sociedad de los González, hasta el 31 de mayo de 1954.

"Y los socios José J. González y Luis Carlos González, en sus posiciones extra-juicio y traídas al expediente en oportunidad, admiten que 'DURANTE ESTE TIEMPO (contestando a una pregunta que hacía referencia al trabajo cumplido por Noreña entre 1938 inclusive y final de mayo de 1954) NO LO REEMPLAZO NINGUNA OTRA PERSONA'."

Más adelante agrega que, estos testimonios y pruebas fehacientes no las tuvo en cuenta el Tribunal o no las apreció debidamente. En seguida hace un análisis de la declaración de Alfredo Rendón Rincón, para concluír que fue mal apreciada por el fallador, lo mismo que la declaración de José Mejía Robledo folio 25 y la de Raúl Cuéllar González folio 38 vuelto y 39.

Concluye este punto del cargo, así:

"En cuanto a la declaración de Pola Torres ya vimos que fue mal apreciada por el Tribunal de Manizales, pues lo que determina ella muy claramente es que desde 1938, el señor Medardo Noreña estaba al servicio de la sociedad. Y que fue mal apreciada además, pues no se relacionó con los otros testimonios, que aquí dejamos transcritos, y que establecen los siguientes hechos:

"a) Que el tiempo de trabajo fue de 1938 inclusive hasta el final de mayo de 1954. Luego el tiempo de labores sí se conoce y la fecha de entrada y retiro sí se ha establecido en el expediente.

"b) Que su trabajo fue continuo, pues los declarantes y las posiciones de los socios José J. y Luis Carlos González, son muy claros al respecto. Mediante tales deposiciones se da uno cuenta que el trabajo no fue ocasional, sino continuo. Y además, que Noreña cobró los arrendamiento durante 16 años; hacía arreglar las casas y servía como empleado de mostrador a la sociedad, en los tiempos libres. Ya tendremos oportunidad de volver más aún sobre algunos aspectos aquí enunciados.

"c) Luego es lógico que se rechacen las conclusiones a que llegó el Tribunal Sentenciador en vista de la mala apreciación que hizo de las pruebas que le sirvieron de base para su sentencia y por la falta de apreciación de otras, como lo hemos demostrado hasta aquí, para tener que concluír el H. Tribunal Supremo casando la sentencia, declarando la existencia del contrato de trabajo y consecuencialmente el pago de las prestaciones en favor de mi poderdante".

Punto tercero.—Expresa que el Tribunal acoge el concepto del Juez **a-quo** en el sentido de que no hay pruebas suficientes "con relación al elemento característico del contrato de trabajo que es la subordinación o dependencia y respecto del tiempo continuado y exacto de los servicios" y la conclusión de que no hubo contrato de trabajo, sino que más bien parece se trate de un contrato autónomo que de índole laboral. Agrega que éste es el único elemento que no ha logrado hallar establecido el sentenciador, pues que los otros dos extremos que configuran el contrato de trabajo están demostrados y aceptados en el fallo, en la parte que expresa: "Se ve a las claras que el señor Medardo Noreña fue cobrador de los inquilinos que ocupaban varias casas de propiedad de la compañía demandada; y que de los fondos recaudados le correspondía el 10%".

En seguida, hace un análisis jurídico de lo que se "entiende por subordinación" y cita en su apoyo los apartes de varias sentencias del Tribunal Supremo del Trabajo. Luego realiza un examen de los testimonios de Blanca Castrillón (fls. 27). de Aureliano Orozco López, de Enrique Figueroa, de Antonio Didier Buitrago, de Rosa Emilia Morales de Mejía, de Pastor Emilio Parra, de Pola Torres, de Cayetano Mosquera, de Raúl Cuéllar González, para concluír que fueron mal apreciados por el sentenciador, pues que de todos ellos se deduce la subordinación del trabajador. Además, dice que no fueron apreciadas las declaraciones de Alfredo Rendón Rincón (folio 25) de José Mejía Robledo (folio 25 vuelto), de Ezequiel Fernández Zapata y de Raquel Panezo de Rivillas (f. 88 y 89), haciendo las transcripciones de esos testimonios, en los que considera pertinentes, y, concluye este aspecto del cargo, así:

"No queremos repetir más que este es un trabajo que se acomoda, exactamente, a los principios jurisprudenciales sobre la subordinación que nos permitimos citar al comenzar el análisis de esta parte de la sentencia del Tribunal de Manizales. De suerte que por mala apreciación y por falta de apreciación de pruebas, el Tribunal sentenciador llegó a afirmar que no existía la subordinación. Creemos dejar despejado este aspecto con abundancia de documentos, de pruebas, de tesis jurisprudenciales del Honorable Tribunal Su-

perior del Trabajo, que nos permite solicitar que se declare que sí existió el contrato de trabajo entre Medardo Noreña y la sociedad José J. y Luis Carlos González Limitada. Aquí queda demostrada la subordinación y el Tribunal de Manizales había aceptado los otros dos términos de la relación laboral: "Analizado —dice el Tribunal de Manizales— (folio 104), el haz probatorio, se ve a las claras que el señor Medardo Noreña fue cobrador de los inquilinos que ocupaban varias casas de propiedad de la Compañía demandada; y que de los fondos recaudados le correspondía el 10%". Por lo tanto, es lógico que se case la sentencia y se declare que existió el contrato de trabajo y que se adeudan las prestaciones que ha venido solicitando, a través de este juicio, Medardo Noreña a "José J. y Luis Carlos González Limitada" pues la subordinación de aquél a ésta aparece claramente establecida".

Punto quinto. — En la parte que el recurrente denomina "desarrollo del cargo", en el punto quinto, transcribió el siguiente aparte de la sentencia del Tribunal: "El diez por ciento de lo que cobraba Noreña y que se aceptó como comisión o sueldo mensual de éste, no es fácil estimarlo en cifras con exactitud y acierto, porque no se sabe qué cantidades cobró, correspondientes a qué tiempo, etc. para poder determinar su monto sin lugar a equivocación alguna".

Sobre este punto, dice que el porcentaje del diez por ciento como retribución de los servicios de Noreña nadie lo discute; que inclusive lo aceptaron los demandados al absolver las posiciones que se les formularon. Agrega que la forma de establecer lo que él ganaba sería verificando las operaciones sobre los pagos hechos por los inquilinos relacionados en el punto 10º de la demanda; o que se tome como base el salario mínimo legal, y, finalmente, que se haga uso del artículo 99 del C. P. L., para que se fije el salario mediante un dictamen pericial.

Termina su demanda haciendo algunas consideraciones sobre la mala fé de la demandada, para que se dé aplicación al artículo 65 del C. S. del T.

Por su parte, el opositor, refiriéndose al alcance de la impugnación, expresa: "Innecesario es decirlo, pues bien sabido lo tiene el H. Tribunal, que aún en el caso hipotético de llegar a casar la sentencia recurrida y en consecuencia decretar las prestaciones que se demandan, no habría lugar a la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por ser éste precisamente el caso en que se debate la existencia misma del contrato de trabajo".

Respecto a la formulación del cargo, el opositor dice que el intento que movió al recurrente fue más bien el de hacer un alegato de instancia que una demanda de casación. Que el Tribunal fundamentó su sentencia "en todo el haz probatorio", es decir, verificó un análisis de conjunto sobre todo el material de pruebas acumuladas; que, en consecuencia, el cargo debería contener la crítica correspondiente sobre todo el acervo probatorio, cosa que no hizo el recurrente, pues que dejó de citar el testimonio de Sinforiano Correa (folio 37), que constituye uno de los pilares que sustenta la sentencia. Que el cargo se formula por los extremos de falta de apreciación y apreciación errónea de las pruebas, pero que el Tribunal sí tomó en consideración todas las pruebas que cita el recurrente y otras más no citadas por éste y que mediante la apreciación de todas ellas llegó a las conclusiones que fundamentan el fallo. Sobre el elemento subordinación, dice que, en el caso en estudio, el juzgador, tanto en la primera como en la segunda instancia no halló base probatoria para configurar el elemento de la subordinación o continuada dependencia, ni siquiera "como posibilidad jurídica de dar y recibir órdenes". Agrega que, al contrario, con fundamento en el acervo probatorio, concluyó que este elemento no existía en la relación que vinculó a las partes, que se regía más bien por un "contrato autónomo" y que el actor tenía la calidad de un trabajador independiente. Expresa que, pese al denodado esfuerzo del casacionista, su alegación no alcanza a desvirtuar el recto sentido que el Tribunal dio a los testimonios en que se apoya el fallo. Que es inexacto que se haya dejado de apreciar los testimonios de Alfredo Rendón Rincón, de José Mejía Robledo, de Ezequiel Fernández Zapata y de Raquel Panezo de Rivillas, pues que los dos primeros aparecen expresamente citados en la sentencia y que, además, el Tribunal se refirió a todos los testigos, tomados en bloque, cuando dice: "Analizado el haz probatorio", "atestación de varios deponentes" y "otros muchos". Termina oponiéndose a las pretensiones del recurrente y pidiendo se mantenga en firme la sentencia impugnada.

Se considera:

La tesis fundamental en que se apoya la sentencia recurrida, radica en que el sentenciador consideró que en el caso sub-lite no estaba configurado un contrato de trabajo entre el demandante y la sociedad demandada, pues no se había establecido, con las pruebas allegadas al proceso, el elemento de la continuada subordinación o depen-

dencia del trabajador respecto del patrono, que es esencial para que haya contrato de trabajo. Que tampoco cabía dar aplicación a la presunción establecida por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, por la misma causa de no haberse demostrado la subordinación y afirma que "el proceso que se analiza es contentivo de un contrato autónomo más bien que de índole laboral". Las otras consideraciones del sentenciador son secundarias y se refieren a los extremos de duración del contrato y salario devengado por el trabajador, susceptibles de análisis sólo en las consideraciones de instancia, al aceptarse la prosperidad del cargo.

Sobre el punto fundamental contenido en el fallo, el Tribunal se expresó, así: "Analizado el haz probatorio, se ve a las claras que el señor Medardo Noreña, fue cobrador de los inquilinos que ocupaban varias casas de propiedad de la Compañía demandada; y que de los fondos recaudados le correspondía el diez por ciento. Pero se desconoce exactamente el tiempo de labores y la jornada diaria cumplida. Aún más, no se sabe la época cierta de entrada y retiro del trabajador y mucho menos si su trabajo fue continuo o simplemente ocasional". En apoyo de lo anterior cita apartes de los testimonios de Alfredo Rendón Rincón (folio 25); de José Mejía Robledo (folio 25 vuelto) y de Raúl Cuéllar González (folio 38 vuelto) y transcribe, fragmentariamente, el testimonio de Pola Torres. En seguida, agrega: "Se acepta, en consecuencia el concepto del señor Juez **a-quo** acerca de la falta de pruebas con relación al elemento característico del contrato de trabajo que es la subordinación o dependencia y respecto del tiempo continuado y exacto de los servicios prestados por Noreña en beneficio de la sociedad "JOSE J. Y LUIS CARLOS GONZALEZ LIMITADA". Porque en verdad, no conociéndose la jornada cumplida por Noreña en los menesteres de los cobros, los cuales se verifican comúnmente cada quince días o cada mes; ni sabiéndose con exactitud el tiempo de servicios, extremo necesario de la acción, ni siquiera el elemento fundamental y característico de la subordinación, no puede concluírse jurídicamente que existió contrato de trabajo"..... "El proceso que se analiza es contentivo de un contrato autónomo más bien que de índole laboral. Así se desprende, además de los testimonios transcritos, de las declaraciones de Blanca Castrillón, Aureliano Orozco, Enrique Figueroa, Antonio Didier Buitrago, Rosa Emilia Morales, Pastor Emilio Parra, Pola Torres (Magola), Cayetano Mosquera, Raúl González y muchos otros". Transcribe al respecto apartes de los testimonios de las personas citadas y a continuación, expresa: "Y no cabe tampoco en el presente caso la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo, ya que ésta no implica relevo de pruebas por parte del demandante, el cual no comprobó debidamente los extremos de la acción, especialmente la subordinación".

De todo lo anterior, resulta: el sentenciador acepta y dá por probados dos de los tres elementos concurrentes para la existencia del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador y la existencia de un salario como retribución del servicio, cuando afirma: "Analizado el haz probatorio, se ve a las claras que el señor Medardo Noreña, fue cobrador de los inquilinos que ocupaban varias casas de propiedad de la Compañía demandada; y que de los fondos recaudados le correspondía el diez por ciento", es decir, que el demandante realizó por sí mismo la actividad consistente en efectuar el cobro de los arrendamientos de varias casas de inquilinato pertenecientes a la sociedad demandada y que como retribución de esos servicios recibía una suma equivalente al diez por ciento de los fondos recaudados. Ahora bien: aceptados, por el juzgador, los hechos constitutivos de dos de los elementos requeridos para la existencia del contrato de trabajo, era apenas lógico y elemental que hubiese deducido la existencia del otro elemento denominado "subordinación o dependencia" que, con los dos anteriores configuran el contrato de trabajo, dando aplicación a la presunción consagrada por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice: "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"; no otra podía ser la recta solución, si se tiene en cuenta que el hecho indicador necesario para que esa presunción opere —existencia de la relación de trabajo personal— resulta establecido mediante la comprobación hecha por el demandante y aceptada por el juzgador, de que había realizado por sí mismo una actividad en beneficio de la sociedad demandada. Al efecto, el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ha expresado éste mismo criterio en distintos fallos y en los cuales se consigna:

"La presunción que las leyes laborales consagran sobre la existencia del contrato de trabajo se establece entre quien presta el servicio y quien lo recibe y aprovecha" (Sentencia del 17 de febrero de 1953). "Con la demostración del servicio y de la remuneración se presume el contrato de

trabajo, sin que sea necesario, en general, producir la prueba de la subordinación" (sentencia de 18 de diciembre de 1953). "No se puede exigir que los testimonios hayan de pronunciarse necesariamente sobre la existencia del elemento subordinación en la relación laboral, porque equivaldría a desconocer la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que si fuera necesario demostrar todos los elementos del contrato no existiría tal presunción. Demostrado el servicio personal mediante una remuneración, corresponde al demandado demostrar que el trabajo no era subordinado o no era remunerado, para que pueda concluírse en su favor que no existió contrato laboral" (Sentencia de 19 de mayo de 1954).

No habiendo demostrado la sociedad demandada que la prestación de los servicios realizados personalmente por el demandante no eran subordinados o no eran remunerados, debió de operar en toda su plenitud la presunción legal a que se ha hecho referencia y, en consecuencia, concluírse por el sentenciador que esa relación de trabajo personal entre el demandante y la demandada, constituía un contrato laboral, que, como tal, era la fuente de derechos o la causa de las obligaciones a favor del demandante.

Siendo ostensible la equivocación en que incurrió el fallador, al no declarar probada la existencia del contrato de trabajo que se invoca por el demandante, pues la estimación que hace de los elementos probatorios resulta contraria a la realidad de los hechos, prospera el cargo.

Destruída así la premisa fundamental del fallo acusado, procede esta Sala a realizar el análisis de instancia, teniendo en cuenta todo el acervo de pruebas, para resolver sobre los derechos cuya tutela se solicita en la demanda, mediante las siguientes consideraciones:

Cesantía. — El demandante pide el reconocimiento y pago del auxilio de cesantía correspondiente a diez y seis y medio años de trabajo, teniendo en cuenta, para ello, un salario promedio mensual de $ 184.06 devengado durante el último año de servicios. De conformidad con el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo el auxilio de cesantía es equivalente a un mes de salario por cada año de servicios, y proporcionalmente por fracciones de año. Esta es la norma que debe aplicarse al presente caso. Precisa determinar los factores de tiempo servido y salarios devengados para fijar el monto del auxilio de cesantía que le corresponde al trabajador.

Por lo que respecta al tiempo de servicios, el demandante lo reclama por el período comprendido desde fines del año de 1937 hasta el 31 de mayo de 1954. Sobre el particular, de autos aparece demostrado por los testimonios de Pola Torres (folio 30), Aurelio Orozco López (folio 27) y de Raquel Panezo de Rivillas (folio 88 vuelto) que desde el año de 1938 el demandante Medardo Noreña prestaba sus servicios a José J. y Luis Carlos González cobrando los arrendamientos y desarrollando otras actividades relacionadas con las casas de inquilinato que éstos tenían en la ciudad de Pereira. La última testigo citada, declara que fue inquilina de los González desde 1938 hasta 1944 y que durante todo ese tiempo pagó los arrendamientos que le cobraba Medardo Noreña y que cuando se presentaba una reparación en la casa en que vivía, bastaba con decirle a Noreña y que éste la hacía arreglar; agrega, que durante ese tiempo, a nadie más, fuera de Noreña, conoció como administrador. Enrique Figueroa, al folio 27, dice que, desde el año de 1946, sin recordar el mes y por espacio de cerca de nueve años, habitó una casa de propiedad de los señores González y que siempre pagó los arrendamientos a Medardo Noreña, agregando que cuando había necesidad de alguna reparación en el inmueble, se entendía unas veces con Noreña y otras con el propietario José J. González. Rosa Emilia Morales de Mejía, al folio 29, afirma que desde mediados del año de 1949 y hasta la fecha de su declaración (14 de febrero de 1955) habita una casa de propiedad de la sociedad demandada y que "hasta mediados del año pasado" (1954) el único cobrador de dichas propiedades lo fue el señor Medardo Noreña quien expedía el recibo correspondiente y cuando en las casas había que hacer reparaciones, siempre se entendía con Noreña, y que, fuéra de éste, no ha conocido otro cobrador.

La terminación de la relación de trabajo de Noreña y la demandada, está establecida con la confesión de Luis Carlos González, socio de la Compañía demandada quien, de acuerdo con el certificado de la Cámara de Comercio que obra a folio 6, tenía capacidad de obligar a la sociedad y el derecho al uso de la razón social; esa confesión aparece de la absolución de posiciones extrajuicio, que en copia auténtica se acompañaron a la demanda y que fueron aceptadas como prueba, al responder a la pregunta 8ª, así: "¿Cómo es cierto sí o nó, al retirarse del servicio de la sociedad comercial "José J. y Luis Carlos González R. Limitada", retiro que efectuó al finalizar el mes de mayo de este año (1954) el señor Medardo Noreña reclamó el pago de sus prestaciones socia-

les y el abogado de Noreña le pasó una carta al socio señor José J. González solicitándole un arreglo amigable y el pago de esas prestaciones?". "CONTESTO. —E s cierto. Lo anterior concuerda con la respuesta que el mismo absolvente dio al responder a la 4ª pregunta, así: "No es cierto y explico: el preguntante estuvo devengando un diez por ciento (10%) de lo que cobraba por concepto de arrendamientos de los bienes de la sociedad a que se refiere la pregunta pero sin que recuerde la fecha en que entró a devengar ese porcentaje del cual se retiró a mediados del presente año, sin que fuera reemplazado por nadie pero cobraba además otros arrendamientos de distintas personas y sociedades de la ciudad".

No obstante lo anterior, como aparece acreditado en el expediente que la sociedad demandada sólo se constituyó legalmente por medio de la escritura 1.942 del 30 de noviembre de 1940 de la Notaría Segunda de Pereira (certificado de la Cámara de Comercio folio 6 del cuaderno principal) y que antes de esa fecha y desde 1937 los señores José Jesús y Luis Carlos González sólo tenían una sociedad de hecho (punto 2º de la demanda y su contestación) y teniendo en cuenta que la demanda se ha dirigido contra la sociedad y no personalmente contra cada uno de los socios que la constituyen y a quienes antes prestó sus servicios el demandante, deberá tomarse como fecha inicial de la iniciación de la relación laboral del demandante con la sociedad demandada, el día 30 de noviembre de 1940.

Por lo que hace al salario que deba tenerse en cuenta para liquidar la cesantía y demás prestaciones demandadas, aparece que el trabajador devengaba una remuneración equivalente al diez por ciento de lo recaudado mensualmente, que según el hecho 10º de la demanda estimó en un promedio de $ 184.06 durante los tres últimos años de labores, de acuerdo con la relación de lo pagado mensualmente por cada inquilino que contiene el mismo hecho. El socio José J. González, al absolver las posiciones que le formuló el demandante en la primera instancia, aceptó tal relación y promedio de pagos, al responder a la 2ª pregunta que se le formuló, con exclusión únicamente de lo referente a los pagos de Bernardo Ortiz e Ignacio Rúa. Las sumas pagadas por concepto de arriendo mensual por los inquilinos Bernardo Ortiz e Ignacio Rúa, que no acepta el demandado José J. González ascienden a $ 40.00 y $ 60.00 respectivamente. Por tanto, se prescinde de esos recaudos para liquidar el salario promedio mensual devengado por el demandante en el último año de servicios, para lo cual basta restar la suma de $ 10.00 que equivalen al diez por ciento de los recaudos no aceptados, de los $ 184.06 y así resulta que el salario promedio mensual devengado por el demandante fue de $ 174.06.

Vacaciones.—El demandante limita este extremo de la demanda a lo correspondiente a los tres últimos años de servicios, por considerar prescritas las correspondientes al tiempo anterior trabajado. Como estas vacaciones no le fueron concedidas y el contrato de trabajo terminó sin haberse hecho uso de las ya causadas, correspondientes al tiempo reclamado, deberán compensarse pagando su valor en dinero, tomando como base, para esa compensación, el último salario devengado (hecho 8º de la demanda y contestación al mismo; posiciones absueltas por Luis Carlos González el 30 de agosto de 1954 al responder a la 6ª pregunta).

Prima de servicios.—Por este extremo se reconocerán al trabajador, conforme a lo dispuesto por el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo las primas de servicios correspondientes a los años de 1952, 1953, a razón de un mes de salario; por el tiempo servido durante el año de 1954, lo que corresponda proporcionalmente por los cinco meses trabajados del primer semestre de ese año.

Indemnización por falta de pago. — El demandante pide se condene a la demandada a pagarle la indemnización que prevé el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Es un hecho demostrado que la Sociedad a la terminación del contrato de trabajo que la vinculaba al demandante, no pagó las prestaciones debidas al trabajador por concepto de cesantía, vacaciones y prima de servicios, ni consignó su valor, pues, nada confesó deber al demandado, alegando la inexistencia de un contrato de trabajo con éste. Es jurisprudencia constante de la Corte que la sanción que contempla el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo gravita sobre los conceptos de buena o de mala fé que asistan al patrono para abstenerse de cumplir el precepto contenido en el numeral 1º del artículo 65 o para efectuar la consignación ordenada en el ordinal 2º de la misma norma. Esa buena o mala fe, es deducible por el juzgador con vista en las pruebas aportadas al juicio, para justificar o no la conducta patronal asumida en el proceso. En el caso de autos, la postura del patrono para discutir la existencia

del contrato mismo, está en clara contradicción con las pruebas aportadas al juicio que demuestran cómo el trabajador demandante sí prestó sus servicios personales, remunerados y subordinados a la sociedad demandada. Aparece de manifiesto la contradicción entre la negativa rotunda contenida en la contestación de la demanda a las pretensiones del actor y la confesión de los representantes de la sociedad demandada, hecha en las posiciones extra-juicio y dentro del juicio, que éstos absolvieron. Es decir, no existen razones valederas por parte de la demandada que pudieran justificar su conducta para controvertir el contrato de trabajo existente con el demandante, capaces de exonerarla de la sanción prevista en el artículo mencionado. Al respecto, y en apoyo de lo dicho, es conveniente transcribir lo expresado por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo, en casación de 10 de marzo de 1954: "No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera, se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Sólo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono pueda tener carácter realmente respetable para discutir la calidad del contrato, la sanción precisada no debe ser aplicada. Se trata, pues, de situaciones de excepción. Cuando la litis se traba no sobre la existencia del contrato, sino sobre sus consecuencias, o cuando trabándose sobre aquélla, se ve la sinrazón de la polémica, sobre la calidad de una relación que aparece clara, la norma referida debe aplicarse sin consideración". Por tanto, la demandada deberá responder por el valor de los salarios constitutivos de la indemnización moratoria.

En cuanto a las excepciones propuestas, no se han comprobado los hechos que pudieran constituírlas. Por el contrario, demostrada la existencia del contrato de trabajo, cae por su base la excepción de "falta de causa" y la que denomina, en forma irregular, como "carencia de acción", lo mismo que todo hecho que pudiera constituír excepción perentoria conforme a lo propuesto en el punto c), bajo la denominación de "genérica". En cuanto a la de prescripción, tampoco están demostrados los hechos que puedan enervar el derecho, en la forma como han sido reclamados por el demandante.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA TOTALMENTE la sentencia proferida en este juicio por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, de fecha 13 de marzo de 1956 y, convertida en tribunal de instancia, REVOCA el fallo proferido por el Juez del Trabajo del Círculo de Pereira con fecha 2 de abril de 1955, y, en su lugar, CONDENA a la sociedad denominada "José J. y Luis Carlos González R. Limitada", domiciliada en Pereira y representada por José Jesús y Luis Carlos González R., a pagar al demandante Medardo Noreña Gaviria, de las condiciones civiles conocidas en los autos, cinco días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes sumas de dinero, por concepto de prestaciones e indemnizaciones, así:

a) **Cesantía.**—DOS MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS CON OCHENTA Y UN CENTAVOS ($ 2.349.81) por auxilio de cesantía correspondiente a trece (13) años y seis (6) meses de servicios.

b) **Vacaciones.** — DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS CON NUEVE CENTAVOS ($ 261.09) correspondientes a la compensación en dinero de las vacaciones causadas y no disfrutadas de los tres (3) últimos años de servicios.

c) **Prima de servicios.** — CUATROCIENTOS VEINTE PESOS CON SESENTA Y DOS CENTAVOS ($ 420.62) correspondientes a los años de 1952, 1953 y cinco meses del primer semestre de 1954.

d) **Indemnización por falta de pago.**—La suma de CINCO PESOS CON OCHENTA CENTAVOS DIARIOS ($ 5.80) a partir del primero (1º) de junio de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954) y hasta el día en que se verifique la solución o pago total de las cantidades decretadas en esta sentencia, por concepto de la indemnización que consagra el artículo 65 del C. S. del T.

c) Costas a cargo de la demandada en primera instancia.

Sin costas en el recurso.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALARIOS "A DESTAJO" O POR TAREA. — ERRORES IN PROCEDENDO EN CASACION LABORAL. — AUTOS PARA MEJOR PROVEER

1.—Sostienen la jurisprudencia y la doctrina del trabajo que en la casación laboral (a diferencia de la civil) no pueden examinarse "errores in procedendo" **cuando éstos, como es el caso de la presente acusación, se formulan de manera aislada, sin indicar expresamente de qué modo inciden aquellos errores respecto de la violación de normas sustantivas de derecho laboral. Quiere ello decir que las irregularidades procesales —concretadas en transgresiones de disposiciones de procedimiento— no se consideran per se como causales de violación, sino como infracciones-medio determinantes de la violación final de la ley sustantiva, con la condición necesaria de que, en la secuencia de violaciones de medio a fin, el recurrente señale tanto las normas instrumentales como las normas sustantivas que considere violadas.**

2.—La reapertura oficiosa del debate probatorio, o la orden y práctica de pruebas de oficio por el Juez Laboral, se desenvuelven dentro de un ámbito que le compete a él exclusivamente, a semejanza de lo que ocurre con los actos para mejor proveímiento a que se refiere el artículo 600 del Código Judicial, en que "las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el Juez o el Tribunal les conceda" porque, como lo ha dicho la jurisprudencia del trabajo, la facultad que otorga el artículo 54 "se refiere exclusivamente al Juez y no a las partes, que deben ceñirse al auto de éste, sin pretender probar ad libitum **hechos que tuvieron su momento procesal para ser demostrados". (G. del T. T. IV, números 29-40, página 751).**

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., cuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El señor Pedro J. Gutiérrez Loaiza demandó por conducto de apoderado a la sociedad Morrison Knusden y Compañía de Colombia S. A., representada por su gerente el señor Arlo I. Weaver, para que por los trámites de un juicio ordinario de trabajo se condenara a la segunda a pagar al primero las siguientes cantidades: $ 755.20 por concepto de salarios causados y no pagados; el valor de los metros cúbicos de tierra comprados por el actor con su propio dinero, pero que debió suministrarle la empresa; el valor de los salarios correspondientes al tiempo faltante para completarse el término presuntivo de seis meses del contrato de trabajo; los demás valores que resultaren procedentes mediante condena extra o ultra petita, y las costas del juicio, en caso de oposición de la demandada.

Los hechos fueron relatados por el apoderado del demandante así:

"1º—Pedro J. Gutiérrez Loaiza ingresó al servicio de Morrison Knusden y Compañía de Colombia S. A. mediante contrato de trabajo, el 1º de julio de 1953.

2º.—Mi poderdante prestó servicios hasta el 9 de agosto de 1954, fecha en que se retiró del trabajo por haber sufrido engaño por parte de la empresa, respecto de las condiciones del mismo.

3º—Mi representado prestó servicios "destajero", con una remuneración por unidad de obra cuya especificación está estipulada en documento número 001 que se adjuntará a la demanda.

4º—La Empresa se negó a pagarle a mi poderdante la remuneración previamente convenida para la construcción de alcantarillas y tuberías de cemento de 24", en el lapso comprendido entre el 1º de febrero y el 30 de marzo de 1954; y se negó a suministrarle la piedra indispensable para las obras que debía ejecutar, durante el lapso del 19 de abril al 9 de agosto de 1954.

5º.—En el resto del tiempo trabajado por mi mandante, la Empresa sí le pagó la remuneración previamente pactada.

6º.—Ante el hecho de que mi poderdante sufría engaño en cuanto a las condiciones de trabajo, negándose la Empresa a pagarle sus servicios en la forma estipulada por escrito, hizo un primer reclamo en carta de 21 de abril de 1954, y en vista

de que no fue atendido por la Empresa, la que ni siquiera dio respuesta a su reclamación, renunció su cargo de "destajero" el 9 de agosto del corriente año".

En derecho invocó los artículos 62 numeral 1º y 64 del Código Sustantivo del Trabajo, e igualmente las disposiciones de procedimiento laboral. Apreció la cuantía de la acción en $ 3.000.00.

Corrido el traslado, la sociedad demandada respondió mediante apoderado judicial, manifestando que no le constaban los hechos 1º y 3º, diciendo que no eran ciertos los hechos 2º y 4o., y aclarando que el 5o. no era cierto en la forma en que estaba redactado. Se opuso a que se hicieran las condenaciones pedidas por el actor, y aclaró: a) Que la Empresa en ningún momento se había negado a pagarle al demandante la remuneración previamente convenida en el contrato para la construcción de obras de alcantarillado, y que antes bien le reconoció un veinte por ciento sobre el valor por cada metro lineal contratado en determinados casos; b) Que la Compañía siempre le suministró al trabajador Gutiérrez L. los materiales de construcción necesarios para la obra contratada, como se demostraría en juicio, y c) Que los salarios devengados y presuntamente no pagados, que ascendían a la suma de $ 237.56, habían sido objeto de consignación judicial en la ciudad de Girardot, y que dicha cantidad se encontraba a disposición del demandante.

El Juez del conocimiento, que fue el 5º del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, absolvió a la sociedad demandada de todos los cargos formulados contra ella por el demandante y condenó en costas a la parte actora. Apelada la sentencia por ésta, el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá revocó la decisión del a-quo, y en su lugar condenó a la Compañía Morrison Knusden a pagar al señor Pedro J. Gutiérrez Loaiza la suma de $ 755.20 por concepto de salarios causados; infirmó la condenación en costas que había recaído sobre el actor en la sentencia de primer grado y dispuso que aquéllas fueran pagadas por la Compañía; absolvió a la demandada de los demás cargos formulados y de las costas de la segunda instancia. El Magistrado doctor Alvaro Díaz Granados se apartó de la decisión, mediante salvamento de voto, en lo que atañe a las costas.

La casación.

La Compañía, por intermedio de apoderado, interpuso el recurso de casación contra la providencia anterior. Y habiendo sido concedido y admitido tal recurso, corresponde decidirlo ahora a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante el estudio de los escritos de demanda y oposición.

Pretende la recurrente la casación parcial del fallo, en cuanto por él se revocaron los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia y se condenó a pagar a cargo de la demandada y a favor del demandante la suma de $ 755.20 por concepto de salarios "y la totalidad de las costas de la primera instancia". También demanda la casación total del fallo por nulidad.

Formula dos cargos que serán estudiados en su orden, así:

Primer cargo.

Acusa la sentencia por ser violatoria del artículo 57, regla 4ª del Código Sustantivo del Trabajo, como consecuencia del error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar el contrato de trabajo y el dictamen pericial que obran en autos.

En desarrollo del cargo manifiesta que la violación de dicha norma se ha estructurado en la sentencia impugnada al condenar a la Compañía a pagar al demandante un salario que no había sido pactado; que esa violación se produjo como consecuencia del error manifiesto en que incurrió el Tribunal en la apreciación del contrato de trabajo y del dictamen pericial.

La cláusula primera del contrato de trabajo que obra a folio 5, expresa textualmente: "Construcción de alcantarillas en tubería de cemento de 24". El destajo incluye la excavación y la mano de obra en la ejecución del solado, colocación de tubería, revestimiento, cabezales y aletas. Se pagará un precio único de diez y seis pesos ($ 16.00) por metro lineal de obra terminada".

Siendo perfectamente clara la cláusula anterior —agrega— según la cual la labor del destajo contenía varias operaciones como eran la excavación, colocación de tuberías, revestimiento y hechura de cabezales y aletas, el Tribunal incurrió en error evidente al apreciar dicha cláusula y darle un alcance distinto del que ella tiene.

Para destacar el error, transcribe el siguiente aparte de la providencia recurrida: ".....Se entiende que la frase 'se pagará un precio único de dieciséis pesos ($. 16.00) por metro lineal de obra terminada' se está refiriendo a la extensión del tubo de la alcantarilla puesto que los trabajos, en lo esencial, consistieron en la construcción de alcantarilla en tubería de cemento de 24", sin per-

der de vista que cada tubo tenía un metro lineal....".

El error de hecho consiste —agrega— en confundir la construcción de un metro lineal de alcantarillado con la postura de un tubo, por la circunstancia de que cada tubo tenía de extensión un metro lineal, lo que resulta simplemente casual, porque bien podría haberse utilizado para la construcción de la alcantarilla tubos de menor o mayor longitud.

Aduce igualmente que el Tribunal interpretó de manera errónea el dictamen pericial que obra de los folios 50 a 59, 65 a 68 y 94 a 97 de los autos, ya que en ninguna parte de dicho dictamen aparece —como lo dice el Tribunal— que a partir del 16 de octubre de 1954 se le hubieran pagado al demandante $ 16.00 por cada tubo de metro lineal. Dice que es tan ostensible tal error —y contraría de tal manera la realidad procesal— que el propio demandante afirma en el hecho 2º de su demanda que sólo prestó sus servicios hasta el 9 de agosto de 1954; por lo cual mal podía estar demostrado en el proceso que al demandante se le hubiera pagado un trabajo que no pudo realizar por no haber estado trabajando.

Replica el opositor que no se ha configurado el error de hecho que se le imputa al proveído, y explica cómo cuando la alcantarilla fue doble, ello implicó la duplicación del trabajo (doble excavación, doble revestimiento, dobles cabezales y dobles aletas etc.). Tan evidente es esto, agrega, que el contrato es claro al señalar un precio unitario por metro lineal de obra terminada, y resultaría imposible que un metro lineal de obra sencilla costara lo mismo que un metro lineal de obra doble.

La Corte considera:

La cláusula del contrato —antes transcrita y que el recurrente tiene por mal apreciada— es sobremanera clara respecto de la regulación del caso contemplado. En efecto: si se pactó un precio unitario de $ 16.00 por metro lineal de obra terminada, es apenas natural colegir —como lo hizo el sentenciador— que siendo cada tubo, así fuera casualmente, de una longitud de un metro, la colocación de cada tubo con la realización de las obras consiguientes (a efecto de producir un metro lineal de obra terminada), causaba el precio salarial de diez y seis pesos; y si se trataba de colocar dos tubos en forma paralela y concluír las obras consiguientes se producía un doble trabajo correspondiente a una obra terminada de dos metros lineales paralelos que necesariamente comportaban la duplicación del precio ($ 16x2) o sea $ 32.00.

Es correcta la interpretación del contrato que hace el juzgador de segunda instancia cuando dice: "Además, si el perito logró comprobar que absolutamente todas las alcantarillas sencillas —las que llevaban un solo tubo— se le pagaron al demandante a $ 16.00 el metro lineal no es difícil concluír que éste y no otro fue el precio asignado a cada tubo y que si el demandante colocaba dos tubos de la misma longitud, necesariamente tenía que realizar un mayor esfuerzo y trabajo que en tratándose de poner uno sencillo, porque para alcantarillados dobles la extensión de las zanjas también tiene que ser doble, sin que pueda aceptarse la apreciación del a-quo cuando dice que la colocación adicional de otro tubo del mismo tamaño y clase que el primero 'es una tarea sencilla y más simple que la anterior', y no puede serlo porque tanto la alcantarilla sencilla como la gemela o doble deben estar recubiertas por una capa de concreto, triturado, cemento etc. etc. y los correspondientes cabezales y aletas".

Ciertamente el Tribunal incurre en error al hablar de trabajos realizados por el actor a "partir del 16 de octubre de 1954", cuando la realidad es que el demandante sólo trabajó desde el 12 de julio de 1953 hasta el 8 de agosto de 1954. Mas este "lapsus calami" en que incurrió el sentenciador (debió decir a partir del 16 de abril de 1954, como se colige del dictamen pericial, folio 56) no afecta la sustancia de su conclusión, ni le resta validez al fondo mismo de su proveído, por lo cual el ataque carece de eficacia por este aspecto. Por todo lo cual, no prospera la acusación.

segundo cargo.

Acusa la sentencia de nulidad "por haberse pronunciado dentro de un proceso que se adelantó sin el cumplimiento de los requisitos legales propios del juicio, con lo cual se violó directamente, por falta de aplicación ,el artículo 26 de la Constitución Nacional etc.".

Sustenta la acusación diciendo: el artículo 145 del C. de P. L. dispone que, a falta de disposición especial en materia de procedimiento laboral, se aplicarán las normas análogas del mismo o del Código Judicial.

Arguye que, no existiendo disposición especial en materia de peritaciones, es aplicable la regulación pertinente de este último Código, cuyo artículo 717 manda que los peritos deben presentar su dictamen dentro del término que se les señale y que si no presentan su exposición oportunamente se les reemplaza. Dice que el primer pe-

rito nombrado fue irregularmente reemplazado "porque no se le había vencido el término, toda vez que dicho término se había señalado de una manera vaga" y que dicha actuación, por tanto, vicia de nulidad el proceso.

Agrega que según el artículo 719 del Código Judicial, el dictamen pericial debe ponerse en conocimiento de las partes por tres días, para que dentro de ese término puedan pedirse explicaciones y ampliaciones por éstas. Prosigue diciendo que es claro que también las ampliaciones de los dictámenes deben someterse al mismo procedimiento —ponerse por tres días en conocimiento de las partes— puesto que forman un solo cuerpo con el dictamen primitivo. Manifiesta que en el sub-lite, según aparece en el acta de la audiencia pública de fecha 14 de octubre de 1955 (folio 98), el perito rindió la ampliación del dictamen que se le había ordenado y el Juzgado le impartió su aprobación, sin el requisito previo legal de poner en conocimiento de las partes dicha ampliación "como así se había hecho en las ampliaciones anteriores". De este razonamiento deduce la nulidad del proceso, ya desde el nombramiento del segundo perito, o ya (si se considera bien hecha la designación del segundo perito), desde el auto en que se impartió aprobación a la última ampliación del dictamen sin haberse corrido traslado a las partes.

Consideraciones de la Sala:

Sostienen la jurisprudencia y la doctrina del trabajo que en la casación laboral (a diferencia de la civil) no pueden examinarse **"errores in procedendo"** cuando éstos, como es el caso de la presente acusación, se formulan de manera aislada, sin indicar expresamente de qué modo inciden aquellos errores respecto de la violación de normas sustantivas de derecho laboral. Quiere ello decir que las irregularidades procesales —concretadas en transgresiones de disposiciones de procedimiento— no se consideran **per se** como causales de violación, sino como infracciones-medio determinantes de la violación final de la ley sustantiva, con la condición necesaria de que, en la secuencia de violaciones de medio a fin, el recurrente señale tanto las normas instrumentales como las normas sustantivas que considere violadas.

En el ataque objeto del presente análisis no fueron señalados por el recurrente en forma expresa los preceptos sustantivos laborales de carácter nacional que hubieren padecido transgresión subsiguiente a la pretendida infracción de normas instrumentales; el recurrente ha planteado, por ello, una proposición jurídica incompleta no susceptible de estudio en este recurso, por lo cual la Sala se ve en la necesidad de desechar el cargo.

Aún más: no surge la pretendida violación del artículo 26 de la Carta, porque el juicio se adelantó ante Juez competente, con citación de las partes que debían intervenir y con el cumplimiento de sus formas plenas. No halla la Sala que el cambio de perito hubiera sido realizado de manera arbitraria por el Juez, quien, por el contrario, actuó en ejercicio del numeral 1º del artículo 706 y artículo 717 del Código Judicial, ya que el perito inicialmente nombrado no sólo dilató el cumplimiento de su cometido sino que, en la última fecha establecida para rendir su dictamen, no lo rindió. Se observa igualmente que el dictamen pericial, tanto el originalmente producido como la aclaración solicitada por la parte demandante, fueron puestos en conocimiento de las partes por el término legal (folios 60 y 63).

Es importante sentar que la reapertura del debate probatorio realizada oficiosamente por el Juez el 23 de septiembre de 1955 (folio 92), y que tuvo por objeto decretar una nueva ampliación del dictamen pericial, fue cumplida por aquél en ejercicio de los artículos 54 del Código de Procedimiento Laboral y 719 del Código Judicial; y, así mismo, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia ha considerado que la reapertura oficiosa del debate probatorio, o la orden y práctica de pruebas de oficio por el Juez Laboral, se desenvuelven dentro de un ámbito que le compete a él exclusivamente, a semejanza de lo que ocurre con los actos para mejor proveimiento a que se refiere el artículo 600 del Código Judicial, en que "las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el Juez o el Tribunal les conceda" porque, como lo ha dicho la jurisprudencia del trabajo, la facultad que otorga el artículo 54 "se refiere exclusivamente al Juez y no a las partes, que deben ceñirse al auto de éste, sin pretender probar **ad libitum** hechos que tuvieron su momento procesal para ser demostrados". (G. del T. T. IV, números 29-40, página 751).

Lo anterior es suficiente para tener por no configurada la nulidad que se alega —y que es improcedente en este recurso—, por lo cual se rechaza la acusación.

Por todo lo cual, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de 23 de abril de 1956, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, objeto del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

AUXILIO DE INVALIDEZ POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PROVENIENTE DE ENFERMEDAD NO PROFESIONAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá D. E., seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho .

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

En escrito repartido al Juzgado Séptimo del Círculo del Trabajo de Bogotá, Leopoldo Mancera Rodríguez, por medio de apoderado, demandó a la Federación Nacional de Cafeteros en juicio ordinario laboral, para que se la condenase al pago de una pensión de invalidez por incapacidad proveniente de enfermedad no profesional y a una pensión jubilatoria por la misma invalidez.

El actor, en el referido escrito, después de exponer los hechos en que apoya la demanda y de hacer la relación de los medios de prueba, solicita también el reconocimiento y pago de los salarios correspondientes al plazo presuntivo.

La demanda señala como hechos fundamentales los siguientes:

a)—Leopoldo Mancera Rodríguez ingresó al servicio de la Federación Nacional de Cafeteros el 19 de diciembre de 1938, y fue retirado por ésta el 26 de septiembre de 1952. En la fecha del despido el trabajador se hallaba enfermo, pues padecía de una aortitis luética, sin que en tal oportunidad la Empresa le hubiera hecho expedir el certificado de buena salud;

b)—Al constituírse la relación de trabajo, Mancera Rodríguez no renunció a sus prestaciones sociales; al terminar esa relación, dichas prestaciones le fueron canceladas, según consta en acto conciliatorio de fecha 25 de marzo de 1953, pero quedaron pendientes las que la demanda solicita;

c)—Al ser retirado de la Empresa, el demandante había cumplido 55 años de edad, y su último salario fue de $ 190.80, mensuales, y

d)—Por haber sido despedido en estado de enfermedad, Mancera Rodríguez tiene derecho al pago de los salarios faltantes del plazo presuntivo.

En la respuesta que a la demanda dio la Federación Nacional de Cafeteros, niega los hechos en que se funda, a excepción del que se refiere a la existencia del contrato de trabajo entre ella y el actor, y por el tiempo que el libelo determina. Afirma en su defensa que pagó al trabajador las deudas a su favor, al terminar el contrato, según consta en la diligencia de conciliación, celebrada ante una Inspección del Trabajo, el 25 de marzo de 1953.

El Juzgado del conocimiento desató la litis en sentencia del 24 de marzo de 1956, en la cual condenó a la entidad demandada a pagar al actor la suma de $ 2.862.00, a título de auxilio de invalidez por incapacidad permanente total, proveniente de enfermedad no profesional y la cantidad de $ 407.04, por salarios faltantes del plazo presuntivo. No acogió la súplica sobre pago de una pensión jubilatoria, e impuso a la parte demandada las costas de la instancia.

Del fallo de primer grado apeló únicamente la parte demandada.

El Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al decidir el recurso de alzada, revocó el fallo de primera instancia en el numeral 1º de su parte resolutiva (pago de auxilio de invalidez), lo reformó en cuanto a la condena en costas, que reduce a la mitad, y en lo demás lo confirmó.

Contra el fallo de segunda instancia interpuso el recurso de casación la parte demandante.

El recurrente no fija de modo expreso el alcance de la impugnación, como lo exige la norma que regula este recurso extraordinario. Pero teniendo en cuenta lo dispuesto en la parte resolutiva de las sentencias de primera y de segunda instancia, la casación ha quedado circunscrita a la parte de la última en que se absuelve a la Federación Nacional de Cafeteros de la petición sobre pago de una pensión de invalidez.

Con base en la causal primera del artículo 87 del Código de Procedimiento del Trabajo, en la demanda de casación se formulan dos cargos. Dada la estrecha relación que guardan entre sí, serán considerados en conjunto.

PRIMER CARGO

Señala como violadas las siguientes disposiciones:

a) El artículo 68 del Código de Procedimiento de Trabajo, por indebida aplicación;

b) Los artículos 14, 15, 213, 222, 277, 278 y 281 del C. S. del T., por falta de aplicación, y

c) El Decreto número 0832 del 18 de marzo de 1953, también por falta de aplicación.

Para sustentar el cargo, dice en síntesis el recurrente:

En el acto de conciliación celebrado el 25 de marzo de 1953 en la Oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca, Leopoldo Mancera no formuló ningún reclamo por enfermedad. Fue el apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros quien habló de una enfermedad sufrida por el trabajador "con posterioridad a su retiro". El fallador atribuye, pues, al demandante lo dicho por el personero de la parte demandada, como puede comprobarse leyendo el respectivo documento, visible al folio 2 del expediente. Y siendo así, la suma de dinero que por ese concepto le reconoció la empresa a Mancera no puede entenderse sino como una mera liberalidad.

En la demanda se solicita el pago de la prestación que corresponde no a la enfermedad que se dice apareció después del retiro del trabajador, sino a la que venía sufriendo éste desde antes de su despido, según está probado en el proceso con los dictámenes de los médicos de la División de Medicina del Trabajo del Ministerio del ramo (folios 69, 77, 82, 87 y 88 del cuaderno principal).

Por tanto, al estimar el Tribunal Seccional que el acta de conciliación de que se ha hecho mérito tiene el valor de cosa juzgada respecto de la súplica de la demanda, quebranta el artículo 78 del C. P. T., porque tal súplica no fue materia de arreglo conciliatorio.

"El error del Tribunal —agrega el recurrente— consiste especialmente en darle aplicación y generalizar un arreglo que tal como se desprende de sus mismos términos viene a ser un regalo de la demandada a su trabajador y confundirlo con una prestación que se denomina "PENSION O AUXILIO DE INVALIDEZ POR INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL", sufrida con anterioridad al despido del trabajador, tal como está demostrado ampliamente en el expediente y confirmado por los peritos oficiales a folio 88 del mismo cuando dice: "El aneurisma que presenta el trabajador ciertamente como se ha dicho en todos los conceptos emitidos por este despacho sobre el caso tuvo una evolución crónica y apareció antes del 4 de octubre de 1952".

Anota luégo que en la conciliación no se observaron los requisitos que exige el Decreto número 0832 de 1953, por lo cual carece ella de valor.

SEGUNDO CARGO

En este, que es una ampliación del anterior, sostiene que el fallador incurrió en error de hecho en la apreciación del acta referida y del certificado del médico de la Empresa, doctor José del C. Huertas (folio 21 del expediente), expedido con ocasión del retiro del demandado. Hace consistir el error en que se dio por establecido, sin estarlo, que las partes llegaron a un acuerdo en relación con el auxilio o pensión de invalidez objeto del pleito, y que el trabajador no padecía de enfermedad alguna en la fecha de la terminación del contrato.

Dice que el derecho impetrado en la demanda (auxilio de invalidez) nada tiene que ver con las cuestiones a que se contrae el acta de conciliación, y que la certificación del médico de la Empresa quedó desvirtuado en el juicio con la historia clínica de Mancera (folios 37 y 38) y con los dictámenes de los médicos oficiales, ya mencionados en el primer cargo, documentos que comprueban la existencia de un aneurisma total de la aorta producido por una infección de origen luético.

El opositor hace reparos técnicos a la demanda de casación, y añade que el artículo 78 del C. P. T. no es una norma de carácter sustantivo; que al ser retirado de la Empresa el demandante no registraba enfermedad alguna y que por haberla alegado con posterioridad a la liquidación y pago de las prestaciones correspondientes, se llevó a cabo la conciliación en la forma que aparece en los autos, la cual presta mérito de cosa juzgada, ya que las prestaciones por enfermedad, llámense tratamiento o auxilio de invalidez, quedaron conciliadas definitivamente; y que, además, el propio demandante declaró a paz y salvo a la Federación Nacional de Cafeteros por concepto de las prestaciones sociales derivadas de los servicios que le prestó a esa entidad.

Se considera:

La parte del fallo, que sirve de fundamento a la absolución de la demandada, en cuanto al auxilio de invalidez, es del tenor siguiente:

"Al hablarse en dicha acta de conciliación, que tiene el valor de cosa juzgada, de que el demandante declara a paz y salvo a la demandada por concepto de prestaciones sociales, es obvio admi-

tir que dentro de dichas prestaciones se incluye el auxilio por enfermedad reclamado y lógico concluír que el arreglo a que llegaron las partes ante el funcionario competente y en relación a este auxilio, también es cosa juzgada, base sobre la cual sobra todo comentario, tanto en relación al acta misma como a las probanzas sobre la enfermedad del actor, debiéndose revocar por esta razón la parte pertinente del fallo del a-quo".

Como bien lo anota el opositor, la acusación no se ciñe estrictamente a la técnica de casación, ya que la infracción de la ley sustantiva a través de error de hecho, no es directa sino indirecta. Pero como en su desarrollo se singularizan las pruebas defectuosamente apreciadas o no estimadas, y las disposiciones de procedimiento que se indican como infringidas están relacionadas con normas sustantivas laborales, que se citan también expresamente, procede al examen de los cargos.

El acta de la diligencia llevada a cabo ante la oficina Seccional del Trabajo de Cundinamarca el 25 de marzo de 1953 (folio 2 del cuaderno principal) no contiene en verdad un acuerdo originado en controversia u oposición de intereses entre las partes acerca del auxilio de invalidez permanente total o parcial, proveniente de enfermedad no profesional, cuyo reconocimiento y pago se pide en la demanda. Apenas sí dá cuenta de una manifestación hecha, según se dice, por el representante de la Federación Nacional de Cafeteros en el sentido de "atender un reclamo por enfermedad sufrida con posterioridad a su retiro por el señor Mancera" (se subraya), lo cual corresponde a un concepto distinto de aquél.

Los dictámenes de folios 69, 77, 82 y 87, acreditan que Mancera presenta un aneurisma de la aorta de origen luético y várices incipientes en los miembros inferiores, enfermedades crónicas adquiridas antes de la fecha en que terminó el contrato de trabajo, que le han producido una invalidez permanente total para toda profesión u oficio remunerativo.

Está, pues, demostrado el error de hecho en que incurrió el fallador, que lo condujo a dejar de aplicar, siendo el caso de hacerlo, el artículo 278 del C. S. del T.

Por tanto, habrá de casarse la sentencia acusada en cuanto absuelve a la Federación Nacional de Cafeteros del pago de auxilio de invalidez por incapacidad permanente total proveniente de enfermedad no profesional.

Teniendo en cuenta que el monto del salario promedio mensual devengado por Mancera, conforme al certificado expedido por la entidad demandada, fue de $ 190.80, y atendido, además, el concepto del Departamento Nacional de Medicina e Higiene Industrial, según el cual el trabajador tiene derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad de dicho salario hasta por 30 meses y mientras la invalidez subsista, es el caso de confirmar el aparte a) del numeral 1º de la sentencia de primer grado, en que se condena a la Federación Nacional de Cafeteros a pagar al actor la suma de $ 2.862.00 moneda corriente por el referido concepto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia objeto del presente recurso en cuanto absuelve a la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia del pago de auxilio de invalidez por incapacidad permanente total proveniente de enfermedad no profesional sobrevenida al demandante Leopoldo Mancera Rodríguez, y en su lugar CONFIRMA el aparte a) del numeral 1º de la sentencia de primer grado. No la casa en lo demás.

Sin costas.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—

Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García.—

Vicente Mejía Osorio, Secretario.

CUANDO EL PATRONO EN USO DE LA CLAUSULA DE RESERVA, RESUELVE PAGAR EN DINERO EL PREAVISO, ESTE PAGO DEBE HACERSE EN EL MOMENTO DE TERMINACION DEL CONTRATO, JUNTO CON LAS DEMAS PRESTACIONES A QUE HUBIERE LUGAR

Para el correcto ejercicio de la cláusula de reserva en la terminación del contrato de trabajo, se exige como condición legal indispensable que la parte que haga uso de ella preavise a la otra, mediante notificación por escrito dada con antelación de 45 días y que pague previamente todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Cuando el patrono es quien pretende hacer uso de la cláusula de reserva, puede prescindir de la obligación del preaviso, pagando los correspondientes salarios del período de desahucio: Si opta por esta vía, que reemplaza al preaviso, que tiene idéntica causa y es su equivalente, el pago de los salarios correspondientes a 45 días debe efectuarse simultáneamente y de modo efectivo o real para que el ejercicio de la reserva pactada sea legal y operante. Si se pretermite cualquiera de estas exigencias el rompimiento del contrato se sitúa en el campo de la ilicitud y la parte que usa de la cláusula de reserva en estas circunstancias, se hace responsable de la consiguiente indemnización de perjuicios que prevé la ley, pues no otro es el sentido natural y obvio del Art. 48 del Código Sustantivo del Trabajo, con las modificaciones introducidas por el Decreto extraordinario 616 de 1954.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.— Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A.).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por el apoderado sustituto de "Cervecería Germania, Rudolf Kohn, S A." contra la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, el 17 de octubre de 1956, en el juicio ordinario laboral adelantado por Enrique Hernández Arbeláez contra la sociedad recurrente.

ANTECEDENTES

Enrique Hernández Arbeláez demandó, por medio de apoderado, ante el Juzgado Cuarto del Círculo Judicial del Trabajo de Bogotá, a la sociedad "Cervecería Germania, Rudolf Kohn, S. A.", representada por su Presidente doctor Vicente de la Cuesta, para que se condenara a ésta por la suma de $ 4.734.12 moneda corriente, como indemnización de perjuicios por la ruptura ilegal del contrato que vinculó a las partes y las costas del proceso, en caso de oposición.

Los hechos del libelo se encuentran resumidos así:

"1. — El señor Enrique Hernández Arbeláez prestó servicios a la Empresa demandada desde el 2 de enero de 1941 hasta el 14 de febrero de 1956, o sea durante quince años, un mes y trece días;

"2.—El último sueldo del señor Hernández fue de $ 950.00 mensuales, más gratificación de $ 950.00 en el año, lo que dá un salario promedio total de $ 1.029.16 por mes;

"3.—El 14 de febrero de 1956 la Empresa comunicó al trabajador su voluntad de romper unilateralmente el contrato a partir del día 15, y dijo obrar en ejercicio de la cláusula de reserva;

"4.—En la fecha de la terminación del contrato la Empresa no pagó al trabajador los salarios correspondientes al lapso de preaviso y se abstuvo de ponerse a paz y salvo con el señor Hernández Arbeláez;

"5. — Hasta el presente, Cervecería Germania no le ha pagado al demandante las sumas que le adeuda".

La demandada se opuso a la acción alegando que en el momento del despido de que fue objeto el ex-empleado Hernández estaban a su disposición los salarios y prestaciones que le correspondían. Además, aceptó los extremos de la relación

contractual y que solamente devengó una remuneración mensual de $ 950.00.

El Juez del conocimiento, en fallo de 7 de julio de 1956, absolvió a la parte demandada de la única petición que contiene la demanda y le impuso costas al demandante Hernández Arbeláez.

El suprimido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, al conocer por apelación interpuesta por el mandatario del actor, en sentencia de 17 de octubre del mismo año, revocó la absolución hecha por el **a-quo** y condenó a la Empresa demandada en la cantidad de $ 3.862.66 por concepto de "salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento del término presuntivo de su contrato de trabajo, a título de lucro cesante", más las costas de la primera instancia.

Contra la sentencia anterior, interpuso recurso de casación el procurador de la sociedad demandada y habiéndoselo concedido el **ad-quem**, admitido y tramitado en legal forma por esta Sala, se va a resolver mediante el examen de la correspondiente demanda y del escrito del opositor.

EL RECURSO

Persigue el quebrantamiento en su totalidad del fallo acusado, para que, en su lugar, se confirme en todas sus partes la sentencia absolutoria dictada por el Juez de primer grado. Al efecto, invocando la causal primera del artículo 87 del C. P. T., el mismo apoderado formula dos cargos, que se estudiarán a continuación.

Primer cargo. — Acusa la sentencia recurrida, por interpretación errónea del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, que "condujo a la aplicación indebida del artículo 64 del mismo Código y a falta de aplicación del mismo artículo 48 en cuanto otorga validez a la cláusula de reserva y a la invocación de la carta de despido, para terminar el contrato de trabajo".

El recurrente desarrolla el concepto de la violación en los términos siguientes: "Cuando el artículo 48 habla de la previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar, no puede en ningún caso estar ordenando que se cumpla en su sentido literal, en forma de que en realidad ese pago sea previo a la terminación del vínculo laboral, porque ello puede constituír un imposible físico en tratándose, por ejemplo, del auxilio de cesantía que no se causa sino con la terminación del contrato o de la indemnización de 45 días por falta de preaviso que también se causa precisamente con dicha extinción y cuyos pagos, por tanto, no pueden preceder al hecho mismo que hace surgir esos derechos, cual es el de la ruptura del vínculo laboral. De manera que lo que el artículo 48 en sana interpretación jurídica exige al patrono es que ponga a disposición del asalariado, en el momento de la ruptura del contrato efectuada con base en la cláusula de reserva, lo que deba por concepto de salarios, prestaciones e indemnizaciones, poniendo así de manifiesto su buena fé hasta el último momento de sus relaciones de trabajo con el dependiente. Si el patrono pone a disposición del trabajador lo que le debe por los referidos conceptos a la terminación del contrato, y el trabajador se abstiene de recibir las correspondientes sumas, no puede decirse que el primero esté incumpliendo con los mandatos del artículo 48 y que haya hecho uso ilegal de la cláusula de reserva o que esta cláusula deje de tener en tal evento operancia jurídica, porque tal artículo lo que persigue es que el patrono no retenga maliciosamente las sumas que pueda deber al trabajador a la terminación del contrato y porque en las circunstancias anotadas el patrono prueba a cabalidad su completa buena fé respecto del trabajador".

Se considera.

El Tribunal, en el fallo recurrido, después de hacer una relación de los hechos que encontró plenamente comprobados, se refirió a la manera como debe operar el uso de la cláusula de reserva y al efecto, expresó lo siguiente:

"Ahora bien, la estipulación de la cláusula de reserva, por sí sola, no conlleva la desaparición del término de duración presuntiva del contrato de trabajo. Este término sólo desaparece por el uso legal que se haga de esa facultad. Con efecto, hay usos ilegales de la reserva de terminación del vínculo laboral, como por ejemplo, cuando el desahucio no se notifica por "escrito" o cuando, si se prescinde de él, no se paga su equivalente por lo menos el mismo día de la ruptura del contrato.

"En estos casos, al igual que en otros posibles, deviene ilegal, asimismo, la terminación consecuencial del contrato de trabajo y procede, en consecuencia, la reclamación del lucro cesante, o sea, concretamente, de los salarios correspondientes al tiempo faltante para el vencimiento de su término presuntivo, ya que no puede ser otro. (Ver sentencia de 18 de febrero de 1955, juicio de Alfonso Montejo contra Cooperativa de Consumo de Bogotá Limitada, proferida por el Tribunal Supremo del Trabajo).

"Por lo que anteriormente se dejó relatado, la sociedad demandáda ha debido pagar al demandante el valor de sus 45 días de preaviso, a más tardar el 15 de febrero del presente año. Claro está que éste, ese día, no se presentó a las oficinas de aquella a conocer y retirar la liquidación de sus valores pendientes, pero tampoco, ello es obvio, a cobrar éstos en la caja de la misma. Más entonces, la Compañía demandada ha debido proceder a consignar tales valores por lo menos al día siguiente al en que el pago se debió verificar. La consignación, en efecto, "es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparencia del acreedor a recibirla", dice el artículo 1.656 del Código Civil. Sólo de esta suerte el uso que hizo de la cláusula de reserva para despedir al demandante se hubiera podido considerar válido. No procedió así, sin embargo, por lo cual su ruptura del contrato que la ligaba con el demandante se debe considerar ilegal, con todas las consecuencias previstas en el artículo 64 del C. S. del T.".

Ahora bien: Para el correcto ejercicio de la cláusula de reserva en la terminación del contrato de trabajo, se exige como condición legal indispensable que la parte que haga uso de ella preavise a la otra, mediante notificación por escrito dada con antelación de 45 días y que pague previamente todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Cuando el patrono es quien pretende hacer uso de la cláusula de reserva, puede prescindir de la obligación del preaviso, pagando los correspondientes salarios del período de desahucio. Si opta por esta vía, que reemplaza al preaviso, que tiene idéntica causa y es su equivalente, el pago de los salarios correspondientes a 45 días debe efectuarse simultáneamente y de modo efectivo o real para que el ejercicio de la reserva pactada sea legal y operante. Si se pretermite cualquiera de esas exigencias, el rompimiento del contrato se sitúa en el campo de la ilicitud y la parte que usa de la cláusula de reserva en estas circunstancias, se hace responasble de la consiguiente indemnización de perjuicios que prevé la ley, pues no otro es el sentido natural y obvio del artículo 48 del C. S. del T., con las modificaciones introducidas por el Decreto extraordinario 616 de 1954.

De lo anterior no resulta que el fallo acusado le haya atribuído a la disposición legal invocada por el recurrente, una significación y alcance que no le corresponde. No se ha producido, pues, la falta interpretativa de la norma citada, al aplicarla por el sentenciador y en consecuencia, no prospera el cargo.

Segundo cargo. — Acusa violación directa, por aplicación indebida, del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo "ya que se aplicó a hechos reconocidos y admitidos por el fallo acusado, pero no regulados por dicho artículo, por cuanto que no estructuran o constituyen terminación unilateral e ilegal del contrato de trabajo que vinculaba al actor con la demandada".

Se considera.

Constituye incontrovertible verdad procesal, según los presupuestos en que funda su decisión el Tribunal, que la Empresa demandada hizo uso de la cláusula de reserva pactada en el contrato de trabajo, en el despido de que fue objeto el demandante Hernández Arbeláez a partir del 15 de febrero de 1956; que la empleadora prescindió del preaviso, para optar por el pago de los salarios correspondientes a 45 días; que el 21 de febrero del citado año, el actor se presentó a las oficinas de la entidad patronal a conocer la liquidación anunciada en la nota de despido y que, la demandada sólo le solucionó o pagó la totalidad de sus salarios y prestaciones sociales, el día 28 de marzo del mismo año, en virtud de la consignación efectuada ante el Juez del conocimiento, pues en la nota en que le comunica al demandante el despido, con fundamento en la cláusula de reserva, no cumplió con la obligación de pagar simultáneamente los salarios correspondientes al período de 45 días, sino que, se limitó a expresarle: "La liquidación de los pagos pendientes en la fecha de su retiro, así como la orden del examen médico de salida, están a su disposición en estas oficinas".

Ya se vio, al analizar el cargo anterior, que el **ad-quem** estimó contrario a la ley el proceder de la demandada y, como consecuencia, que era ilegal el uso de la cláusula de reserva en la terminación del vínculo laboral pues el patrono, al prescindir del preaviso o desahucio, no pagó su equivalente "por lo menos el mismo día de la rutpura del contrato". Agrega el Tribunal que si el demandante no cobró los dineros correspondientes, la compañía demandada "ha debido proceder a consignar tales valores por lo menos al día siguiente al en que el pago se debió verificar" conforme a lo permitido por el artículo 1.656 del Código Civil, y añade: "Sólo de esta suerte el uso que hizo de la cláusula de reserva para despedir al demandante se hubiera podido considerar válido. No procedió así, sinembargo, por lo cual su ruptura del contrato de trabajo que la ligaba con

el demandante se debe considerar ilegal con todas las consecuencias previstas en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo".

De lo anterior resulta, que la aplicación de la regla jurídica contenida en la norma que se invoca se hizo a hechos probados y regulados por ella, por existir semejanza entre la hipótesis legal y la tesis del caso concreto, por lo cual no puede sostenerse, como lo hace el recurrente, la violación del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, sino su correcta aplicación, al condenar a la demandada al pago de la indemnización de perjuicios por el rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo, limitados al lucro cesante. No prospera el cargo.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso.

Costas a cargo de la parte recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.



ACCION DE COBRO DE UNAS PRESTACIONES SOCIALES. TECNICA DE CASACION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., seis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

Ante el Juzgado Sexto del Trabajo de Bogotá, Rafael Pantano, por intermedio de apoderado legalmente constituído, instauró demanda laboral contra la "Cooperativa Vecinal de Suba Limitada", para que previos los trámites del juicio respectivo fuese esta última condenada a pagarle a aquél los salarios y prestaciones siguientes:

"1º—Por razón de cesantía.....$ 891.73

"2º—El monto de los recargos por concepto de las 4 horas extras nocturnas, trabajadas de las 6 p. m., a las 10 p. m.; o subsidiariamente, que sea obligada a pagar la cuantía correspondiente al recargo del 35% por haber sido trabajadas dichas horas en jornada simplemente nocturna; o a que pague los recargos por los viajes realizados por mi poderdante desde las 6 p. m. hasta las 10 p. m .....$

"3º—Por primas de servicio.....$ 830.44

"4º—Por el tiempo que hizo fálta para completarse el término del contrato presuntivo de trabajo, o sean 5 meses y 28 días .....$ 2.111.08

"5º—La indemnización por mora en el pago de los salarios y prestaciones, equivalente a la suma de $ 11.86 diarios, desde el día 3 de septiembre de 1956 hasta cuando el pago se efectúe.....$

"6º—El valor de las costas del juicio"

El apoderado del actor relató los hechos así:

"1º—Mediante contrato de trabajo verbal, el señor Rafael Pantano prestó sus servicios como chofer mecánico a la entidad denominada "COOPERATIVA VECINAL DE SUBA, LIMITADA", domiciliada en Suba.

"2º—Empezó a trabajar el día 1º de marzo de 1954.

"3º—Trabajó hasta el día 2 de septiembre inclusive, de 1956.

"4º—El tiempo total de servicios fue de dos (2) años, seis (6) meses y dos (2) días.

"5º—Devengó en el último año de labores un salario mensual en promedio de $ 355.90.

"6º—La jornada de trabajo fue de 16 horas diarias, o sea desde las 6 a. m. hasta las 10 p. m.

"7º— Mi poderdante devengaba una remuneración de $ 1.55 por cada viaje que realizara de día o de noche.

"8º.—El contrato de trabajo se terminó por decisión unilateral e injusta del patrono.

"9º—El señor Pantano transportaba pasajeros de Bogotá a Suba y al Rincón, y viceversa. En ello consistía su trabajo".

Como fundamentos de derecho citó los artículos 249, 228, 253; incisos 2º y 3º del artículo 168, 306, 64 y 65 del C. S. del T.

La Empresa demandada no contestó el libelo. En el curso del juicio la sociedad constituyó apoderado.

Tramitada convenientemente la litis, en sentencia de 24 de octubre de 1957, el a-quo la desató de la siguiente manera:

PRIMERO.—Condénase a la Cooperativa Vecinal de Suba Limitada, representada por su Gerente Carlos A. Espinosa, a pagar a favor del demandante Rafael Pantano, las siguientes cantidades por los conceptos que a continuación se expresan:

a) Por auxilio de cesantía correspondiente al tiempo trabajado la cantidad de setecientos noventa y siete pesos con nueve centavos moneda corriente ($ 797.09).

b) Por primas de servicios la cantidad de setecientos sesenta y cuatro pesos con sesenta y cuatro centavos ($ 764.64).

"De las cantidades anteriores se descontará la suma de un mil ciento ochenta y seis pesos con cincuenta y cinco centavos ($ 1.186.55) moneda corriente, que ya fue consignada en el Banco de la República por la entidad demandada según consta de la certificación expedida por el Juzgado Segundo Laboral de este Circuito.

"SEGUNDO.—Condénase a la entidad demandada ..... a pagar a favor de Rafael Pantano, la cantidad de un mil ochocientos tres pesos con

treinta y cuatro centavos ($ 1.803.34) moneda corriente por indemnización moratoria correspondiente al lapso comprendido del dos (2) de septiembre de mil novecientos cincuenta y seis (1956), fecha de la terminación del contrato de trabajo, al veintitrés (23) de febrero de mil novecientos cincuenta y siete (1957), día en que la Cooperativa Vecinal de Suba Limitada consignó lo que consideraba adeudar por salarios y prestaciones sociales en el Banco de la República y a la orden del demandante". Además condenó en costas a la demandada.

Por apelación de los apoderados de ambas partes subieron los autos al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá — Sala Laboral —, entidad que, en sentencia de 13 de febrero de 1958, confirmó el numeral primero del fallo apelado adicionándolo en la siguiente forma:

"c) Cuatrocientos veinte pesos con setenta centavos ($ 420.70) moneda legal por concepto de recargo por trabajo nocturno, por el solo hecho de serlo.

"d) Un mil ochocientos catorce pesos con un centavo ($ 1.814.01) moneda legal, por concepto de lucro cesante".

Confirmó los numerales segundo y tercero del mismo fallo, absolvió a la demandada de la súplica por sobre-remuneración por trabajo extraordinario y condenó en costas a la misma.

Contra la providencia anterior interpuso recurso de casación el apoderado de la Cooperativa Vecinal de Suba, Limitada, y tramitado en forma legal, pasa a resolverse.

El recurso.

La pretendida demanda de casación adolece de notables deficiencias formales. No obstante haber interpuesto recurso de apelación para ante la Corte Suprema de Justicia, y haber sido concedido el de casación por el Tribunal —dentro del amplio criterio de no sacrificar el derecho a la fórmula, y dar por interpuesto este último que era el procedente— el apoderado de la demandada insiste en mantener su punto de vista, y habla de "las sentencias que se han apelado, tanto del Juzgado a-quo, como del Tribunal".

Dentro de esta errónea orientación, pretende el recurrente que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia revoque las sentencias recurridas "en especial la proferida por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, (Sala Laboral)".

Afirma que el Tribunal en la sentencia impugnada condenó a la Empresa al pago de $ 1.814.01 "por concepto de lucro cesante", lo que constituye una doble sanción para la Empresa y por consiguiente violación de la ley, en cuanto a indemnizaciones se refiere, "por que (sic) por una parte se le paga indemnización por lucro cesante y por otra se le paga, indemnización por mora en el pago, de manera que se viola: o el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo o el artículo 65 del mismo Código puesto que dos sanciones no se justifican, o la una o la otra, pero en ningún caso ambas". Agrega que "los fallos apelados" además de violar preceptos legales, constituyen serios perjuicios tanto para la Empresa demandada, como para los patronos y empresas de todo el país, al establecer simultáneamente las dos sanciones, "la contemplada en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo y la contemplada en el artículo 65 del mismo Código".

Afirma la violación de la ley sustantiva laboral en las siguientes normas: artículo 47, porque Pantano no trabajó ni un solo día después de haberse cumplido el período de seis meses; artículo 65, porque en la hipótesis de que hubiera existido contrato presuntivo, "el trabajador no tiene derecho a la indemnización por mora en el pago, puesto que en tal caso, prima el presuntivo"; y el artículo 306, literal b) porque se computó prima completa, debiendo haber sido computada la mitad. Finalmente manifiesta que hubo error de hecho y de derecho, "por cuanto el Honorable Tribunal se negó a reconocer la prueba de oficio que debía haberla decretado" (sic).

Se considera:

Como antes se dijo, el escrito presentado a manera de demanda de casación se halla afectada de serios errores de orden técnico-formal, que por su notoriedad protuberante lo hace ineficaz para el objeto buscado. En tal escrito se omitieron de manera absoluta los requisitos exigidos por el artículo 90 del C. de P. L. y que son indispensables para la viabilidad del recurso.

Constante y reiterada jurisprudencia ha destacado la necesidad de que el concepto de la infracción se exprese en forma clara y que cada una de las modalidades se proponga de manera separada, a fin de permitir la labor de confrontación de la sentencia acusada con los preceptos legales que se pretenden infringidos. En el asunto sub-lite el acusador se limita a impugnar las sentencias de primera y de segunda instancia por violación de la ley sustantiva.

Mas en el supuesto de que la acusación estuviese bien formulada, tampoco prosperaría, ya que el recurrente alega la imposibilidad de aplicación

simultánea de los artículos 47 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo, que establecen, el primero una medida de protección a la estabilidad del trabajador en "los contratos cuya duración no haya sido expresamente estipulada o no resulte de la naturaleza de la obra o servicio que debe ejecutarse" y el segundo una sanción al patrono que no cumple con la obligación legal de pagar al trabajador, a la terminación del contrato, los salarios y prestaciones debidos, y que, en razón de su naturaleza distinta, dan origen a indemnizaciones que la jurisprudencia constante ha considerado compatibles.

Las mismas fallas anotadas impiden que la Corte encuentre de qué manera se configura la pretendida violación del artículo 306 ibídem, en punto en el cual el recurrente anuncia y acompaña pruebas documentales que, dentro de este recurso, ni pueden producirse en esa forma, ni pueden ser tenidas en cuenta.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 13 de febrero de 1958, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral— en el juicio seguido por Rafael Pantano contra la Cooperativa Vecinal de Suba Limitada.

Costas a cargo del recurrente.

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

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

LA CUANTIA FIJADA EN LA DEMANDA, SIN OBJECION DE LA CONTRAPARTE, ES LA QUE DETERMINA SI EL JUICIO ES SUSCEPTIBLE DE RECURSO DE CASACION. — RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Luis Alberto Bravo).

Contra la sentencia definitiva fechada el 19 de junio del corriente año, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio ordinario laboral instaurado por Jaime Escobar Isaza contra el doctor Francisco Antonio Vélez Arango, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de casación.

Estimó el ad-quem que la cuantía de la acción instaurada no ascendía a la suma requerida por el artículo 9º del Decreto Legislativo número 1.762 de 1956, para la procedencia de dicho medio de impugnación y, en consecuencia se abstuvo de concederlo.

El mandatario de Escobar Isaza solicitó reposición del auto denegatorio y ,en subsidio, la expedición de las copias para ocurrir de hecho ante esta Sala.

El Tribunal sentenciador mantuvo su propio proveído y ordenó, por ello, la expedición de las copias impetradas en su oportunidad.

Antes de pronunciarse sobre el recurso, esta Sala dictó auto para mejor proveer, con fundamento en la facultad que le confiere el artículo 515 del Código Judicial.

El apoderado del recurrente, en memorial sustentatorio, sostiene que el valor económico del juicio supera los $ 4.000.00 exigidos por la ley procedimental laboral y en tal virtud, pide la concesión del recurso. Al efecto, expresa: "Sí, pues, el valor de los honorarios fueron (sic) pactados en $ 4.000.00 moneda legal; si el demandado acepta que tál fue el monto de los honorarios convenidos, como aparece confesado en posiciones: si niega haber entregado $ 1.000.00 a título distinto del contrato de mutuo; si el Honorable Tribunal acepta como cierto que los $ 1.000.00 recibidos por el actor lo fueron a título de mutuo, entonces ¿cómo se niega que el valor económico de la acción sea inferior a $ 4.000.00 pesos moneda legal, cuando las constancias del juicio y las pruebas producidas nos están indicando que esta suma es la real y cierta?".

Para resolver, se considera:

En ejercicio de la facultad consagrada en el Decreto Legislativo número 456 de 1956, el demandante Escobar Isaza demandó ante la jurisdicción del trabajo al doctor Vélez Arango, a fin de que fuese condenado por la suma "de tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda legal colombiana, o el valor que sea fijado por un perito designado por el Juzgado a su cargo ,más los intereses de esta suma, desde el diez y ocho (18) de diciembre de mil novecientos cincuenta y siete (1957) hasta que se verifique el pago", como remuneración por los servicios prestados en la venta de un inmueble de propiedad del demandado y de su señora esposa.

En el hecho undécimo del libelo, el mismo actor confiesa que recibió del "doctor Vélez Arango las siguientes partidas: $ 800.00 el día en que se firmó el contrato de promesa; luégo $ 50.00 y más tarde $ 150.00. La suma de estos abonos asciende a pesos $ 1.000.00 por lo cual el demandado me resta aún los tres mil pesos $ 3.000.00 citados en las peticiones, y sus intereses correspondientes".

Ello quiere decir que el demandante fijó el alcance de su petición en forma clara y precisa, estimándola en la cantidad de $ 3.000.00 por concepto de la comisión, que según afirma le adeuda el demandado Vélez Arango.

"Por regla general —ha expresado la Corte— la estimación de la cuantía hecha en la demanda, cuando no ha sido objetada por el demandado es la que viene a determinar la cuantía del juicio. Así lo tiene decidido la jurisprudencia de esta Corporación, como puede verse en los autos de 15 de julio de 1938 y 7 de diciembre de 1944 (G. J., XLVI, 726 y LVII, 178); y en la decisión de 30 de agosto de 1940 (G. J., L., 512).

"Esta orientación doctrinaria no se aplica en los casos en que pueda haber verdadero motivo de duda acerca del valor efectivo de lo disputado o cuando se han producido condenaciones extra

o ultra petita de conformidad con el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo.

"En consecuencia, se debe para los efectos del recurso, determinar la cuantía teniendo en cuenta los elementos que arroja la demanda en sus peticiones y en sus hechos" (G. J. LXXXVII, página 866).

La cuantía en el asunto sub-lite no alcanza a la exigida por el artículo 9º del Decreto Legislativo número 1.762 de 1956, necesaria para la susceptibilidad del recurso extraordinario de casación.

Por lo anterior, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— considera BIEN DENEGADO el recurso de casación interpuesto por Jaime Escobar Isaza contra la sentencia de 19 de junio de 1958, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el juicio que aquél promovió contra Francisco Antonio Vélez Arango.

Costas a cargo de la parte recurrente. Tásense.

Comuníquese lo resuelto a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes—Jorge Vélez García.—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

EL TERMINO DEL PREAVISO NO PUEDE SER INFERIOR AL DE 45 DIAS SEÑALADO EN LA LEY. — LA CLAUSULA DE RESERVA NO HACE DESAPARECER EL PLAZO PRESUNTIVO EN LOS CONTRATOS DE DURACION INTEDERMINADA. — EL ROMPIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO PUEDE GENERAR PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES

1 — En el régimen que establecía -el artículo 48 del CST. el desahucio o preaviso que debía dar la parte que quisiera hacer uso de la facultad de reserva pactada, para terminar la relación jurídico laboral existente, debía de efectuarse "con anterioridad no inferior a uno de los períodos que regulan los pagos del salario". Pero a virtud de las modificaciones introducidas a ese ordenamiento legal por medio del artículo 1º del Decreto 616 de 1954, se consagró que el preaviso debía darse "con un término no inferior a 45 días". De esta manera, la ley vino a determinar, en forma absoluta, el término mínimo y preciso del aviso previo que los contratantes se deben dar, cuando deseen hacer uso de la reserva pactada. El preaviso es una garantía que no puede, de ninguna manera, estar sujeta a derogaciones o modificaciones, contra la regulación establecida por la ley, aunque ello suceda por acuerdo de voluntad de las partes contratantes, ya que él es una institución de carácter cautelar, que tiene por fin eliminar, o por lo menos limitar, los daños que la ruptura unilateral del contrato por uno de los contratantes produce en el otro, según lo ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia. En tales condiciones, el término del preaviso puede ser superior al fijado por la ley, pero en ningún caso inferior al tiempo mínimo de garantía establecido en la norma. De esta suerte, para que una de las partes contratantes pueda hacer uso de la cláusula de reserva contra la otra parte, es indispensable que esa facultad excepcional permitida como medio para poner término al contrato de trabajo, no sólo se haya pactado en legal forma, sino que, además, es necesario que se ejercite de acuerdo con la ley. Y es claro que si la reserva pactada no se ajusta a los mandatos imperativos de la ley, no puede esperarse que el ejercicio de la facultad pactada ilegalmente pueda producir los efectos jurídicos deseados por el legislador.

2 — El plazo presuntivo no desaparece por la estipulación de la cláusula de reserva en los contratos de duración indeterminada. Lo que ocurre es que, si se ejercita correctamente la facultad de reserva estipulada, ésta constituye una modalidad de terminación del contrato, en cuyo evento no hay lugar a los denominados salarios del tiempo faltante para su vencimiento. Pero si la cláusula de reserva no opera, ni se ejercita legalmente y el contrato de trabajo se termina por causas distintas a las establecidas por los artículos 62 y 63 del CST., se estará en presencia de un rompimiento unilateral e ilegal del contrato, con las consecuencias previstas en el artículo 64 ibidem. "La facultad que se reservan las partes para terminar unilateralmente el contrato de trabajo es una excepción, y siempre que deje de ejercerse corre el plazo presuntivo. La reserva de esa facultad no opera por sí sola, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados en la norma legal que la autoriza. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige". (Casación sentencia de 24 de marzo de 1952, del Tribunal Supremo del Trabajo).

3 — Dentro de la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, en los eventos en que opere la condición resolutoria de los contratos de trabajo conforme a lo establecido por el artículo 64 del C. S. del T., es evidente que el incumplimiento de lo pactado puede acarrear perjuicios a la parte no responsable,

no solo de índole material, sino también perjuicios morales, en cuyo caso es operante la reparación, por este aspecto, del daño causado.

Sala de Casación Laboral. — Bogotá, D. E., Diciembre diez y nueve de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado opnente, Dr. Luis Fernando Paredes A.).

Jorge Giraldo Arcila, por medio de apoderado, estableció demanda contra la sociedad denominada Construcciones Tissot & Cía. Ltda., con domicilio principal en Bogotá, para que, previos los trámites de un juicio ordinario laboral, se condenase a la demandada al reconocimiento y pago de las siguientes prestaciones e indemnizaciones: auxilio de cesantía, vacaciones, salarios insolutos, prima de servicios, indemnización de perjuicios materiales y morales por ruptura unilateral e ilegal del contrato, indemnización por mora en el pago de salarios y prestaciones debidos y, por las costas del juicio, en caso de oposición.

Como hechos para fundamentar su acción, relató los que en seguida se transcriben, de acuerdo con la síntesis hecha por el **ad-quem**, así:

"Que su representado Dr. Jorge Giraldo Arcila empezó a trabajar al servicio de la entidad demandada, en Duitama, el 8 de noviembre de 1954; que las labores encomendadas a su poderdante, en su calidad de Odontólogo graduado de la Universidad Nacional, eran las de prestar todos los servicios odontológicos al personal de empleados y obreros que trabajan en el establecimiento industrial que la entidad demandada tiene en jurisdicción de Paipa, "Planta de Bonza", sobre la carretera Central del Norte, entre Duitama y Paipa, los cuales eran de dos clases: a) Extracciones de piezas dentarias; y b) Arreglo completo, con tratamiento y prótesis en casos de accidente de trabajo; que de acuerdo con el documento de contrato tales servicios se remunerarían así: extracciones, a $ 5.00 cada una; radiografías, a $ 5.00 cada una; y tratamiento y prótesis en caso de accidente, según presupuesto presentado por el Odontólogo y aprobado por Tissot; que el contrato se pactó por tiempo indeterminado; que posteriormente, en 1º de abril de 1955, la casa empleadora propuso a su poderdante una ampliación de los servicios odontológicos y el 5 de mayo siguiente aquélla aceptó los precios fijados por éste; que el salario mensual devengado por su poderdante en el ejercicio de sus labores profesionales al servicio de la Empresa, fué de novecientos cuarenta y seis pesos ($ 946.00) en promedio, en los últimos cinco meses; que la Empresa despidió a su poderdante, en carta de 8 de noviembre de 1955 con efectividad al 8 de diciembre siguiente sin pagar ni dar el aviso de 45 días y alegando razones que lesionan profundamente el buen crédito profesional de su poderdante; que el Dr. Giraldo Arcila fué reemplazado por un individuo que no es Odontólogo titulado; que el despido se hizo cuando el contrato ya estaba prorrogado por ministerio de la ley; que la última cuenta pagada a su poderdante por la empresa, asciende a la suma de novecientos cuatro pesos ($ 904,00), de los cuales tan solo ha recibido setecientos setenta y nueve pesos ($ 779,00); y, finalmente, que al terminar el contrato de trabajo, por despido de la empresa, ésta no pagó ni ha pagado a su poderdante, a pesar de reclamos insistentes, las prestaciones e indemnizaciones aquí reclamadas".

Como fundamentos de derecho invocó los artículos 22, 64, 65, 186, 249 y 306 del C. S. del T. En cuanto al procedimiento, indicó el señalado por el Código de la materia.

La demandada, por medio de apoderado, descorrió el traslado de la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor, y respecto a los hechos, dijo que el primero "puso ser cierto"; el segundo, el octavo, el undécimo y el décimo noveno los contestó manifestando que se atenía a lo que resultare probado; los demás hechos los negó y, como descargos, expresó: "en ningún momento ha existido contrato de trabajo entre el demandante y la empresa demandada. Su vinculación jurídico-contractual no ha sido de carácter laboral sino civil. Los servicios prestados por el actor no configuran contrato de trabajo ya que él no recibió un salario ni estuvo bajo vínculo de subordinación". Propuso la excepción perentoria de inexistencia de la obligación, con fundamento en el hecho de que, "entre las partes, no han mediado obligaciones de carácter laboral".

Adelantado el trámite de rigor, el Juez Civil del Circuito de Duitama, que fué el del conocimiento, con fecha 8 de agosto de 1956, profirió sentencia, en el sentido de condenar a la empresa demandada a pagar al actor, las siguientes sumas de dinero: por auxilio de ce-

santía $ 818,10; por concepto de vacaciones $ 377,55; por prima de servicios $ 755,10; por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo, a título de indemnización $ .3.750,33; $ 25,17 diarios, desde el 8 de mayo de 1956 hasta el día en que se verifique el pago de las prestaciones sociales, como indemnización moratoria de acuerdo con el artículo 65 del C. S. del T. Condenó a la demandada a pagar al demandante "los perjuicios materiales y morales, sufridos con el despido, en abstracto" y a las costas del juicio.

Contra esta providencia interpuso recurso de apelación el apoderado de la demandada, para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Laboral, entidad que, por sentencia de fecha 28 de marzo de 1957, modificó los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar a la demandada a pagar al demandante la suma de $ 503,39 por los siguientes conceptos: por cesantía $ 211,10, por vacaciones $ 97,43. y, por prima de servicios, $ 194,86. Además, la condenó a pagar $ 115,00 por concepto de salarios insolutos. Revocó lo dispuesto en los numerales 4º, 5º, 6º y 7º de la misma sentencia y, en su lugar, absolvió a la empresa demandada del pago de los llamados "salarios caídos" y del pago de perjuicios materiales y morales por rompimiento del contrato, lo mismo que de las costas de la primera instancia. No hizo condenación en costas en la segunda instancia.

Ambas partes interpusieron en tiempo oportuno recurso de casación contra la sentencia del Tribunal, el que les fué concedido. Admitido y tramitado en legal forma, procede la Sala a resolverlo, teniendo en cuenta las correspondientes demandas y el escrito de oposición formulado contra la demanda de la parte actora recurrente.

Por razones de mérito se estudiará primero el recurso de la parte demandada recurrente.

La demanda de la Empresa

Alcance de la impugnación — Persigue se case totalmente el fallo recurrido "en cuanto por él se condenó a pagar prestaciones sociales y se consideró que había existido contrato de trabajo entre las partes, contrato que, según lo sostenido invariablemente por la parte demandada recurrente no ha existido en momento alguno".

Cargo único. — Con fundamento en la causal 1ª del artículo 87 del C. P. L., acusa la sentencia impugnada "por violación indirecta del artículo 23 del C. S. del T. en concordancia con los artículos 186, 249 y 306 letra a) del mismo Estatuto, debido a errónea apreciación de las pruebas que más adelante se singularizan".

En desarrollo del cargo transcribe las disposiciones que invoca como violadas por el juzgador y agrega: "en relación con las disposiciones transcritas y con el problema sub-judice, cabe observar que la posición de la empresa demandada ha sido de una indeclinable intransigencia: entre ella y el demandante-recurrente no ha existido contrato de trabajo. Ante esta nítida actitud procesal de la sociedad demandada, consideramos que el trabajador-demandante ha debido esmerarse en comprobar satisfactoriamente la realidad del vínculo laboral. En nuestro concepto no ha existido procesalmente tal demostración".

En seguida señala como pruebas mal apreliadas por el Tribunal, las siguientes: a) el contrato visible al folio 2 del cuaderno principal, que ha servido al Tribunal de base para estructurar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes. Dice que el contrato en cuestión podría considerarse como la prueba del convenio sobre servicios profesionales de parte del demandante recurrente, pero que en ningún caso ese contrato constituye de por sí la prueba idónea de que efectivamente hubo prestación personal de servicios del doctor Giraldo desde noviembre 9 de 1954 hasta el 8 de diciembre de 1955. Que lo que estructura la existencia del contrato de trabajo es la realidad de la prestación personal de servicios pero no la simple presentación del escrito que registra determinado convenio, menos cuando ha mediado una negativa rotunda sobre la existencia de dicho contrato.

b) Los documentos que obran a folios 4 y 5 del cuaderno principal, que contienen una lista de precios suministrada por el Odontólogo demandante sobre tratamientos y prótesis y la carta de aceptación de esos precios por la Empresa. Dice, que de la carta del folio 4, se desprende que hubo aceptación de un horario señalado por el Odontólogo, pero que de ella no se deriva ni la prueba ni la convicción de que en una forma real el demandante hubiese prestado personalmente sus servicios desde el 9 de noviembre de 1954 hasta el 8 de diciembre de 1955. Que no existe una sola declaración de trabajador de la

empresa demandada ni de terceras personas que acrediten que tal horario hubiera tenido aplicación. En cuanto a la llamada lista de precios que obra al folio 5, manifiesta que solo se puede interpretar por lo que en ella misma se dice, es decir, que se trata del valor de precios "...que gravarán los tratamientos dentales...", pero que tal lista no acredita servicios personales, ni tampoco salario, como se desprende de su simple lectura, pues que se incluyen en ella "obturaciones de amalgama, de plata, puentes removibles, etc". lo que legalmente no es salario.

c) Las cuentas de cobro visibles a folios 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del cuaderno principal, a las cuales el Tribunal les dio plena validez probatoria. Dice que tales cuentas, con la aclaración hecha por el peritazgo decretado por el Tribunal fallador, sirvieron de base numérica para establecer el salario del demandante. Que es obvio, que ellas no representan cosa distinta de lo que en las mismas se lee, es decir, que son simple y llanamente "unas cuentas de cobro". Agrega: "de ninguna manera se puede sostener que ellas son el salario desde el 9 de noviembre de 1954 hasta el 8 de diciembre de 1955 puesto que **en esas cuentas no se dice qué tiempo cubren.** Por esta misma razón tampoco acreditan tiempo de servicios efectivamente prestados. De aquí que resulte completamente infundado que el Tribunal sentenciador tomó como base de liquidación de prestaciones sociales la cantidad de trece (13) meses de servicios (folio 42 del tercer cuaderno), pues que las cuentas no indican que se hubiera trabajado ese tiempo ni existe otra prueba que acredite que el demandante recurrente prestó realmente sus servicios personales durante trece (13) meses".

Concluye manifestando: "De todo lo anterior, claramente se deduce que el Tribunal de instancia apreció equivocadamente las pruebas antes relacionadas dándoles un valor que no tienen y que, en virtud de tal error, incurrió en violación indirecta de las normas sustantivas que en el encabezamiento de este cargo señalamos por aplicación indebida de las mismas. En otras palabras, la realidad del contrato de trabajo, pero ni siquiera de los servicios personales efectivos, se ha demostrado dentro del proceso. Consecuencialmente al resolver con pruebas deficientes que sí existió tal vínculo contractual, se violaron las normas sustantivas anotadas por aplicación indebida".

Se considera.

La tesis fundamental que contempla el cargo que se estudia, consiste, según el recurrente, en que no existió contrato de trabajo en las relaciones que vincularon al demandante con la demandada. Al respecto el Tribunal hace un detenido estudio del punto, en donde consigna lo siguiente:

"Ha servido de base para estructurar la existencia de un contrato de trabajo entre el Odontólogo demandante, Dr. Jorge Giraldo Arcila y la Empresa de "Construcciones Tissot & Cía. Limitada", el contrato escrito visible a folios 2 del cuaderno principal. Las seis cláusulas que lo integran, pueden sintetizarse, así: 1ª - El Odontólogo es contratado por Tissot para la prestación de sus servicios profesionales a los trabajadores de la 'Planta de Bonza' que le sean solicitados por la Empresa o el médico de la misma: Extracciones de piezas dentarias y arreglo completo con tratamiento y prótesis en casos de accidente de trabajo; 2ª - Se establece la remuneración de los servicios odontológicos: Extracciones y radiografías a $ 5.00 cada una, tratamiento y prótesis, según presupuesto suministrado por el profesional y aprobado por la Empresa; 3ª - Se compromete la Empresa a solicitar los precitados servicios al Odontólogo; 4ª - Se fija un plazo indeterminado de duración del contrato y un previo aviso para su terminación 'no menor de un mes'; 5ª - Se fija un período prudencial de dos meses para enmiendas o adiciones del contrato; y 6ª - Se firma el contrato en Duitama el día ocho (8) de noviembre de mil novecientos cincuenta y cuatro (1954). (Aparece firmado por el señor Gerald Villar como representante autorizado de Tissot y el Odontólogo Giraldo Arcila).

"A folios 4 y 5 del cuaderno principal aparece la lista de precios suministrada por el Odontólogo sobre tratamientos y prótesis y la correspondiente aceptación por la Empresa de los mismos, así como del horario fijado por el profesional de 5 a 7 p. m. con la especial solicitud por parte de aquélla de hacer excepción en casos de accidente o extracciones de piezas dentarias a sus trabajadores.

"A folio 6 y con fecha noviembre 8 de 1955 aparece la nota de preaviso de un mes previsto en el contrato y las razones de la empresa para dar por terminado el contrato.

"A folio 7 obra una comunicación del Odontólogo en que acusa recibo de la nota de preaviso con el anuncio de la inclusión de una cuenta de cobro por trabajos realizados de 25 de octubre a 8 de diciembre de 1955 y la solicitud de 'li-

quidación correspondiente de mis prestaciones sociales'.

"Finalmente, de folios 8 a 13, inclusive, figuran copias de las cuentas de cobro del Odontólogo a Tissot & Cía. Ltda.

"Los documentos atrás relacionados, obraron en el proceso como anexos a la demanda, fueron debidamente decretados por el funcionario de instancia y aunque sin el requisito de su expreso reconocimiento, no fueron objetados o redargüidos de falsos, circunstancia ésta que les dá plena validez probatoria al tenor de la norma establecida por el art. 645 del C. J., en armonía con el 145 del C. de P. L.

"Y como tales documentos han sido la base, prácticamente exclusiva para fundamentar la sentencia recurrida y las condenaciones en ellas hechas, procederá la Sala a sus análisis y consecuente avaluación probatoria..... la Sala procede a analizar si dentro del presente negocio se hallan reunidos los tres requisitos esenciales a todo contrato de trabajo propiamente dicho:

"a) **Prestación de un servicio personal.** — La prestación del servicio en forma personal, no ofrece duda alguna y habrá de admitirse como plenamente demostrada. En efecto, el Dr. Giraldo Arcila en su condición de Odontólogo graduado de la Universidad Nacional, prestó en forma personal y en su propio consultorio de Duitama, los servicios profesionales contratados con él por la Empresa para sus trabajadores de la 'Planta de Bonza'.

"b) **Bajo la continuada dependencia o subordinación del patrono.** — Este elemento, quizá el más característico y fundamental para la existencia de un contrato de índole laboral y sobre el cual los expositores y la doctrina se hallan acordes en afirmar como el que lo diferencia sustancialmente de los contratos civiles o de Derecho Común —como anteriormente se ha anotado— consiste en la facultad de que se halla investido el patrono para impartir órdenes al trabajador y la obligación correlativa de éste de acatarlas y cumplirlas. Sobre este particular, resultan de autos y según la relación probatoria que atrás se ha sintetizado, los siguientes hechos plenamente demostrados:

"1º — Durante todo el lapso de duración del contrato suscrito entre Tissot & Cía. Ltda. y el Odontólogo Dr. Jorge Giraldo Arcila, éste atendió al personal de trabajadores que le era enviado a su consultorio particular por la Empresa;

"2º — El Odontólogo estuvo sometido a un horario diario —de 5 a 7 p. m.— para la atención de los pacientes que le eran enviados por la Compañía demandada;

"3º — El Odontólogo se obligó a prestar sus servicios, no solamente dentro del horario diario establecido por los contratistas, sino también como lo expresa la comunicación de Tissot visible al folio 4 del cuaderno principal, 'cuando haya que hacer extracciones y atender a los interesados cuando se presenten a su consultorio';

"4º — Se pactó un plazo indeterminado de duración del contrato que vino a cobijar un lapso total de un (1) año y un (1) mes, durante el cual el Odontólogo prestó sus servicios ininterrumpidamente;

"5º — La relación de trabajo entre el Odontólogo y Tissot tuvo un carácter permanente y no simplemente ocasional, accidental o transitorio.

"De lo anterior, claramente se colige una verdadera subordinación jurídica del Odontólogo Giraldo Arcila para con la Empresa de 'Construcciones Tissot & Cía. Ltda'...

"c) **Un salario retributivo.** — Este tercer elemento esencial a todo contrato laboral, se halla plenamente demostrado en el texto de la cláusula segunda del contrato suscrito entre el actor y la demandada, en los siguientes términos: 'Tissot remunerará los servicios del odontólogo en la forma siguiente:. .. ..'

"Sin embargo, como la remuneración pactada incluye inequívocamente tanto los servicios profesionales propiamente tales, como el valor de los materiales empleados, el Tribunal consideró indispensable su separación mediante pericia técnica, según adelante se verá. En todo caso, el tercer elemento (un salario retributivo) se halla plenamente demostrado también.

"Llega, pues el Tribunal a la conclusión de que entre el Dr. JORGE GIRALDO ARCILA de una parte, y la Empresa de 'Construcciones Tissot & Cía. Ltda.', de la otra, existió un contrato de trabajo por medio del cual el primero prestó sus servicios profesionales de Odontólogo a los trabajadores de la segunda, en forma de continuada subordinación jurídica y mediante una remuneración o salario como retribución de los servicios pactados. Así las cosas, se procederá a continuación al análisis de las prestaciones e indemnizaciones impetradas por el actor, así como al señalamiento —si fuere el caso— de la cuantía de las mismas".

La Sala encuentra acertado el análisis proba-

torio que hace el sentenciador para acreditar la existencia del contrato de trabajo que vinculó a las partes en este juicio. Las consideraciones del **ad-quem** tienen respaldo en las pruebas probadas (Sic) al proceso sin que pueda deducirse que haya una equivocada apreciación de las mismas, ni menos que su estimación pugne en forma evidente y manifiesta con la realidad de los hechos. En efecto, si es verdad, como afirma el recurrente, que el documento visible al folio 2 del cuaderno principal, en que consta el convenio celebrado entre las partes sobre prestación de servicios profesionales por el demandante a la demandada, no constituye de por sí la prueba idónea para demostrar que, **"efectivamente"** se realizó esa prestación de servicios, ocurre que ese contrato apreciado y encadenado lógicamente con las demás pruebas que tuvo en cuenta el sentenciador para proferir su decisión, acreditan plenamente el hecho puesto en duda por el recurrente; así ocurre especialmente, con las cuentas de cobro presentadas por el demandante a la demandada, en donde se relacionan precisamente los servicios que éste se había obligado a prestar a los trabajadores de la empresa, cuentas que corresponden a los pagos efectuados por la misma al demandante para cubrir el valor de esos servicios, en el período comprendido entre el 8 de diciembre de 1954 al 8 de diciembre de 1955, como aparece acreditado en la diligencia de inspección ocular practicada en las oficinas del Banco Popular de Duitama, complementada con la relación que consta en el oficio enviado al Juzgado por el Gerente de esa entidad bancaria (fs. 29 v. a 32 del cuaderno principal). Respecto al elemento subordinación requerido para configurar la existencia del contrato de trabajo, aparece establecido de los documentos que relaciona el Tribunal; igual cosa acontece con el "salario" como retribución de los servicios prestados, pues ello lo prevé el mismo contrato que obra al folio 2 y, además, pudo ser establecida completamente su retribución con base en el dictamen pericial practicado en la segunda instancia, que obra a fs. 15 a 17 del mismo cuaderno. Por las consideraciones anteriores, no prospera el cargo.

La demanda del Trabajador

Alcance de la impugnación. — Persigue la casación parcial de la sentencia recurrida en cuanto absolvió a la empresa demandada del pago de los perjuicios materiales y morales por incumplimiento del contrato y de los ocasionados por mora en el pago de las prestaciones debidas.

Formula al respecto cuatro cargos, de los cuales se estudiarán conjuntamente el primero y el cuarto, por razón de la semejanza que existe entre los mismos.

Primero y Cuarto cargos. — Acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 49 y 64 del C. S. del T., y del artículo 1º del Decreto 616 de 1954 que sustituyó al 48 del citado Código, por violación indirecta a través de error de hecho proveniente de la errónea apreciación de las pruebas que singulariza en ellos.

En el primer cargo manifiesta que la prueba erróneamente apreciada por el Tribunal, es el contrato de trabajo que consta en el documento de 8 de noviembre de 1954 que obra al folio 2 del cuaderno principal. Afirma que la apreciación errónea de esa prueba consiste en sostener, como lo hace el Tribunal, "que el preaviso de 30 días pactado en ese contrato, era o fué suficiente para dar por terminado el contrato por parte de la empresa". Agrega que el error de hecho en que incurrió el sentenciador consistió en sostener "que el despido que la empresa le hizo a mi poderdante fue legítimo, por haber estado precedido de un preaviso de 30 días". Cita, a continuación, la parte pertinente del fallo acusado y concluye expresando que la tesis del Tribunal es inadmisible; que en los contratos de trabajo los contratantes no pueden establecer prestaciones inferiores a las señaladas por la ley; que como la empresa estableció un preaviso de 30 días cuando ya se hallaba en vigencia el artículo 1º del decreto 616 de 1954 que establece el preaviso de 45 días, la ruptura del contrato verificado por la empresa al despedir a su poderdante, fue una ruptura ilegal que la hizo incurrir en la correspondiente indemnización de perjuicios, consistente en el lucro cesante, por lo cual la sentencia violó las normas invocadas, al negarse a condenar a la empresa a dicho pago.

En el cargo cuarto señala como pruebas erróneamente apreciadas, la nota de despido que obra al folio 6 del cuaderno principal y las declaraciones de Pedro Alcántara Figueredo y de Jorge Mick (f. 28 y 28 v.).

Lo sustenta manifestando que la nota de despido contiene afirmaciones profundamente lesivas del buen crédito profesional del demandante doctor Giraldo, pues, que en ella se afirma que los trabajadores de Tissot han hecho reclamos contra los servicios odontológicos de éste; que el sindi-

cato solicitó a la empresa poner remedio a las anomalías de esos servicios; que el doctor Giraldo incumple las citas a los clientes y "que los aparatos odontológicos a los pocos días se han zafado"; agrega que la demandada no presentó la pretendida carta del sindicato, a que se ha hecho referencia; no hizo rendir declaración a los trabajadores que se dicen quejosos, ni probó, siquiera en mínima parte, la justicia de los reclamos, ni la existencia de éstos. Agrega que no puede desconocerse el que la nota de despido contiene cargos graves contra el demandante, los que considera de tal magnitud, que fueron suficientes para desacreditarlo profesionalmente como lo dicen los declarantes cuyos testimonios señala como mal apreciados. Manifiesta que el Tribunal consideró que los términos de la nota de despido son cordiales y respetuosos. No niega que lo son, pero expresa que "en términos respetuosos y cordiales también pueden hacerse imputaciones lesivas del buen crédito de un profesional"; que él no afirma que la nota de despido sea insultante o agresiva, sino que, de las imputaciones en ella contenidas, "surgió para el doctor Giraldo un descrédito, una mala fama, que lo desconceptuó ante el público y le causó un profundo demérito profesional, con la consiguiente cauda de perjuicios materiales y morales". Añade que esos perjuicios morales aparecen constatados en las declaraciones que señala como mal apreciadas por el Tribunal, ya que los testigos deponen en forma responsiva, detallada y concreta, dando la razón de su dicho, no por referencias, sino por percepción propia y directa. Finaliza el cargo manifestando que la apreciación errónea de esas pruebas hizo incurrir al Tribunal en el error de hecho de afirmar que el doctor Giraldo no sufrió perjuicio alguno con el despido que se le hizo, error que aparece de manifiesto en los autos y lo llevó a negar la indemnización de perjuicios materiales y morales con violación del artículo 64 invocado.

Por su parte el opositor expresa: "En relación con los diferentes cargos formulados por la parte demandante recurrente necesariamente tengo que manifestar que por no estar conforme con la argumentación jurídica del fallo del Tribunal sentenciador e igualmente por mi discrepancia con los puntos de vista planteados por la parte actora recurrente desde la iniciación de este juicio, me abstengo de referirme en una forma concreta a los cargos expuestos, pues la posición de mi representada la sustentaré jurídicamente cuando me corresponda presentar la respectiva demanda de casación como parte demandada recurrente". En seguida se limita a expresar algunas razones de su discrepancia con el fallo recurrido, semejantes a las que expone en su demanda de casación, que ya fue estudiada.

Se considera:

Los dos cargos que se estudian conjuntamente, hacen referencia al extremo de la indemnización de perjuicios por rompimiento unilateral e ilegal del contrato que ligaba a las partes. Sobre el particular el Tribunal expresó lo siguiente:

e) PLAZO PRESUNTIVO.....

"La cláusula CUARTA del contrato suscrito entre el Odontólogo Giraldo Arcila y la Empresa Tissot, reza textualmente: 'Este contrato es por plazo indeterminado, pudiendo cada parte darlo por terminado mediante un preaviso no menor de un mes'.

"Según los términos de la clánsula contractual transcrita, el contrato se celebró en primer lugar por tiempo indefinido o lo que es lo mismo, sin fijación de término; y en segundo lugar se estipuló una cláusula de reserva, la cual no es otra cosa que la facultad que las partes por escrito se reservan para poder dar por terminado el contrato en cualquier tiempo mediante preaviso o desahucio notificado también por escrito a la otra parte con una antelación que la ley actualmente fija en un período de cuarenta y cinco (45) días (art. 1º del decreto 616 de 1954). En este orden de cosas, aunque la cláusula de reserva se pactó por treinta días debiendo ser por cuarenta y cinco, considera la Corporación que debe estarse a la intención de las partes, la cual no fué otra inequívocamente que la de reservarse la facultad de poder dar por terminado el contrato, en cualquier tiempo, mediante un preaviso mensual. Y como aparece demostrado en el informativo, la Empresa cumplió por su parte con el preaviso pactado, mediante notificación por escrito hecha al año completo de duración del contrato (ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y cinco) según se desprende de la nota de despido visible al fl. 6 del cuaderno principal.

"De otro lado, para que opere el plazo presuntivo de duración de un contrato, mediante prórrogas sucesivas de seis en seis meses, se requiere que en los contratos de duración indeterminada o sin fijación de término como el presente, no se haya estipulado la tantas veces nonbrada cláusula de reserva. Así que, si se es-

tipuló cláusula de reserva, era apenas potestativo de la empresa o del trabajador el darlo por terminado en cualquier tiempo, previa la notificación o desahucio, por escrito, a la contraparte. Como así ocurrió, es inaceptable la tesis argüida por el demandante para reclamar presuntivo...

"Además, aceptando en gracia de discusión la operancia del plazo presuntivo tampoco cabría en el presente caso una condenación, toda vez que, es apenas elemental y humano el hacer la consideración de que en materia contractual laboral sólo comienza a tener vigencia un contrato escrito al día siguiente de su firma. De donde resulta que la tesis de una prórroga automática de seis meses, carece de fundamento, pues el contrato aparece firmado el día 8 de noviembre de 1954 y el preaviso para la terminación unilateral del contrato tiene precisamente fecha 8 de noviembre de 1955. Si se aceptase la clase de argumentos como el comentado, se llegaría a una verdadera situación de injusticia en las relaciones obrero-patronales, las cuales deben mantenerse, como lo expresa la ley sustantiva, 'dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social' ".

Con relación al aspecto de los perjuicios morales, dijo el **ad-quem:**

"g) PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES. — El señor apoderado del actor incluyó en otro de los pedimentos de su demanda la reclamación de reconocimiento y pago de perjuicios morales y materiales que hace consistir en los motivos o razones que tuvo la empresa para la terminación del contrato y los cuales considera lesivos en grado sumo del buen crédito profesional de su poderdante.

"Por su parte, el señor funcionario de instancia con fundamento en dos testimonios que obran a folios 28 y 29 del cuaderno principal y a los cuales les atribuye la calidad de 'plena prueba', optó en el fallo apelado por hacer, en abstracto, una condenación de tanta magnitud, como lo es la de perjuicios de orden material y moral.

"Sin embargo, ocurre que la nota de preaviso de que se ha valido el señor apoderado del actor para reclamar la aludida condenación, se halla concebida en términos absolutamente cordiales, respetuosos y en ella se da como razón para la terminación del contrato y a manera de preaviso, las quejas y reclamos formulados por el Sindicato de la empresa, situación que se corrobora mediante el anexo de una carta de esta entidad y que no fué allegada por el señor apoderado del actor. Efectivamente, dicha comunicación dice: "Bonza, noviembre 8 de 1958.—GV. - CR. Nº 13.535. Doctor Jorge Giraldo A. Duitama. Muy estimado doctor: En repetidas ocasiones hemos recibido de **nuestros trabajadores,** reclamos en contra de sus servicios profesionales y últimamente el Sindicato nos solicitó poner remedio inmediato a las anomalías del servicio de odontología **en carta cuya copia adjuntamos a la presente. Las quejas que hemos recibido** tratan especialmente de las citas incumplidas repetidas veces por usted, de aparatos que a los pocos días se han zafado, de sus múltiples ausencias de Duitama etc. En consideración a estos numerosos reclamos, que hemos comprobado justificados, nos vemos en la penosa obligación de manifestarle que nos es imposible seguir utilizando sus servicios profesionales a partir del 8 de diciembre, **respetando así el preaviso de un mes previsto en el contrato.** Esperando que usted tenga la gentileza de darnos su conformidad a la presente, le rogamos aceptar nuestro atento saludo y considerarnos como siempre sus seguros servidores y amigos, (Fdo.) Construcciones Tissot & Cía. Ltda. G. Vilar, Jefe de Personal'.

"Del contexto de la comunicación transcrita pueden inferirse perjuicios morales y materiales? Su contenido es acaso lesivo del patrimonio moral y del prestigio profesional del actor? Los términos en ella empleados pueden considerarse lesivos de su honra y causantes de perjuicios o pérdida proveniente de no haberse cumplido la obligación contractual o de haberse cumplido imperfectamente o haberse retardado su cumplimiento, o por ventura de allí resulta establecido un lucro cesante?

"Porque sabido es que, para que se estructure una condenación por concepto de perjuicios morales, dentro de una relación jurídico-contractual de trabajo, es necesario probar la relación de causalidad existente entre la culpa resultante de la ruptura ilegal por parte del patrono de, las cláusulas contractuales y el consecuente desprestigio irrogado al buen crédito profesional de un individuo, con el item de que tal desprestigio, debe tener fundamentos ciertos de apreciación, esto es, que debe estar plenamente demostrado. Para el Tribunal no cabe la menor duda de que la nota de despido, se repite, en modo alguno es injuriosa o lesiva del prestigio profesional del Odontólogo demandante,

pues ni siquiera se halla probado que hubiese pasado del plano estrictamente privado, esto es, de la Empresa de 'Construcciones Tissot' y el Dr. Giraldo Arcila. En estas condiciones, mal puede hablarse del conocimiento de perjuicios de índole moral, como tampoco de índole material, ya que por este último aspecto la aludida nota de preaviso tampoco implicó violación unilateral alguna del contrato de trabajo suscrito entre el Odontólogo y la Compañía demandada.

"Ahora bien: con relación a los testimonios que sirvieron de base al juzgador de instancia para proferir un fallo condenatorio en cuanto a perjuicios morales y materiales, rendidos por los ciudadanos Pedro Alcántara Figueredo y Jorge Mick, basta su lectura para deducir su misma inconsistencia y consiguiente falta de valor probatorio. En efecto, ambos son del mismo tenor, mejor aún, casi exactos y fueron rendidos momentos después de que el señor apoderado del demandante, Dr. Niño Torres, les puso de presente la nota de preaviso para que la leyeran, con el comentario que envuelve dentro de la pregunta la respectiva respuesta, concebido en estos términos textuales: '...y en vista de las afirmaciones hechas en esa carta, que lesionan el buen crédito profesional del Dr. Giraldo, le consta a usted directa y personalmente que el despido hecho en esa forma lesionó profundamente el buen crédito profesional del Dr. Giraldo, le trajo un demérito profesional, lo desacreditó ante su clientela, todo lo cual le causó serios perjuicios materiales y morales, consistentes en ese mismo descrédito y en la consecuencial disminución de su clientela?

"La sana crítica del testimonio puede dar asidero para aceptar como cierta e incontrovertible una respuesta sobre la base de una pregunta en que prácticamente se insinúa la respuesta?

"Por otra parte, la actitud asumida por el señor Juez del conocimiento fue absolutamente pasiva, ya que por parte alguna tomó a su cargo la obligación de interrogar a los declarantes para que explicasen la razón de su dicho para establecer plenamente la verdad de las afirmaciones de los deponentes".

De lo anterior resulta que el **ad-quem** le dió plena validez y operancia legal al ejercicio de la reserva pactada en el contrato que obra al folio 2 del cuaderno principal, que aparece en lo transcrito antes, no obstante que él mismo reconoce que "la cláusula de reserva se pactó por treinta días debiendo ser por cuarenta y cinco". Al respecto, se observa: En el régimen que establecía el artículo 48 del C. S. del T. el desahucio o preaviso que debía dar la parte que quisiera hacer uso de la facultad de reserva pactada, para terminar la relación jurídico laboral existente, debía de efectuarse "con anterioridad no inferior a uno de los períodos que regulan los pagos del salario". Pero a virtud de las modificaciones introducidas a ese ordenamiento legal por medio del artículo 1º del Decreto 616 de 1954, se consagró que el preaviso debía darse "con un término no inferior a 45 días". De esta manera, la ley vino a determinar, en forma absoluta, el término mínimo y preciso del aviso previo que los contratantes se deben dar, cuando deseen hacer uso de la reserva pactada. El preaviso es una garantía que no puede, de ninguna manera, estar sujeta a derogaciones o modificaciones, contra la regulación establecida por la ley, aunque ello suceda por acuerdo de voluntad de las partes contratantes, ya que él es una institución de carácter cautelar, que tiene por fin eliminar, o por lo menos limitar, los daños que la ruptura unilateral del contrato por uno de los contratantes produce en el otro, según lo ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia. En tales condiciones, el término del preaviso puede ser superior al fijado por la ley, pero en ningún caso inferior al tiempo mínimo de garantía establecido en la norma. De esta suerte, para que una de las partes contratantes pueda hacer uso de la cláusula de reserva contra la otra parte, es indispensable que esa facultad excepcional permitida como medio para poner término al contrato de trabajo, no sólo se haya pactado en legal forma, sino que, además, es necesario que se ejercite de acuerdo con la ley. Y es claro que si la reserva pactada no se ajusta a los mandatos imperativos de la ley, no puede esperarse que el ejercicio de la facultad pactada ilegalmente pueda producir los efectos jurídicos deseados por el legislador. En el caso **sub-lite**, no puede remitirse a dudas que el término del preaviso o desahucio contenido en la cláusula 4ª del contrato sobre prestación de servicios que obra a folio 2 del cuaderno principal, se estipuló contrariando lo dispuesto por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954 que modificó al 48 del C. S. del T., pues se fijó un término de 30 días, cuando la ley exige un mínimo de 45 días. Al ejercitar la demandada la reserva pactada ilegalmente en el contrato de fecha 8 de noviembre de 1954, estando ya en vigencia el Decreto 616 de ese mismo año, no pudo usar correctamente esa facultad. Al apreciarlo en for-

ma contraria el sentenciador, incurrió en manifiesta equivocación, que lo condujo a no considerar como un rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo el despido hecho al trabajador por medio de la comunicación de fecha 8 de noviembre de 1955 que obra al folio 6 del cuaderno principal, y al abstenerse, en consecuencia, de condenar a la demandada al pago de los salarios por el tiempo faltante para el vencimiento del plazo presuntivo del contrato, que se inició en su segunda etapa el día 8 de noviembre de 1955. Es errada la tesis del **ad-quem** cuando afirma que para que opere el plazo presuntivo de duración de un contrato, en los contratos de duración indeterminada, se requiere que no se haya estipulado la cláusula de reserva. El plazo presuntivo no desaparece por la estipulación de la cláusula de reserva en los contratos de duración indeterminada. Lo que ocurre es que, si se ejercita correctamente la facultad de reserva estipulada, ésta constituye una modalidad legal de terminación del contrato, en cuyo evento no hay lugar a los denominados salarios del tiempo faltante para su vencimiento. Pero si la cláusula de reserva no opera, ni se ejercita legalmente y el contrato de trabajo se termina por causas distintas a las establecidas por los artículos 62 y 63 del C. S. del T., se estará en presencia de un rompimiento unilateral e ilegal del contrato, con las consecuencias previstas en el artículo 64 ibidem. "La facultad que se reservan las partes para terminar unilateralmente el contrato de trabajo es una excepción, y siempre que deje de ejercerse corre el plazo presuntivo. La reserva de esa facultad no opera por sí sola, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados en la norma legal que la autoriza. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige" (Casación Sentencia de 24 de marzo de 1952 del Tribunal Supremo del Trabajo).

Perjuicios morales. — En relación con el otro aspecto de la acción indemnizatoria, referente a los perjuicios morales que reclama el trabajador, la Corte considera:

Dentro de la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, en los eventos en que opere la condición resolutoria de los contratos de trabajo conforme a lo establecido por el artículo 64 del CST., es evidente que el incumplimiento de lo pactado puede acarrear perjuicios a la parte no responsable, no sólo de índole material, sino también perjuicios morales, en cuyo caso es operante la reparación, por este aspecto, del daño causado. En el caso **sub-judice**, el recurrente pretende que el sentenciador incurrió en error de hecho evidente, con la consecuente violación indirecta del artículo 64 del CST., al no haber condenado al pago de los perjuicios morales demandados por el trabajador, a causa de la errónea apreciación de las declaraciones de Pedro Alcántara Figueredo y de Jorge Mick y de la nota de despido que la empresa demandada envió al trabajador el 8 de noviembre de 1955, documentos que obran a folios 6 y 28 del cuaderno principal. Considera la Sala que es acertado el análisis probatorio y la apreciación que de esos documentos hace el sentenciador, pues del primero de ellos —el preaviso— no puede deducirse que la motivación del desahucio sea injuriosa o lesiva del buen nombre y fama del trabajador despedido, pues, además de estar concebida en términos respetuosos, sólo contiene la manifestación de las causas por las cuales prescinde de sus servicios, comunicación que, por otra parte, estaba dirigida exclusivamente al trabajador y no a trascender del campo estrictamente privado de las relaciones entre éste y la empresa, como muy bien lo anota el Tribunal.

Además, las declaraciones que el recurrente considera mal apreciadas por el Tribunal, no acreditan la existencia real del perjuicio alegado por el demandante y si no se probó que esos perjuicios se causaron, mal puede deducirse una condena por ese extremo.

Por las consideraciones anteriormente expuestas, prosperan parcialmente los cargos que se estudian, limitados, exclusivamente, a la indemnización de perjuicios materiales por el rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo que vinculó a las partes y referidos al lucro cesante, conforme al ordinal 2º del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, invocado por el recurrente como infringido por el sentenciador. En consecuencia la Corte habrá de casar parcialmente el fallo recurrido y, en su oportunidad, hará las consideraciones de instancia.

Segundo cargo.—Acusa la sentencia de ser violatoria del artículo 65 del CST., por infracción directa.

Dice, el recurrente, que la norma invocada "establece que si a la terminación del contrato, el patrono no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario, por cada día de retardo.

"En el presente caso, el contrato de trabajo terminó el día 8 de diciembre de 1955, por virtud del despido que la empresa hizo. Y desde entonces, la Empresa se abstuvo y se ha abstenido de pagar al trabajador, mi poderdante, los salarios insolutos debidos y las prestaciones establecidas por la ley. Era, pues, indudablemente, el caso de aplicación del artículo 65 del CST., lo que el Tribunal no hizo".

Sobre el extremo de la indemnización por mora, que contempla el artículo 65 del CST., dijo el Tribunal:

"Sobre esta indemnización tiene establecido la doctrina en reiteradas jurisprudencias que ella tiene cabida cuando a la terminación del contrato de trabajo, de mala fe el patrono se abstiene de pagar a su extrabajador los salarios y prestaciones debidos. También tiene establecido la jurisprudencia que, existe una buena fe patronal exculpativa de la sanción por mora en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, cuando se discute o controvierte, con razones valederas y respetables, la existencia misma del contrato de trabajo o el valor de la prestación reclamada por considerarse dudosa.

"En el presente caso, como ya se ha expresado, resalta una buena fe patronal cuando con razones indudablemente valederas se ha sostenido por el apoderado de la demandada la inexistencia de un vínculo contractual de índole laboral entre su patrocinada y el Odontólogo demandante a quien se calificó de simple 'contratista independiente'. En este orden de ideas, considera la Sala, que, acatando la jurisprudencia del máximo Tribunal del Trabajo, debe absolverse a la empresa demandada por concepto de salarios caídos".

Según se observa de la parte de la sentencia transcrita anteriormente, la decisión del Tribunal no aparece sustentarse en una negación o desconocimiento de la norma consagrada por el artículo 65 del CST., sino que, por el contrario, afirma su existencia y precisa su ámbito de aplicación, pero no le dá eficacia para regir la situación de hecho que el caso en estudio contempla, por considerar que en éste "resalta una buena fe patronal cuando con razones indudablemente valederas se ha sostenido por el apoderado de la demandada la inexistencia de un vínculo contractual de índole laboral". Es decir, el **ad-quem**, dentro del ámbito que le señala el artículo 61 del CST., formó su convicción de que no era el caso de aplicar la sanción prevista en el artículo 65 del CST., porque no se configuraba mala fe en la conducta observada por la parte demandada. En estas condiciones, habría sido necesario que el recurrente hubiese adoptado otra vía, diferente a la escogida para impugnar la sentencia. No prospera el cargo.

Tercer cargo.—Lo formula como subsidiario del anterior, acusando la sentencia de violar el mismo artículo 65 del CST. por errónea interpretación.

Al efecto argumenta así: "La interpretación errónea que hizo el Tribunal de la disposición legal invocada, consiste en sostener como sostiene la sentencia recurrida, que los salarios caídos no se deben pagar cuando el patrono discute o niega la existencia del contrato de trabajo". Y agrega:

"Esa interpretación, acogida también por el antiguo Tribunal Supremo del Trabajo, es muy jurídica, **pero hasta cierto punto.** Está muy bien que no se pague salarios caídos cuando la negativa o desconocimiento del contrato de trabajo, por parte del patrono se basa en razones apreciables. Pero si esa negativa no tiene fundamento ninguno, como en el presente caso, ella no puede servir para dejar de aplicar el artículo 65 del CST.

"El mismo Tribunal sentenciador, en su sentencia, hace un estudio profundo y exhaustivo del contrato celebrado entre mi poderdante y la empresa Tissot; analiza, una por una sus cláusulas; y llega a la conclusión inevitable de que ese es, típicamente un clásico contrato de trabajo.

"La negativa o desconocimiento que al respecto hace el señor apoderado de la parte demandada, es muy respetable por la respetabilidad que tiene su autor, el citado apoderado; pero las razones de esa negativa no aparecen por parte alguna. Esto ha sido negar por negar.,

"Si la interpretación que el Tribunal de Tunja le ha dado al artículo 65 del CST., tomara carta de naturaleza en la jurisprudencia nacional, la prestación llamada 'salarios caídos' desaparecería de las relaciones obrero-patronales de Colombia. Porque bastaría que el patrono negara la existencia del contrato de trabajo —por más innegable que éste fuera— para que no pudiera aplicarse el artículo 65".

En el estudio del cargo anterior, se hizo la transcripción de la parte pertinente del fallo impugnado, respecto del extremo de salarios caídos. Allí, el Tribunal reafirma el principio jurisprudencial de que en la aplicación de la sanción prevista por el artículo 65 del CST., debe atenderse a la buena o mala fe patronales, y siguiendo esa misma orientación, expresó que "existe una buena fe patronal exculpativa de la sanción por mora en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones, cuando se **discute o controvierte, con razones valederas y respetables**, la existencia misma del con-

trato de trabajo o el valor de la prestación reclamada por considerarse dudosa". Esta es la parte del fallo en que el sentenciador cumplió su función de decidir cuál es el pensamiento latente en la norma invocada para poder aplicarla con rectitud; allí fija el sentido de la misma sin desviaciones ni errores y acorde con su contenido. Otra cosa es que el fallador, con base en esa interpretación y la tendencia señalada jurisprudencialmente para aplicarla, al realizar el proceso lógico jurídico, haya encontrado que, en el caso sub-judice, se configuraba una buena fe patronal eximente de la sanción prevista en el artículo 65 invocado. razón por la cual absolvió a la demandada del pago de la indemnización reclamada por el actor. No aparece, pues, que el juzgador haya procedido con un desconocimiento del contenido y alcance de la norma invocada, por lo cual el cargo no prospera.

Consideraciones de instancia.—Procede la Sala a verificar las consideraciones de instancia, en vista de la prosperidad parcial de los cargos primero y cuarto de la demanda, como se ha visto al estudiar los mismos.

El extremo de los perjuicios reclamados por el actor por el rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo por parte de la demandada, deberá concretarse, exclusivamente, al reconocimiento de los perjuicios materiales, por el concepto del lucro cesante, que de conformidad con el ordinal 2º del artículo 64 del CST., consiste en el monto de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo presuntivo, puesto que se trataba de un contrato de trabajo de duración indeterminada.

Habiéndose principiado la relación laboral entre las partes el día 8 de noviembre de 1954, el plazo presuntivo de 6 meses, en su tercera etapa de la relación laboral, se inició el 8 de noviembre de 1955, con vencimiento al 7 de mayo de 1956. Como el trabajador fue despedido a partir del día 8 de diciembre de 1955, el tiempo faltante para cumplirse el plazo presuntivo, en esta tercera etapa, fue de 5 meses, período al que se extiende la indemnización por lucro cesante, equivalente al monto de los salarios correspondientes a ese tiempo.

De acuerdo con el dictamen pericial, practicado en la segunda instancia, el Tribunal fijó como base para la liquidación de las prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar, un sueldo o remuneración mensual de $ 194.86, que, por constituir un hecho inmodificable del proceso, será el que se tenga en cuenta para computar la referida indemnización de perjuicios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, Sala Laboral, con fecha 28 de marzo de 1957, en cuanto absolvió a la demandada del pago de la indemnización de perjuicios materiales causados al demandante por rompimiento unilateral e ilegal del contrato de trabajo, y en su lugar, convertida en Tribunal de Instancia, MODIFICA el punto 4º de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, para condenar, como en efecto CONDENA a la empresa denominada Construcciones Tissot & Cía. Ltda. de las condiciones civiles conocidas en juicio, a pagar al demandante doctor Jorge Giraldo Arcila, la suma de novecientos setenta y cuatro pesos con treinta centavos ($ 974.30), como indemnización de perjuicios (lucro cesante), de que trata el artículo 64 del CST. NO LA CASA en lo demás.

Costas a cargo de la parte demandada recurrente.

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

Luis Alberto Bravo — Luis Fernando Paredes. Jorge Vélez García — Luis Javier Mariño, Conjuez. — **Vicente Mejía Osorio**, Secretario.

MOMENTOS PROCESALES PARA TASAR LA CUANTIA DE UNA LITIS. — LA INDEMNIZACION POR RETENCION INDEBIDA DE LOS SALARIOS,, ESTA COMPRENDIDA DENTRO DE LO QUE LA JURISPRUDENCIA HA DENOMINADO INDEMNIZACION POR MORA. — OBJETO DE ESTA ULTIMA.—RECURSO DE HECHO

1.—Ha sido reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte que para tasar la cuantía de una litis existen dos momentos procesales: a) El momento en que se traba la relación jurídico-procesal por la presentación de la demanda y la respuesta de ésta por el demandado, b) El momento en que el juzgador decide la litis con alcance de ultra o extra petita.

En la primera hipótesis, la estimación concreta del "cuantum" hecho en el libelo de demanda, cuando no ha sido expresamente objetado por el demandado, es el elemento que viene a determinar la cuantía del negocio. En la segunda, el incremento del petitum por las condenaciones en más de lo pedido o por fuera de lo pedido sirve de tasación cuantitativa del mismo. Todavía ha ahondado más la jurisprudencia. En efecto: como existen condenaciones no precisables en cantidad sino en el momento de pagarse (tal es el caso de indemnización por mora o salarios caídos) se ha establecido que su monto, para la apreciación de la cuantía, es el resultante de los salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre el día de la terminación del contrato de trabajo y el día de la presentación de la demanda.

2.—La indemnización por "retención indebida" de los salarios, está comprendida dentro de lo que la jurisprudencia ha denominado "indemnización por mora" cuyo objeto no es otro que reprimir todo acto de retención por parte del patrono de las prestaciones y salarios debidos al trabajador, en los casos en que dicha retención no ha sido autorizada por la ley, vale decir, siempre que lo que se adeude al trabajador en virtud del contrato de trabajo le sea retenido en forma indebida; por esta razón tal petición debe considerarse incluída en la de salarios caídos.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral.—Bogotá, D. E., diez y nueve de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Vélez García).

El apoderado de la empresa "Calzado Progress" interpuso recurso de hecho para que se conceda el de casación contra la sentencia de fecha 22 de mayo del año en curso, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en el juicio seguido por Pablo Enrique Mesa contra la recurrente.

El Tribunal estimó que no era procedente el recurso de casación porque "la cuantía de las prestaciones e indemnizaciones reclamadas no alcanza el mínimo que exige la ley".

Contra tal providencia el mismo apoderado solicitó reposición, con base en que el ad-quem no puede estimar la cuantía de un juicio, sino que ésta debe fijarse pericialmente y que, al negar la casación, dejaron de tenerse en cuenta en su integridad las súplicas e) y g) de la demanda.

El fallador de segundo grado no accedió a la reposición, con estas razones: "....el Tribunal sí está facultado para apreciar la cuantía de la demanda para efectos de la casación. Mal podría, designar un perito para apreciarla, siempre que ésta se interponga, pues solamente cuando surja verdadero motivo de duda sobre el particular, el Tribunal debe acudir a un experto. En cuanto a que no se tuvo en cuenta, para efectos de la cuantía la integridad de la petición de la demanda distinguida con la letra c), se observa que de acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, para el caso de computar salarios caídos, se estima el valor desde la fecha del retiro del trabajador hasta la fecha de la presentación de la demanda y, esto justamente fue lo que tuvo en cuenta la providencia recurrida". Y más adelante agrega: "....no estando señalado el salario en el libelo de demanda, debe tenerse en cuenta el establecido pericialmente en la primera instancia, sin perder

de vista que en aquella, la cuantía fue señalada en suma menor de $ 3.000.00 sin que ésta hubiera sido objetada por la parte que representa el recurrente por lo cual el Tribunal debe atenerse a ella".

Al sustentar el recurso de hecho, el apoderado de la parte demandada reproduce las argumentaciones que expuso ante el Tribunal y solicita que se declare mal denegado el recurso extraordinario interpuesto y que, revocando el auto reclamado, conceda dicho recurso. En subsidio, que se ordene la fijación de la cuantía pericialmente.

Para resolver se considera:

El demandante estimó la cuantía de su acción "en más de trescientos pesos y menos de tres mil". Las peticiones de la demanda se encaminan a obtener el pago de cesantía, primas de servicio no pagadas al trabajador, salarios caídos hasta el pago total de las prestaciones, indemnización hasta completar el plazo presuntivo del contrato de trabajo, dominicales y días festivos trabajados por el actor, salarios que no han sido cancelados, indemnización por retención indebida de los salarios y cualquiera otra indemnización que resulte probada en el juicio.

El Juzgado Séptimo del Trabajo de Bogotá, que fue el del conocimiento, al desatar la controversia condenó a la Empresa demandada a pagar al demandante las siguientes cantidades: a) $ 1.690.00 por salarios insolutos b) $ 162.50 por cesantía; c) $ 150.00 por primas de servicio; d) $ 75.00 por concepto de vacaciones; e) $ 5.00 diarios a partir del 31 de enero de 1954 hasta cuando se paguen las anteriores cantidades, como indemnización moratoria.

La Empresa demandada apeló de la sentencia de primer grado para ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, entidad que, surtidos los trámites de rigor, confirmó la condena del **a-quo.**

Ha sido reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte que para tasar la cuantía de una litis existen dos momentos procesales: a) El momento en que se traba la relación jurídico-procesal por la presentación de la demanda y la respuesta de ésta por el demandado, y b) El momento en que el juzgador decide la litis con alcance de **ultra** o **extra petita.**

En la primera hipótesis, la estimación concreta del "cuantum" hecho en el libelo de demanda, cuando no ha sido expresamente objetado por el demandado, es el elemento que viene a determinar la cuantía del negocio. En la segunda, el incremento del **petitum** por las condenaciones en más de lo pedido o por fuera de lo pedido sirve de tasación cuantitativa del mismo. Todavía ha ahondado más la jurisprudencia. En efecto: como existen condenaciones no precisables en cantidad sino en el momento de pagarse (tal es el caso de indemnización por mora o salarios caídos) se ha establecido que su monto, para la apreciación de la cuantía, es el resultante de los salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre el día de la terminación del contrato de trabajo y el día de la presentación de la demanda. En cuanto a la súplica G) del libelo de demanda referente al pago de indemnización por "retención indebida" de los salarios y que el recurrente pide incluír dentro de la liquidación a fin de acrecer el monto de la cuantía, se hace necesario destacar, como ya lo hizo el Tribunal, que dicha indemnización está comprendida dentro de lo que la jurisprudencia ha denominado "indemnización por mora" cuyo objeto no es otro que reprimir todo acto de retención por parte del patrono de las prestaciones y salarios debidos al trabajador, en los casos en que dicha retención no ha sido autorizada por la ley, vale decir, siempre que lo que se adeude al trabajador en virtud del contrato de trabajo le sea retenido en forma indebida; por esta razón tal petición debe considerarse incluída en la de salarios caídos.

Aplicando las anteriores nociones al caso sublite, se colige que para la valoración de la cuantía en este negocio deben tenerse en cuenta los siguientes elementos de juicio:

a)— Por cesantía correspondiente al tiempo trabajado un año con 29 días..	$ 162.50
b)—Por primas de servicio en el mismo tiempo	$ 150.00
c)—Por salarios caídos comprendidos entre la fecha del despido y la de presentación de la demanda	65.00
d)—Indemnización por plazo presuntivo	755.00
e)—Por dominicales y días festivos trabajados —remuneración sencilla por hallarse comprendidos estos días en los salarios insolutos—	375.00
f)—Por salarios insolutos, calculados sobre la base de una remuneración mensual de $ 150.00 de los cuales $ 20.00 le fueron entregados cada mes como remuneración en especie	1.690.00

g)Por vacaciones decretadas extra-petita por el a-quo 75.00

Valor total de las prestaciones e indemnizaciones pedidas en la demanda $ 3.272.50

Realizada la anterior liquidación, se concluye que la cuantía de la acción no alcanza la exigida por el artículo 9º del D. L. 1.762 de 1956 para que sea viable el recurso extraordinario, ni aún agregándole el valor de la condena extra-petita sobre vacaciones decretadas por el fallador de primera instancia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Laboral— declara BIEN DENEGADO EL RECURSO DE CASACION, interpuesto por el apoderado de "CALZADO PROGRESS" contra la sentencia de fecha 22 de mayo de 1958, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala Laboral—, en el juicio seguido por PABLO ENRIQUE MESA contra la Empresa recurrente.

Comuníquese lo resuelto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que conste en autos.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Luis Alberto Bravo—Roberto De Zubiría C.—Luis Fernando Paredes A.—Jorge Vélez García—Vicente Mejía Osorio, Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE LOS JUICIOS DE INDEMNIZACION POR OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBICOS. — ES OBLIGACION DEL ACTOR COMPROBAR LOS ELEMENTOS DE LA ACCION

Los juicios de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos de que conocía la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, por virtud del fallo de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de junio de 1955, que declaró inexequibles, en cuanto tratan de la competencia, las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, pasaron a ser del conocimiento de la justicia ordinaria mediante el ordenamiento legislativo contenido en el Decreto número 293 de 1956 (febrero 13).

El derecho al ejercicio de la acción indemnizatoria de que se trata, está consagrado en los artículos 263 y 264 de la Ley 167 de 1941, para el propietario del inmueble que ha sido ocupado definitivamente, en todo o en parte, con motivo de trabajos públicos. Por consiguiente, para que la acción prospere, el demandante ha de acreditar su calidad de dueño del inmueble materia de la ocupación, exhibiendo el título de adquisición debidamente registrado, probando además la suficiencia de él por medio del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de que trata el artículo 635 del Código Judicial. También debe probar: el acto administrativo por el cual la entidad de derecho público ordenó la ejecución de la obra; la cumplida realización de ésta por la propia entidad por delegación, y el hecho mismo que causa la indemnización que se reclama, o sea la efectiva ocupación de la propiedad con motivo del trabajo público. Además debe acreditar el perjuicio y su cuantía, que generalmente se traduce en el valor del terreno ocupado y el lucro cesante si lo hubiere.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre tres de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

Los señores Manuel de Hoyos y Alberto Mejía J., por medio de apoderado demandan a la Nación, para que previos los trámites establecidos en el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"1)—Que se condene al Estado colombiano, a pagar a mis poderdantes o a quien represente sus derechos, dentro del término que señale la sentencia, el valor de los perjuicios sufridos en la propiedad que adelante se determina, con motivo de la construcción de la obra pública nacional llamada "Ampliación del Paseo de los Libertadores", o "Autopista del Norte". Estos perjuicios comprenden el valor del lote de terreno ocupado dentro de la propiedad para la mencionada obra pública, el lucro cesante, y los demás perjuicios que resulten demostrados en autos.

"2)—Que del monto de la indemnización no se deduzca suma alguna por concepto de valorización, pues ésta fue ya liquidada, y ha venido pagándose por los propietarios con sujeción estricta a las normas que regulan la materia".

Funda el actor su demanda en los siguientes hechos:

"a)—Mis poderdantes son dueños, proindiviso, de un lote de terreno denominado "Argel", situado en el municipio de Usaquén, distinguido con el número uno (1) en el plano de 'Granjas de la Hacienda de Contador Occidental', levantado por el ingeniero Alberto Arango Tavera, plano que se protocolizó con la escritura número ochocientos cuarenta y cuatro (844) de cinco (5) de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) de la Notaría Quinta de Bogotá. Este inmueble tiene una cabida superficiaria aproximada de tres fanegadas y media. Los linderos de la propiedad

están determinados en las escrituras números dos mil ochenta y siete (2.087) y dos mil ochocientos siete (2.807), otorgadas ante el Notario Quinto de esta ciudad, el veintiocho (28) de mayo de mil novecientos cuarenta y seis (1946) y el trece (13) de julio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), respectivamente. Acompaño estas escrituras en copias auténticas y expresamente manifiesto que doy por reproducidos los párrafos de estos instrumentos, relativos a los linderos de la finca, párrafos que se encuentran en el punto "Primero" de las escrituras mencionadas.

"b)—Los actores adquirieron en común y proindiviso el inmueble referido, según consta en las escrituras citadas en el hecho anterior, y en la actualidad son sus únicos propietarios.

"c)—Por Decreto Ejecutivo número 1.959 (abril 14), dictado por el doctor Jorge Leyva, entonces Ministro de Obras Públicas, se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para construír y ampliar la vía que une a la ciudad de Bogotá con el Puente del Común.

"d)—El Ministro de Obras Públicas ordenó los trabajos de construcción de la 'Avenida de los Libertadores' (Autopista del Norte) y la Plaza para el Monumento a los Héroes; en virtud de estos trabajos se ocupó una zona de terreno de propiedad de los demandantes, con una cabida aproximada, de cuatro mil trescientos setenta y nueve metros cuadrados (4.379 m2). Además, se causaron otros perjuicios de diverso orden, que se acreditarán en el juicio; de la misma manera, en él se establecerá la cabida exacta de la zona ocupada con el trabajo público.

"e)—No obstante los esfuerzos de los propietarios, no se ha obtenido que la Nación reconozca y pague el precio justo que tiene la zona ocupada, ni los demás perjuicios causados en la propiedad, y hasta el presente, éstos no han recibido suma alguna por la zona de terreno que salió de su patrimonio para incorporarse al patrimonio público, en virtud de una ocupación de hecho realizada por el Estado sin consentimiento de los afectados, y sin previa expropiación. Tampoco han podido los demandantes explotar normalmente su propiedad, por lo cual deben ser indemnizados también, con el pago del lucro cesante correspondiente.

"f) — El terreno restante de mis poderdantes, resultó afectado con la valorización respectiva, por virtud del trabajo público ejecutado. Esta exacción fue debidamente liquidada; la Nación exigió su pago inmediato, y los demandantes han venido cancelando las cuotas respectivas, dentro de los plazos y en las condiciones legales.

"g)—Con un criterio absolutamente injustificado y abiertamente injurídico, el Ministerio de Obras Públicas les paga a algunos propietarios de las zonas ocupadas con la Autopista del Norte el justo precio de los terrenos, según dictámenes y estudios periciales; y a otros, como es el caso de mis representados, no les ofreçe pagar sino el precio del avalúo catastral de la propiedad en el año de 1951. Si se vendiera por este valor, el contrato quedaría viciado por lesión enorme, debido a que el precio de Catastro no llega ni en mucho a la mitad del valor comercial".

Se apoya la demanda transcrita en lo dispuesto en el Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, y en los artículos 30 y concordantes de la Constitución Nacional.

* * *

El Consejo de Estado, a quien correspondió el conocimiento del asunto, admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella al señor Fiscal de la Corporación, el cual se opuso a las declaraciones pedidas y negó el derecho y la causa o razón de la demanda, y en cuanto a los hechos manifestó atenerse a lo que resulte probado en el juicio.

Abierta la causa a prueba, el actor pidió:

1º. Que se librara despacho al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, a fin de que se certificara sobre la propiedad y libertad de la finca materia del juicio en un lapso de treinta años.

2º. Que se libraran despachos al Ministerio de Obras Públicas a efecto de obtener los siguientes documentos: a) Copia del Decreto Ejecutivo número 1.659 de 1951 (agosto 14), por el cual se declararon de utilidad pública las zonas necesarias para la construcción y ampliación del Paseo de los Libertadores; b) Certificación de tal Ministerio acerca de que ordenó y ejecutó los trabajos públicos para la construcción del Paseo de los Libertadores o Autopista del Norte, y de modo particular en el predio del demandante, determinando el área de la zona ocupada que se tuvo en cuenta para la liquidación del impuesto de valorización; sobre que los demandantes no recibieron suma alguna como compensación o precio del terreno ocupado; que el precio que se tuvo en cuenta para adelantar un presunto arreglo directo fue el del avalúo catastral de la propiedad; sobre que el impuesto de valorización fue liquidado y fijado el monto asignado a los demandantes, y por último, sobre que el contrato de promesa de venta entre los demandantes y la nación no se cumplió.

3º. Que se practicara una inspección ocular, en asocio de peritos, para identificar el globo de terreno de propiedad de los demandantes y determinar la zona ocupada para los trabajos públicos de la autopista, avaluándola, y justipreciando el valor del lucro cesante.

Por auto de fecha 15 de octubre de 1954 se decretaron todas las pruebas solicitadas. En el curso del mismo mes se señaló día y hora para la diligencia de inspección ocular y se libraron todos los despachos necesarios. Sin embargo, ni estos despachos han sido devueltos a los autos con el diligenciamiento correspondiente, ni la inspección se llevó a cabo, no obstante las diversas oportunidades en que hubo de señalarse nuevas fechas para ello por petición del actor.

En providenia de 28 de julio del presente año de 1958 se dispuso dar traslado del negocio a las partes para alegar de conclusión, y solamente el señor Procurador Delegado en lo Civil presentó su alegato escrito dentro del respectivo término.

Las partes fueron citadas para sentencia en auto que se halla ejecutoriado, y como no se encuentra causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a fallar.

* * *

La competencia.

Los juicios de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos de que conocía la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, por virtud del fallo de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de junio de 1955, que declaró inexequibles, en cuanto tratan de la competencia, las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, pasaron a ser del conocimiento de la justicia ordinaria mediante el ordenamiento legislativo contenido en el Decreto número 293 de 1956 (febrero 13). Esta la razón para que habiendo iniciado el Consejo de Estado este juicio y llevado por él hasta el período probatorio, haya continuado luégo su trámite la Sala de Negocios Generales de la Corte, y deba ésta fallarlo.

La acción.

El derecho al ejercicio de la acción indemnizatoria de que se trata, está consagrado en los artículos 263 y 264 de la Ley 167 de 1941, para el propietario del inmueble que ha sido ocupado definitivamente, en todo o en parte, con motivo de trabajos públicos. Por consiguiente, para que la acción prospere, el demandante ha de acreditar su calidad de dueño del inmueble materia de la ocupación, exhibiendo el título de adquisición debidamente registrado, probando además la suficiencia de él por medio del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de que trata el artículo 635 del Código Judicial. También debe probar: el acto administrativo por el cual la entidad de derecho público ordenó la ejecución de la obra; la cumplida realización de ésta por la propia entidad o por delegación, y el hecho mismo que causa la indemnización que se reclama, o sea la efectiva ocupación de la propiedad con motivo del trabajo público. Además debe acreditar el perjuicio y su cuantía, que generalmente se traduce en el valor del terreno ocupado y el lucro cesante si lo hubiere.

* * *

El señor apoderado de los demandantes, para probar el derecho de éstos a la indemnización, es decir, para cumplir el presupuesto fundamental de la legitimación en causa, acompañó a su demanda las escrituras públicas números 2.807 y 2.087, otorgadas en la Notaría Quinta de Bogotá, el 13 de julio de 1945 y el 28 de mayo de 1946, respectivamente, títulos que posteriormente se remitieron junto con el Despacho dirigido al señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Bogotá, para que éste les reprodujera las correspondientes notas de registro (véase punto V. del auto que decretó las pruebas —folio 11 vuelto— y copia del aludido Despacho —folio 16—), pero ni las mencionadas escrituras ni el Despacho para el Registrador han vuelto a los autos. Tampoco fueron devueltos al expediente los despachos que se libraron al Ministerio de Obras Públicas con el propósito de allegar las pruebas referentes a la orden oficial de construcción de la avenida o autopista del Norte y su ejecución, etc. La inspección ocular tampoco fue llevada a cabo ni se produjo el dictamen pericial consiguiente.

En todo esto se observa el poco o ningún interés de la parte demandante para instar en el juicio. Al rededor de cuatro años permaneció el negocio inactivo por parte del actor, quien dejó transcurrir las diversas etapas del proceso sin ejecutar acto alguno de postulación y sin preocuparse por el diligenciamiento de las pruebas decretadas, con el resultado que ahora se contempla, y que obliga a la Sala a fallar en forma adversa a las pretensiones de la demanda. Así lo pide el Ministerio Público en su vista de fondo, al expresar, que examinado el negocio se observa que ninguno

de los presupuestos de la acción ha quedado establecido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

No se hacen las declaraciones y condenas pedidas en la demanda.

Absuélvese a la Nación de los cargos formulados.

Cópiese, publíquese, notifíquese y cúmplase.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria— Jorge García Merlano, Secretario.

ES PROCEDENTE Y JURIDICA LA ACUMULACION DE ACCIONES QUE TIENEN POR ORIGEN UNA MISMA CAUSA O TITULO Y, POR CONSIGUIENTE, NO SON OPUESTAS NI CONTRADICTORIAS Y SE VENTILAN POR EL MISMO PROCEDIMIENTO, AUNQUE SE EJERCITEN POR VARIAS PERSONAS. — LA INEPTITUD SUSTANTIVA DE LA DEMANDA NO ES UNA EXCEPCION.—RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO POR HECHOS DE SUS AGENTES QUE CAUSAN DAÑOS A TERCEROS. — NINGUN AGENTE DEL ORDEN PUBLICO NECESITA ESPERAR ORDENES DE SUS SUPERIORES PARA EVITAR QUE SE COMETA UN DELITO O IMPEDIR QUE SE CONTINUE CONSUMANDO. — LA DIVISION ENTRE ACTOS DE IMPERIO Y ACTOS DE GESTION PARA ESTABLECER LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL ESTADO, ES DOCTRINA YA REVALUADA POR LOS EXPOSITORES Y NUESTRA JURISPRUDENCIA. — LA CORTE HA ESTIMADO QUE LA SOLIDARIDAD QUE CONSAGRA EL ARTICULO 2344 DEL C. C., PROCEDE TAMBIEN CUANDO LA RESPONSABILIDAD ES INDIRECTA

1—El Fiscal representante de la Nación al alegar de bien probado, manifestó que proponía la excepción perentoria consistente en la indebida acumulación de acciones, porque el apoderado de los actores en su propio nombre y en el de muchas personas, había demandado a la Nación y al Departamento en una misma demanda, debiendo haberlo hecho mediante tantas cuantos son sus poderdantes, y pedido después la acumulación de los juicios, para no contrariar el artículo 209 del Código Judicial, excepción que el excepcionante no denominó por su nombre y que desde tiempo inmemorial fue bautizada con el de excepción de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido. En apoyo de su tesis cita una jurisprudencia de la Sala contenida en la sentencia de 4 de octubre de 1932, publicada en el tomo 41, página 124, que dice: "Aun cuando el artículo 209 del Código Judicial no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en él prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y RESPECTO DE OTRAS OTROS, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del código abolido, que corresponde al 209 del actual".

En sentencia de 19 de agosto de 1954, de la Sala de Casación Civil, páginas 345 a 353 de la G. J., número 2.145, dijo, entre otras cosas, la Corte:

"5.—DEMANDA EN FORMA.—La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 217, 222, y 737 del Código Judicial.—El Juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada puede proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda (Código Judicial, artículos 333 y 738). Pero si el Juez no ha ejercido aquel poder, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal. Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el

de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente. La jurisprudencia nacional en casos como éstos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma). Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo".

De acuerdo con la doctrina anterior, la excepción referente a una indebida acumulación de acciones en una misma demanda, es en realidad como todo defecto atañedero a la parte formal de tales escritos, una excepción de inepta demanda que, en caso de operar, equivale a señalar la falta de un presupuesto procesal que por mucho tiempo fue bautizado por los cultores del derecho con el nombre de ineptitud sustantiva de la demandada o petición de modo indebido. Mas ya sea que se la considere como excepción perentoria o como falta de demanda en forma, si ella prospera inhibe para fallar en el fondo las acciones que motivan la litis, la Sala tiene el deber de analizar si hay fundamento para afirmar que se ha omitido el presupuesto procesal aludido.

En reiteradas ocasiones ha sostenido la Corte y, especialmente, en el fallo de esta Sala de 2 de junio de 1938, publicado en la GACETA JUDICIAL, número 1.942, páginas 361 a 365, que el artículo 209 del Código Judicial autoriza para que por medio de una sola demanda puedan diversas personas demandar a otra u otras, cuando las acciones incoadas son semejantes por tener una misma causa, y, por consiguiente, no son opuestas ni contradictorias y se ventilan por el mismo procedimiento, pues si el artículo 397 ibídem permite en esos casos acumular los juicios similares que se presenten por separado, para evitar que se divida la continencia de la causa, no hay razón ninguna para que no pueda efectuarse de antemano la acumulación objetiva aludida, pues ella entraña una economía procesal en que están interesados los litigantes y el órgano de la justicia.

Esta doctrina, posterior a la aducida por el excepcionante para sustentar lo que él estimó una excepción de fondo, como fácilmente se advierte, no está en contradicción con la anterior porque cuando ella habla de parte demandante o demandada, al tenor del artículo 202 del Código Judicial, hay que entender el grupo de personas o litigantes que sostienen las mismas pretensiones, y porque al significar que es inadmisible la acumulación de que se trata cuando "respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros", lo que quiere decir es que la acumulación es inaceptable cuando el conjunto de demandantes hacen peticiones disímiles, o sea instauran acciones diferentes que no tienen la misma causa. Empero, admitiendo en gracia de discusión, que no se compaginan las jurisprudencias mencionadas, la Sala insiste en acoger la posterior y, por tanto, concluye que no ha lugar la falta del presupuesto procesal que el representante de la Nación adujo como excepción perentoria.

2.—Como es sabido, la responsabilidad civil extracontractual de las entidades de derecho público por hechos de sus agentes que causan daños a terceros, es cosa que hoy no se discute, ya se la fundamente en las normas generales de la ley civil atinentes a la "culpa in eligendo" o a la "culpa in vigilando", ya en la tesis del Derecho Administrativo llamada "Falta de servicio" o deficiencia de los servicios públicos. Nuestra jurisprudencia ha dado hasta ahora preferencia a la primera de estas concepciones sin menospreciar la segunda, posiblemente porque aquella doctrina ha sido suficiente para resolver los casos planteados ante nuestros Tribunales. En confirmación de lo anterior puede verse la sentencia de esta Sala de fecha 30 de junio de 1941, que corre publicada a páginas 101 a 122 de la G. J., número 1.977.

3.—Ningún agente del orden público necesita esperar órdenes de sus superiores para evitar que se cometa un delito o impedir que se continúe consumando. Pensar de otra manera es despojar el servicio de policía de su primordial función: prevenir la violación de la ley penal y los atentados contra el orden público.

4.— La división entre actos de imperio y actos de gestión para establecer la responsabilidad indirecta del Estado, es doctrina ya revaluada por los expositores y nuestra jurisprudencia. (Al respecto, véase la sentencia de 2 de marzo de 1948, G. J., número 2.057, página 940).

5.—La Corte ha estimado que la solidaridad que consagra el artículo 2.344 del Código Civil, procede también cuando la responsabilidad es indirecta, tesis en que la Sala insiste, pues el artículo aludido es una norma general para todos los casos de responsabilidad por delitos o culpas que no establece distinciones entre la directa o indirecta. (Sentencia de 20 de abril de 1944 de la Sala de Casación Civil, G. J. números 2.006 a 2.009, página 151).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veinte de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel De Sola R.).

El doctor Adán Betancur Gallego, mayor de edad y vecino de Ríonegro (A.), actuando como apoderado de las personas que menciona en la parte petitoria de la demanda que después se transcribe parcialmente, y en su carácter de cesionario de una cuota de los derechos litigiosos de sus poderdantes, solicitó ante el Tribunal Superior del Distrito de Medellín que, previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y teniendo por demandados a la Nación y al Departamento de Antioquia, se hicieran las declaraciones principales y subsidiarias que a continuación se copian:

"PRIMERA. — La Nación Colombiana es civilmente responsable de todos los perjuicios materiales, morales y de todo orden sufridos por los señores doctor Miguel Arbeláez Gómez, doctor Alberto Franco Muñoz, don Jairo Arbeláez Gómez, don Jorge Tobón Villamizar, don Arturo Tobón Calle, don Antonio Villegas R., don Alonso Naranjo C., don José Moreno E., doña Séfora López M., don Pedro Nolazco Zapata Jiménez, don Luis Calle, doña Susana Sánchez de C., don Obdulio Otálvaro, don Roberto Rendón, don Antonio María González, don Graciliano González, don Francisco Castrillón, don Jesús A. Castrillón, don Eduardo Echeverri E., y don Arturo Ortiz, mis poderdantes, con motivo de los sucesos criminosos ocurridos en la ciudad de Ríonegro (Antioquia) en la noche del 15 de noviembre de 1949, cuando fueron violentados los almacenes y demás establecimientos de comercio, luégo robados y finalmente incendiados los edificios habiéndose perdido por tales causas todo cuanto mis poderdantes tenían allí, y no sólo eso sino también los gabinetes profesionales de los señores doctor Franco Muñoz y don Graciliano González, y en su totalidad los edificios de mis poderdantes doctor Miguel Arbeláez Gómez y don Antonio María González, de los cuales, el primero perdió no solamente su edificio sino con él, su hogar con todos sus enseres, gabinete e instrumental médico, biblioteca, joyas, reliquias históricas y de familia, etc.

"SEGUNDA.— Como consecuencia de la anterior declaración, la Nación colombiana está obligada a pagar, y así se le condena, inmediatamente después de ejecutoriado el fallo definitivo, el valor total de tales perjuicios en las cantidades indicadas en el hecho 23º de esta demanda, y en el total, para todos mis poderdantes, de seiscientos noventa y ocho mil pesos moneda legal ($ 698.000.) o en la proporción y por el total que se establezca en el término probatorio de este juicio.

"Si llegare a resultar que no son procedentes las anteriores declaraciones, suplico al H. Tribunal que se digne hacer las siguientes subsidiarias principales:

"Primera: El Departamento de Antioquia es civilmente responsable de todos los perjuicios materiales, morales y de todo orden sufridos por las personas que indiqué al principio de esta demanda, en el hecho 23º y en la petición primera principal de la misma, mis poderdantes, con motivo de los hechos ocurridos en la ciudad de Ríonegro (Antioquia) en la noche del 15 de noviembre de 1949 cuando la ciudad sufrió un asalto de personas extrañas al municipio, oportunidad en la cual fueron violentados los almacenes y establecimientos comerciales de mis poderdantes, robados sus almacenes y luégo incendiados los edificios que fueron totalmente destruídos, edificios éstos de propiedad de mis poderdantes doctor Miguel Arbeláez Gómez y don Antonio María González, el primero de los cuales perdió, además, su hogar con todos sus enseres, su gabinete e instrumental médico, su biblioteca, sus joyas, reliquias históricas y de familia, etc. etc.

"Segunda. Como consecuencia de la declaración anterior, el Departamento de Antioquia está obligado a pagar, y así se le condena, inmediatamen-

te después de ejecutoriado el fallo definitivo en este juicio, el valor total de esos perjuicios en las cantidades indicadas en el hecho 23º de esta demanda, y en el total de seiscientos noventa y ocho mil pesos moneda legal ($ 698.000.00), para todos mis poderdantes, o en la proporción y por el total que se establezca en el término probatorio de este juicio.

"Si llegare a establecerse que tampoco son procedentes las declaraciones subsidiarias principales que solicito contra el Departamento de Antioquia, pido al H. Tribunal que se digne hacer las siguientes segundas subsidiarias:

"A) Que la Nación colombiana y el Departamento de Antioquia son solidariamente responsables de todos los perjuicios materiales, morales y de todo orden sufridos por mis poderdantes ya citados en la petición principal primera, al principio de esta demanda y en el hecho 23º de la misma, en la noche del 15 de noviembre de 1949, en la ciudad de Rionegro (Antioquia), cuando fueron violentados sus almacenes y establecimientos comerciales, robados e incendiados luégo los edificios de mis poderdantes doctor Miguel Arbeláez Gómez y don Antonio María González, por haber sucedido todo eso mediante el concurso o cooperación necesaria de las autoridades acantonadas en la ciudad.

"B) Como consecuencia de la declaración anterior, la Nación colombiana y el Departamento de Antioquia están obligados solidariamente, y así se les condena, a pagar a mis poderdantes el valor total de tales perjuicios en las cantidades indicadas en el hecho 23º de esta demanda, y en el valor total, para todos mis poderdantes, de seiscientos noventa y ocho mil pesos ($ 698.000.00) moneda legal o en la proporción y por el valor total que se establezca en el término probatorio de este juicio, pago éste que deben hacer inmediatamente quede ejecutoriada la sentencia definitiva en que así se ordene".

Manifestó igualmente el doctor Betancur Gallego en representación de los señores Luis Alfonso Valencia y Carmen y Tulia López L., antes de que su demanda fuera admitida por el Tribunal, que como sus poderdantes últimamente nombrados habían sufrido perjuicios de quince mil pesos ($ 15.000.00) y cuatro mil pesos ($ 4.000), respectivamente, por las mismas causas que los otros, debía tenerse aquélla por corregida en el sentido de incluírlos en la misma y, por consiguiente, en sus hechos y peticiones.

Como fundamentos de su demanda, el doctor Betancur Gallego expresó los hechos y conceptos siguientes:

"1º) Las entidades de derecho público están instituídas para prestar a todos los asociados servicios que sólo ellas pueden prestar, y esto de una manera eficaz, imparcial y oportuna. Si tales servicios no se prestan, o se prestan mal, y si por omisión de ellos se causan perjuicios a los particulares o a otras personas jurídicas, las entidades de derecho público se hacen responsables, directa o indirectamente, y en consecuencia, deben pagar los perjuicios ocasionados a terceros con sus actos o con los actos de sus funcionarios que sean sus órganos de manifestación y de acción.

"2º) La responsabilidad que he indicado en el hecho que precede está consagrada en el artículo 20 de la Constitución Nacional como una consecuencia de los deberes generales que la misma Carta impone a las autoridades de la República en el artículo 16. Pero además de ello, esa responsabilidad emana de las disposiciones del Código Civil sobre la materia, y de la reiterada aplicación de esas disposiciones hecha por la jurisprudencia colombiana contra las entidades de derecho público, todo lo cual pone de manifiesto que la teoría de la impecabilidad del estado ha dejado de existir para dar campo libre y definitivo a la teoría de la responsabilidad que se acomoda, de modo más jurídico y humano, al concepto de la justicia social;

"3º) Uno de los servicios primordiales que la Nación está obligada a prestar de modo eficaz y oportuno es el servicio de policía. Teniendo en cuenta esta obligación, así es de suponerse, fue por lo que el Gobierno Nacional dictó los Decretos 1.439 y 2.136 de 18 de mayo y 18 de julio de 1949 por medio de los cuales se nacionalizó la Policía y se reglamentó su funcionamiento en el territorio de la República. Desde la vigencia de tales decretos el Gobierno Nacional asumió el control absoluto de la Policía acentuándose, de esta manera, la responsabilidad de la Nación ya que del Ejecutivo depende, desde entonces, la elección y remoción de los Agentes, su destino, sueldo, etc. etc.

"4º) En consecuencia de lo dicho en el hecho que precede, al Gobierno Nacional correspondía y corresponde hoy poner en la elección y vigilancia de los hombres que han de prestar su concurso en la Policía, todo el cuidado necesario y la mayor prudencia a fin de garantizar a los asociados los derechos a que éstos tienen acceso natural como la vida, honra y bienes. El servicio de Policía, uno de los que están en más permanente

función, no podía ni puede ni podrá prestarse eficazmente con el sólo hecho de investir a un ciudadano cuyos antecedentes se desconocen, o lo que es peor, se conocen malos, de autoridad y de darle armas con las que, en veces, más que hacer respetar serena y prudentemente esa autoridad de que está investido y cumplir cabalmente sus funciones, las emplea para satisfacer rencores personales o políticos y sembrar la intranquilidad en el ambiente donde actúa;

"5º) Pero no es sólo con respecto a la Policía con quien el Ejecutivo está y estaba obligado a ser diligente en la elección y sobre todo en la vigilancia. También lo está y estaba con respecto a los demás funcionarios que dependen de él directamente como son los Gobernadores, y dentro de la jerarquía administrativa, los Alcaldes municipales. Sin embargo, como se verá más adelante, el Ejecutivo Nacional no cumplió sus deberes de selección en los nombramientos, o abandonó los de vigilancia de sus empleados, o de los funcionarios públicos que escogió para realizar la administración pública confiada a él;

"6º) Fue así como el Ejecutivo colocó en la Gobernación de Antioquia, como su Agente inmediato, al doctor Eduardo Berrío González, persona ésta cuya conducta no me incumbe calificar considerándola como funcionario, pero que en todo caso dejó en Ríonegro, durante su administración, una tremenda huella de ruinas y de escombros. A su vez, este funcionario colocó en Ríonegro, como Alcalde municipal al señor Arturo Fernández Gómez a quien nombró por Decreto número 611 de 20 de octubre de 1949, Alcalde éste que tomó posesión del empleo el 22 de los mismos mes y año;

"7º) La primer medida tomada por el nuevo Alcalde Fernández Gómez en la ciudad de Ríonegro fue la destitución del Secretario de la Alcaldía, persona ésta honorable, competente y vinculada a la ciudad, para reemplazarlo por el señor Luis Enrique Sánchez Londoño según Decreto número 15 de 29 de octubre. A este nombramiento, en sí, no le cabe reparo alguno, y tanto el Gobernador como el Alcalde obraron dentro de sus atribuciones legales en los referidos nombramientos. Sin embargo, los hechos que siguieron indican, si no un propósito desafiante o de infundada retaliación, si una desgraciada coincidencia que facilitó los hechos delictuosos ocurridos algunos días después.

"8º) Otra de las medidas sospechosas tomadas por el nuevo Alcalde Fernández Gómez, poco después de su posesión, fue la solicitud hecha a la Gobernación para que le reemplazara algunos de los Agentes de Policía que se hallaban en esta ciudad, y para que le aumentara el número de Agentes a su disposición. Ante la cultura tradicional de Ríonegro y ante su inveterado respeto por las autoridades y las leyes, ese aumento de Policía en esa ciudad resultaba inoficioso y amenazante, máxime si se tiene en cuenta que el citado Alcalde fue recibido por la ciudadanía con el respeto y consideración a que tenía derecho por su investidura oficial;

9º) Complaciendo los deseos del nuevo Alcalde, que no las necesidades de orden público en Ríonegro, la Gobernación de Antioquia puso en esta ciudad, —Ríonegro—, un pelotón de veinticinco (25) unidades de la Policía Nacional a las órdenes del Sargento Martín Buitrago Mojica, también empleado nacional;

10º) Para fines de octubre de 1949 empezó a acentuarse en la ciudad de Ríonegro el rumor de que algunos individuos de los municipios de Bello e Itagüí vendrían en altas horas de la noche a atacarla por ser una ciudad de mayoría liberal. Al mismo tiempo, la Policía acantonada allí empezó a infundir sospechas por sus ademanes, por sus procederes, por sus corrillos en la plaza pública y en los cafés;

"11). Repetidamente se informó al Alcalde y a la Policía, por las personas más serias de la ciudad, sobre la posibilidad de un ataque a Ríonegro por algunos vecinos de Bello e Itagüí, de los fundamentos de los rumores en cuestión y de otros indicios que revelaban como inminente esa posibilidad, pero el Alcalde, haciendo alarde de lealtad para con la ciudad prometió siempre que de ocurrir tal ataque él sería el primero en afrontar la defensa, y para convencer de sus palabras hizo suprimir las patrullas voluntarias de vigilancia nocturna que se habían establecido por el Alcalde anterior, las cuales estaban integradas por dos o tres ciudadanos que tenían la misión de vigilar las entradas de la ciudad para dar aviso oportuno a las autoridades en caso de presentarse el peligro que se temía;

"12º) A pesar de lo anterior, el proceder del Alcalde y de la Policía acantonada en Ríonegro daba por sí mismo la impresión de una amenaza pública y era fundado motivo de recelo social. Ese recelo se acentuó definitivamente en la tarde del 12 de noviembre de 1949 cuando la Policía, armada con fusil, desfiló, en paso de marcha, por las calles más centrales de la ciudad. Este desfile era inexplicable desde todo punto de vista ya que no se había presentado desorden alguno ni se

presentía en lo más mínimo perturbación de orden público por parte de los ciudadanos de Ríonegro;

"13º) El domingo, 13 de noviembre, a eso de las diez y media de la noche y después de un día de inquietud para el pueblo, éste fue sorprendido por las descargas de pistola y de revólver que contra él hicieron el Alcalde, el Sargento de la Policía y tres o cuatro unidades de este cuerpo en el momento en que las gentes salían de los cines que se dieron en el teatro de la ciudad y en la Normal de Señoritas, patrocinado este cine por el Reverendo Padre Jairo Mejía, coadjutor de la Parroquia, con fines misionales. Del abaleo en referencia resultarón cuatro personas lesionadas, entre ellas una dama, y la estatua del General José María Córdoba con una perforación de proyectil de pistola en la espalda;

"14º) Ante esta inesperada agresión de las autoridades el pueblo se refugió en sus hogares rápidamente sin formular reclamo alguno y sin intentar la legítima defensa;

"15º) Al día siguiente, lunes 14 de noviembre, se organizó en Ríonegro una comisión integrada por el Reverndo Padre Jairo Mejía, por el distinguido patricio conservador doctor Miguel Arbeláez Gómez, y por las señoritas doña Pepa Tobón Arbeláez y doña Blanca Aristizábal, comisión que se trasladó inmediatamente a la Gobernación para informar a las altas autoridades departamentales sobre el proceder del señor Alcalde y de la Policía de Ríonegro y pedirle, en consecuencia, inmediata protección para los ciudadanos y para sus bienes;

"16º) Una vez en Medellín la referida comisión y con el fin de lograr pronta y fácil audiencia del señor Gobernador, solicitó los buenos servicios del distiguido ciudadano conservador doctor Jaime Sanín Echeverri quien, por razones especiales, tenía fácil acceso a las altas autoridades de la Gobernación y gozaba de influencia ante ellas. Fue así como se consiguió la audiencia para las primeras horas de la tarde de ese mismo día;

"17º) Llegada la hora de la cita, la comisión concurrió a la ante-sala de la Gobernación, pero allí se le dejó esperando hasta las últimas horas de la tarde cuando se le avisó que el señor Gobernador no podía atenderla nada. Se entrevistó entonces con el señor Secretario de Gobierno y expuso a este alto funcionario el objeto de su presencia allí. Después de oír sin demasiada atención lo que la comisión quería informarle, el señor Secretario de Gobierno Departamental le afirmó que no tomaría medida contra las autoridades de Ríonegro hasta cuando se le comprobaran los cargos expuestos porque él no tenía "ninguna queja" de esas autoridades, y que por tanto la Gobernación tenía que respaldarlas;

"18º) En las horas de la noche de ese mismo día se supo en Ríonegro el resultado logrado por la la comisión en Medellín y se supo también que ya las autoridades de Ríonegro estaban enteradas de que la citada comisión había estado en la Gobernación informando sobre sus procederes. El resultado negativo del viaje de los emisarios a Medellín provocó en la ciudadanía la certeza del peligro y dio pretexto a las autoridades para desatar la venganza contra el pueblo y contra los integrantes de la comisión sin distinguir la calidad de las personas, su filiación política, sus antecedentes de honorabilidad, etc., ya que el ilustre patricio conservador, doctor Miguel Arbeláez Gómez, integrante de esa comisión y uno de los más preclaros hijos de Ríonegro, sufrió, pocas horas después de haber informado a la Gobernación, la pérdida total de su casa de habitación con todos sus muebles, enseres, cuadros, biblioteca, reliquias históricas y de familia, su gabinete médico y su instrumental de medicina;

"19º) El día 15 de noviembre de 1949 fue un día de terror y de expectativa para Ríonegro. Se ignoraba de dónde venía el peligro pero se tenía la seguridad de que éste era inminente y grave. Por tal razón las gentes optaron por no presentarse, en lo posible, en las calles y establecimientos públicos; por cerrar los almacenes y establecimientos públicos de comercio y por permanecer alejadas de todo contacto con las autoridades en quienes, de una manerá indefinible pero cierta se veía la amenaza;

"20º) En las primeras horas de la noche de ese mismo día los Agentes de Policía se dieron a la tarea de hacer retirar a sus hogares a todo ciudadano que por cualquier razón estuviese en la calle, y fue así como a las ocho de la noche la ciudad estaba enteramente en manos de las autoridades, y como si hubiese toque de queda se obligó a las gentes a retirarse a sus hogares;

"21º) A eso de las diez y media de la noche de ese mismo día, según se constató en la investigación penal, se presentaron en la ciudad de Ríonegro tres carros procedentes de Itagüí y Bello con un grupo aproximado de treinta individuos. Esos carros se estacionaron en la plaza pública, a pocos metros de la Alcaldía, y los hombres bajaron, hablaron con la Policía y se dieron luégo a la tarea de forzar las cerraduras de los almacenes con diversos instrumentos, los robaron y hecho esto regaron gasolina sobre algunos edificios, entre

éstos la casa del doctor Miguel Arbeláez y luégo arrojaron sobre ellos bombas incendiarias produciendo de esta manera la destrucción casi total del costado norte de la plaza pública de la ciudad de Ríonegro, en medio de vivas al partido conservador y de gritos desafiantes contra el pueblo;

"22º) Cuando la ciudadanía despertó con el estallido de las bombas, se lanzó a la calle estimulada por el mismo pavor y por los gritos del Reverendo Padre Jairo Mejía quien pedía agua para apagar los incendios al mismo tiempo que pedía a las autoridades protección para el pueblo; pero al salir las gentes se hallaron ante grupos de Agentes en las esquinas que disparaban sus armas contra los que concurrían, o al menos hacia ellos, haciendo de esta manera imposible la labor de contener el fuego y de defender la ciudad;

"23º) Como resultado de esos hechos, mis poderdantes fueron daminificados en la proporción que sigue: doctor Miguel Arbeláez Gómez, por el incendio y destrucción total de su casa de habitación con sus muebles, ropas, enseres, biblioteca, gabinete e instrumental médico, joyas y reliquias históricas, decorativas y de familia: doscientos cincuenta mil pesos ($ 250.000.00) incluyendo el lucro cesante que sufrió al ser destruídos también los locales de la planta baja de su casa y donde se hallaban instalados varios almacenes; doctor Alberto Franco Muñoz quien residía en el mismo sector afectado en casa del Asilo de Ancianos y donde tenía instalado, además, su gabinete de odontología, todo en la planta alta de dicha casa, perdió, según avalúo hecho durante la investigación criminal, y atendiendo sólo ese avalúo, la suma de doce mil pesos ($ 12.000.00) sin incluír el daño emergente y el lucro cesante que él aprecia en cinco mil pesos ($ 5.000.00), total: diez y siete mil pesos ($ 17.000.00); don Jairo Arbeláez, por robo de su almacén e incendio del mismo, perdió la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000) según el mismo avalúo, pues su almacén de telas era uno de los más surtidos y elegantes; don Jorge Tobón Villamizar, comerciante en telas, y quien tenía su almacén en los bajos de la casa del doctor Arbeláez perdió, según el mismo avalúo, por robo e incendio, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00'; don Arturo Tobón Calle perdió, por robo de su almacén de telas, según el mismo avalúo, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00); don Antonio Villegas R., comerciante en telas y quien tenía su almacén en los bajos de la casa de don Antonio María González perdió, por robo e incendio según el mismo avalúo, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda corriente; don Alonso Naranjo C., comerciante en telas y quien tenía su almacén en los bajos de la casa del mismo señor González perdió, según el mismo avalúo, la suma de cuarenta mil pesos ($ 40.000.00) por robo e incendio de su almacén; los señores José Moreno E. y doña Séfora López M., socios entre sí y quienes tenían su almacén de telas en el mismo sector atacado perdieron, por robo, según el mismo avalúo, la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00); don Pedro Nolazco Zapata quien tenía una prendería en los bajos de la casa del doctor Miguel Arbeláez perdió, por robo e incendio, según el mismo avalúo, la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00); don Luis Calle y doña Susana Sánchez perdieron, por robo, según el mismo avalúo, de su almacén de telas, la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00); don Obdulio Otálvaro quien tenía su almacén de telas en los bajos de la casa del doctor Miguel Arbeláez perdió, por robo e incendio y según el mismo avalúo, la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00); don Roberto Rendón, empresario de transportes perdió, por robo de elementos de repuesto para vehículos, la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00); don Antonio María González perdió, por destrucción total de su casa y de los locales de negocio que ésta tenía según el mismo avalúo, la suma de ciento noventa mil pesos ($ 190.000.00), incluyendo los perjuicios morales por tratarse de un edificio histórico puesto que fue la casa de los Córdobas, y el lucro cesante; don Graciliano González quien tenía su gabinete de dentista en los altos de la misma casa del señor González y quien perdió por incendio todo el instrumental, trabajos realizados o en realización, su libro de cuentas etc., perdió la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) según el mismo avalúo; don Francisco Castrillón, comerciante en telas y quien tenía su almacén en los bajos de la casa del mismo señor González perdió, por robo e incendio y según el mismo avalúo, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000.00); don Jesús A. Castrillón quien tenía un establecimiento de cantina en los bajos de la misma casa perdió, por incendio y total destrucción y según el mismo avalúo, la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00); don Eduardo Echeverri E., quien tenía una tienda de abarrotes y víveres en el mismo sector atacado perdió, por robo, según el mismo avalúo, la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.), y don Arturo Ortiz quien tenía su establecimiento de sastrería en los bajos de la casa del señor González perdió, por robo e incendio según el mismo avalúo, la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00). Por tanto, mis poderdantes perdieron en total, la

suma de seiscientos noventa y ocho mil pesos ($698.000.00) moneda legal teniendo sólo en cuenta el avalúo que se realizó durante la investigación penal y sin tener consideración al daño emergente y al lucro cesante en muchos casos;

"24º) En la realización del ataque a Ríonegro en la noche del citado 15 de noviembre de 1949, durante el cual se produjeron los daños y perjuicios que he indicado, las autoridades de la ciudad coadyuvaron eficazmente ya por acción o ya por omisión porque evidentemente esas autoridades pudieron evitar, por sí solas, pero además con el concurso del Resguardo de Rentas y del propio pueblo, si lo hubiesen demandado, que esos hechos criminosos se realizasen. Es evidente que veintisiete hombres honorables, revestidos de autoridad, con armas adecuadas y con el respaldo del pueblo, y aún sin éste, estaban capacitados para impedir a tiempo esa agresión a la ciudad, o, al menos esto, para capturar a uno siquiera de los asaltantes, para inmovilizar los vehículos en que llegaron, para obstruír o impedir la fuga de esos individuos, para anotar la procedencia de esos carros y el número de sus placas. Pero no resultó ni uno capturado, ni uno conocido y ni siquiera un lesionado entre los asaltantes o entre la Policía a pesar de los muchos disparos que en aquella noche hizo la Policía e hicieron los asaltantes, lo que indica claramente que para las autoridades acantonadas en Ríonegro en aquella noche no hubo, ni remotamente, un caso de fuerza mayor;

"25º) Iniciada la investigación criminal sobre los hechos que relaté bajo el numeral 21º) de esta demanda, la justicia penal militar halló responsabilidad en el Alcalde que actuaba en Ríonegro, en su Secretario, en el Sargento de la Policía Nacional Martín Buitrago Mojica y en otros empleados públicos como "cooperadores" y "partícipes necesarios" en los hechos delictuosos que motivaron la investigación penal; y en consecuencia les impuso la correspondiente sanción, como se ve en la sentencia que en copia acompaño; (Subrayé).

"26º) Otros de los Agentes de la Policía acantonada en Ríonegro fueron absueltos por la Justicia Penal Militar porque aunque "todas las pruebas testimoniales coinciden en afirmar que la Policía no hizo todo lo que estaba a su alcance para impedir los desmanes de Ríonegro...." si no lo hizo "fue porque no se le ordenó". Este razonamiento no exime, ni podrá eximir de responsabilidad a la Entidad a cuyo servicio estaban tales Agentes de Policía ya que la Policía tiene sus deberes señalados de antemano en la ley y en el Código que rige la Institución, uno de los cuales deberes "es proteger la vida, honra y bienes de los asociados" y conservar el orden público. La Policía no tiene por qué esperar en cada caso orden superior para proceder en el cumplimiento de su deber. Desde el momento en que toma posesión del empleo, el Policía sabe y debe saber cuál es el fin de su misión y sabe y debe saber que está obligado a cumplirla en todo momento y en todas partes sin necesidad de mandato superior. Si algunos de esos Agentes de Policía acantonados en Ríonegro no fueron hallados culpables como "partícipes o cooperadores necesarios" en los hechos delictuosos investigados, todos ellos sí aparecen como negligentes, y pecaron por omisión dañina en el lleno de sus deberes en la noche del 15 de noviembre de 1949;

"27º) La responsabilidad civil de la Nación se deduce igualmente de la actuación negligente del Gobernador de Antioquia y de su Secretario de Gobierno porque a estos funcionarios se les informó oportunamente, por personas de toda credibilidad, sobre el proceder arbitrario y negligente de las autoridades radicadas en la ciudad de Ríonegro, y se negaron a tomar las medidas necesarias y que estaban a su alcance para impedir los desmanes y los delitos ocurridos, y los consiguientes perjuicios a la ciudad en general, y a mis poderdantes en particular. Dentro de la organización administrativa de Colombia no hay solución de continuidad en las jerarquías aunque la haya en el nombramiento de los empleados de esa Administración. Es por ello por lo que las Gobernaciones y los Alcaldes del país son creaciones legales, y los funcionarios que desempeñan tales puestos son los representantes directos del Ejecutivo en sus respectivas esferas de acción. En consecuencia, la Nación es responsable del proceder de los Gobernadores y de los Alcaldes. Pero en el caso de Ríonegro, como ya se dijo, no solamente el proceder del Gobernador de Antioquia, culposo por negligencia, y del Alcalde de Ríonegro, culpable por "cooperación necesaria" atraen la responsabilidad de la Nación, sino también la circunstancia de que toda la Policía acantonada allí era nacional: eran todos estos empleados funcionarios de la Nación, por lo anotado;

"28º) Dentro de las características de los servicios públicos, uno de los cuales es el servicio de la Policía, ocupan preeminencia la igualdad y la obligatoriedad de esos servicios. En consecuencia, la Nación tenía el deber de prestar a Ríonegro ese servicio no solamente igual al que se prestó en otros lugares donde nada ocurrió sino que estaba

obligada a prestarlo así, esto es, con eficacia y oportunidad. Como la Nación no prestó el servicio de Policía en esas circunstancias y debido a ello ocurrieron los hechos que he expuesto, y los perjuicios de mis poderdantes, la Nación debe indemnizar esos perjuicios adecuadamente.

"29º) Pero si llegare a concluírse que como el Alcalde es de elección departamental o del Gobernador, y que la Policía está a órdenes del Alcalde en cada municipio; y si llegare hasta decirse que la misma Policía que actuó en Ríonegro, aunque era nacional o nacionalizada, todo este personal era dependiente directamente de la Gobernación de Antioquia, en tal contingencia, el Departamento de Antioquia sería el responsable de los perjuicios civiles y estaría obligado a satisfacerlos adecuadamente. Pero no podrá llegarse a tales conclusiones en virtud de lo dispuesto en los artículos 3, 123 y 183 del Código de Régimen Político y Municipal ya que, de acuerdo con tales disposiciones tanto el Gobernador como el Alcalde, además de representar al Ejecutivo, son "Jefes de la Administración Pública" y tienen deberes impuestos por las leyes.

"30º) La unidad nacional de la Administración Pública, su identidad, su permanencia en función de servicio y los fines a que está destinada son factores que atraen hacia la Nación, en primer término, la responsabilidad civil que motiva esta demanda, y de consiguiente la obligación de indemnizar los perjuicios ocasionados por la mala administración en el caso concreto de Ríonegro. Pero esta consideración y estas circunstancias no colocan al Departamento de Antioquia libre de toda responsabilidad en caso de llegar a estimarse por la justicia ordinaria que, por razón de dependencia directa de los funcionarios públicos que actuaron en Ríonegro o por otra circunstancia, la Nación no es la obligada a responder sino el Departamento de Antioquia. En tal ocurrencia, sobre el Departamento debe recaer la consiguiente condena por los perjuicios civiles que se deben a mis poderdantes". ....

"En derecho halla su fundamento esta demanda en los siguientes artículos del Código Civil: 1.494, 1.527, 1.568, 1.604, 3º), 1.634, 1.649, 2.341, 2.342, 2.344, 2.347, 2.352, 2.356 y demás pertinentes y concordantes de la misma obra.

"Constitución Nacional: Artículos 16, 17, 20, 21 y 30, 120 y 181.

"Ley 4ª de 1943: Artículo 3, 6, 5, 40, 57, 65, 66, 68-2º, 123, 127 (1º, 2ª, 3ª. 14, 15, 20 y 30), 183, 184 (8ª) y demás pertinentes.

"Código de O. Judicial y Judicial: Artículos 76, 77, 176 (3ª), 205, 209, 734 y 737.

"Doctrinas: Entre infinidad que ha sentado la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre el mismo asunto y que dan fundamento de derecho a mi demanda me permito citar las que siguen: G. J., números 1.971 y 1.972, página 424, sentencia de 23 de abril de 1941; G. J., Tomo LIV bis, página 377, sentencia de 28 de octubre de 1942; G. J. números 2.025, 2.026 y 2.027, página 819, sentencia de 4 de diciembre de 1945; G. J., números 2.050 y 2.051, páginas 852 y 865, sentencias de 20 y 29 de agosto de 1947; G. J., números 2.055 y 2.056, página 486, sentencia de 9 de octubre de 1947, y página 471 de la misma GACETA; sentencia de 2 de octubre del mismo año; G. J., número 1.983, sentencia de 25 de febrero de 1942; G. J. números 2.001 y 2.005, sentencia de 25 de noviembre de 1943".

Como el demandante acompañó a su libelo, entre otras pruebas, los respectivos poderes y documentos contentivos de la cesión de derechos litigiosos antes aludida, se admitió aquél y se ordenó su traslado, durante el cual los representantes de la Nación y del Departamento de Antioquia propusieron la excepción de ilegitimidad de la personería del demandante con respecto a sus poderdantes señoritas Tulia y Carmen López L., la que el Tribunal declaró no probada por auto de 15 de junio de 1951, que la Corte confirmó en providencia de 29 de febrero de 1952.

Llegado el momento de contestar la demanda, los demandados coincidieron en manifestar que negaban sus fundamentos jurídicos y la casi totalidad de sus hechos, diciendo de los otros que los ignoraban y debían probarse y admitiendo de ellos solamente, en fin de fines, que por la época en que acontecieron los sucesos narrados por el demandante, era Gobernador del Departamento de Antioquia el señor doctor Eduardo Berrío González.

Abierto el juicio a prueba, se produjeron las solicitudes por las partes que se determinarán cuando llegue la hora de analizarlas; y vencido el término probatorio, se alegó de conclusión, oportunidad la que el representante de la Nación propuso la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido como se decía antes, basándose en que el demandante, interpretando erróneamente el artículo 209 del Código Judicial, había acumulado de manera indebida en su demanda, diversas acciones que debieron proponerse separadamente. Después se citó para sentencia y luego el Tribunal desató la instancia en fallo de veintisiete de

agosto de mil novecientos cincuenta y seis, cuya parte resolutiva dice:

"Primero.—Se declara no probada la excepción propuesta.

"Segundo.—Se declara que la Nación Colombiana y el Departameno de Antioquia son civilmente responsables de los perjuicios morales y materiales que recibieron las siguientes personas: Doctor Miguel Arbeláez Gómez, doctor Alberto Franco Muñoz, don Jairo Arbeláez, don Jorge Tobón Villamizar, don Arturo Tobón Calle, don Antonio Villegas R., don Alonso Naranjo C., don José Moreno E., doña Séfora López M., don Pedro Nolasco Zapata, don Luis Calle, doña Susana Sánchez, don Obdulio Otálvaro, don Roberto Rendón, don Antonio María González, don Graciliano González, don Francisco Castrillón, don Jesús A. Castrillón, don Eduardo Echeverri E., don Arturo Ortiz, don Luis Alfonso Valencia, doña Carmen y doña Tulia López Lozano, con motivo de los sucesos de incendio y robo ocurridos en Ríonegro (Antioquia), en la noche del quince (15) de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, cuando dicha ciudad sufrió el asalto o ataque de personas provenientes de los Municipios de Itagüí, Bello y Envigado.

"Tercero.—Condénase a la Nación Colombiana y al Departamento de Antioquia a pagar, en la proporción de un cincuenta por ciento (50%) cada una, a las personas ya mencionadas, en el numeral anterior, las siguientes cantidades, a título de indemnización moral: para los señores Miguel Arbeláez Gómez y Antonio María González, dos mil pesos ($ 2.000.00) a cada uno; a los señores Alberto Franco Muñoz, Jairo Arbeláez Gómez, Jorge Tobón Villamizar, Arturo Tobón Calle, Antonio Villegas R., Alonso Naranjo C., Pedro Nolasco Zapata Jiménez, Obdulio Otálvaro, Francisco Castrillón y Luis A. Valencia, mil pesos ($ 1.000.00) a cada uno; para José Moreno E., Séfora López M., Luis Calle, Susana Sánchez de C., Carmen López L., Tulia López L., la cantidad de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00) para cada uno; para los señores Roberto Rendón, Graciliano González, Jesús A. Castrillón, Eduardo Echeverri, Arturo Ortiz, quinientos pesos ($ 500.) para cada uno.

"Cuarto.—Condénase a la Nación Colombiana y al Departamento de Antioquia a pagar, en la proporción de un cincuenta por ciento (50%) cada una, a las personas indicadas en el numeral segundo de esta parte resolutiva, el valor de los perjuicios materiales sufridos por ellas con ocasión del incendio y robo de sus propiedades en Ríonegro, los cuales se liquidarán por el procedimiento que indica el artículo 553 del Código Judicial sobre las bases señaladas en la parte motiva.

"Quinto. — Téngase al doctor Adán Betancur Gallego como subrogatario de los derechos que le fueron cedidos en este juicio, por los demandantes doctor Miguel Arbeláez G., cinco por ciento (5%) Alonso Naranjo, Luis Calle, José Moreno E., Arturo Tobón C., Eduardo Echeverri, Séfora López, Jesús A. Castrillón, Alberto Franco, Obdulio Otálvaro, Graciliano González, Francisco Castrillón, Pedro Nolasco Zapata, Arturo Ortiz, Antonio Villegas y Jorge Tobón, quince por ciento (15%) cada uno, y Jairo Arbeláez, cinco por ciento (5%).

"Si este fallo no fuere apelado consúltese...."

Inconformes las partes con la sentencia aludida, interpusieron ambas recursos de apelación: El actor Betancur para que se igualaran hasta el máximo los perjuicios morales que ordenó pagar el fallo a cada uno de los demandantes y se declarara la responsabilidad solidaria de los demandados; éstos para que se la revocara en su totalidad.

Concendido el recurso, los autos recibieron en la Corte la tramitación de rigor, agotada la cual y, como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a desatar el litigio comenzando por el estudio de la excepción propuesta.

Excepción de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido.

Como se dijo anteriormente, el Fiscal representante de la Nación al alegar de bien probado, manifestó que proponía la excepción perentoria consistente en la indebida acumulación de acciones porque el doctor Betancur Gallego en su propio nombre y en el de muchas personas, había demandado a la Nación y al Departamento en una misma demanda, debiendo haberlo hecho mediante tantas cuantos son sus poderdantes, y pedido después la acumulación de los juicios, para no contrariar el artículo 209 del Código Judicial, excepción que el excepcionante no denominó por su nombre y que desde tiempo inmemorial fue bautizada con el que sirve de título a éste capítulo del fallo. En apoyo de su tesis el demandado cita, aunque con algunos errores de transcripción, una jurisprudencia de la Sala contenida en la sentencia de 4 de octubre de 1932, publicada en el tomo 41, página 124, que dice: "Aun cuando el artículo 209 del Código Judicial no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones

en él prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y RESPECTO DE OTRAS OTROS, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del código abolido, que corresponde al 209 del actual".

Se considera:

En sentencia de 19 de agosto de 1954, de la Sala de Casación Civil, páginas 345 a 353 de la G. J., número 2.145, dijo, entre otras cosas, la Corte:

"5—DEMANDA EN FORMA.—La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 217, 222 y 737 del Código Judicial. El Juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada puede proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda (Código Judicial, artículos 333, 738). Pero si el Juez no ha ejercido aquel poder, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal. Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente. La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma). Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tánta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo".

De acuerdo con la doctrina copiada, la excepción que se estudia referente a una indebida acumulación de acciones en una misma demanda que, en sentir del demandant,e contraría lo estatuído por el artículo 209 del Código Judicial, es en realidad como todo defecto atañedero a la parte formal de tales escritos, una excepción de inepta demanda que como no se interpuso en tiempo, se propone después como perentoria sin denominarla, y si como aquella opera, equivale a señalar la falta de un presupuesto procesal que por mucho tiempo fue bautizado por los cultores del derecho con el nombre de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido. Mas ya sea que se la considere como exeepción perentoria o como falta de demanda en forma, si ella prospera inhibe para fallar en el fondo las acciones que motivan la litis, la Sala tiene el deber de analizar si hay fundamento para afirmar que se ha omitido el presupuesto procesal aludido.

En reiteradas ocasiones ha sostenido la Corte y, especialmente, en el fallo de esta Sala de dos de junio de mil novecientos treinta y ocho, publicado en la GACETA JUDICIAL número 1.942, páginas 361 a 365, sentencia que se transcribe en parte en la que se revisa, lo que ahora no se hace para no prolongar ésta demasiado, que el artículo 209 del Código Judicial autoriza para que por medio de una sola demanda puedan diversas personas demandar a otra u otras, cuando las acciones incoadas son semejantes por tener una misma causa, y, por consiguiente, no son opuestas ni contradictorias y se ventilan por el mismo procedimiento, pues si el artículo 397 ibídem permite en esos casos acumular los juicios similares que se presenten por separado, para evitar que se divida la continencia de la causa, no hay razón ninguna para que no pueda efectuarse de antemano la acumulación objetiva aludida, pues ella entraña una economía procesal en que están interesados los litigantes y el órgano de la justicia.

Esta doctrina, posterior a la aducida por el excepcionante para sustentar lo que él estimó una excepción de fondo, como fácilmente se advierte, no está en contradicción con la anterior porque cuando ella habla de parte demandante o demandada, al tenor del artículo 202 del Código Judicial, hay que entender el grupo de personas o litigantes que sostienen las mismas pretensiones, y porque al significar que es inadmisible la acumulación de que se trata cuando "respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros", lo que quiere decir es que la acumulación es inaceptable cuando el conjunto de

demandantes hacen peticiones disímiles, o sea instauran acciones diferentes que no tienen la misma causa. Empero, admitiendo en gracia de discusión, que no se compaginan las jurisprudencias mencionadas, la Sala insiste en acoger la posterior y, por tanto, concluye que no ha lugar la falta del presupuesto procesal que el representante de la Nación adujo como excepción perentoria, por lo que confirmará en esa parte el fallo recurrido.

Estudiado lo atinente a la excepción propuesta, entra ahora la Sala a la cuestión de fondo. Para ello empieza por examinar qué hechos de los afirmados por el apoderado de los actores aparecen probados en los autos, para examinar después si de ellos se deduce responsabilidad civil contra los demandados.

LOS HECHOS DEMOSTRADOS

Consta en el proceso:

a) Que con anterioridad a la fecha en que el señor Arturo Fernández Gómez fuera nombrado alcalde de Ríonegro (Antioquia) es decir en las dos primeras décadas del mes de octubre de 1949, en la población corría el rumor de que iba a ser asaltada por gentes extrañas a la localidad, de filiación política distinta a la de la mayoría de sus habitantes, rumor que dio lugar a que el alcalde anterior al señor Fernández Gómez, con la colaboración de algunos civiles ajenos al servicio público, organizara patrullas de vigilancia que por las noches montaban guardia en las entradas de la ciudad para estar atentos a su defensa por si acaso aquellos decires trataban de convertirse en realidad;

b) Que por Decreto número 611 de 20 de octubre de 1949, el señor doctor Eduardo Berrío González, por entonces Gobernador de Antioquia, designó alcalde de Ríonegro (Antioquia), al señor Arturo Fernández Gómez, quien tomó posesión de su cargo el 22 de los mismos mes y año, y designó secretario de la Alcaldía, por Decreto número 15 de 29 de octubre del año en cita, al señor Luis Enrique Sánchez, quien se posesionó en la misma fecha de su nombramiento, naturales de Yarumal y Envigado, respectivamente, población esta última en la que el señor Fernández Gómez había desempeñado, con inmediata anterioridad al cargo que tenía en Ríonegro, el de secretario de la Alcaldía, funcionarios ambos de diversa filiación política a la de la gran mayoría de aquella ciudad;

c) Que los rumores que corrían en Ríonegro referentes a una amenaza de asalto por personas de municipios vecinos, persistieron al encargarse de la administración municipal el señor Arturo Fernández, hasta el extremo de que éste, desde los balcones del ayuntamiento, ofreció un día a la población salir a su defensa en el momento necesario; pero, a pesar de ello, no volvieron a aparecer las patrullas civiles de vigilancia de que se habló en otro lugar;

d) Que durante los pocos días que el señor Arturo Fernández Gómez estuvo al frente de la alcaldía de Ríonegro (Antioquia), se embriagó en varias ocasiones y en unión de la Policía que tenía a su servicio integrada por veintidós Agentes, en horas de la noche hacía disparos al aire en las calles, proferían frases provocadoras e insultos contra la ciudadanía, daban vivas al partido contrario al de la mayoría de los rionegrenses y vejaban a los pacíficos transeúntes con tratamientos de palabra y de obra reñidos con la cultura, serenidad y mesura a que están obligadas las autoridades por su rango y fines, llegando inclusive a racionar la venta de la única bomba de gasolina que había en el lugar, sin que hubiera causa justificativa para ello, posiblemente para favorecer a sus parciales y mortificar a los que no estimaba sus adictos;

e) Que para dar la sensación de fuerza en una población que hasta esos momentos no había dado muestras del menor desacato a las autoridades ni de desórdenes de ninguna clase que atentaran contra la paz pública, el señor Alcalde Fernández Gómez organizó con la Policía a su servicio, desfiles militares que recorrieron las calles de Ríonegro y que por no ser de usanza en la población, y dado el comportamiento de la Policía a que se ha hecho referencia, alarmaron aún más a la aterrada vecindad que desde las primeras horas de la noche se encerraba en sus casas empavorecida, aunque no había toque de queda;

f) Que en desarrollo del régimen de terror que el alcalde Fernández Gómez ensayaba en Ríonegro, a las once de la noche del domingo 13 de noviembre de 1949, en los momentos en que gentes pacíficas de la ciudad salían del teatro y de una función de cine que el párroco de la villa padre Jairo Mejía, había organizado a beneficio de las misiones. sin que mediara provocación ni ataque por parte de los concurrentes a los espectáculos mencionados, el susodicho alcalde y algunos Agentes de Policía a sus órdenes, lanzando vivas a un partido político, dispararon sus armas contra los transeúntes, tiroteo del que resultaron heridos el señor Jesús María Arbeláez Franco, su señora do-

ña María López de Arbeláez y otro, y profanada la estatua del General José María Córdoba;

g) Que al día siguiente de los hechos ocurridos de que trata el aparte anterior, inició espontáneamente la ciudadanía, a manera de protesta contra el desafuero de las autoridades, un cierre o paro de los establecimientos comerciales de la localidad, es decir, una especie de huelga de brazos caídos que incluyó la denegatoria a la Policía de los alimentos cuotidianos, razón por la cual tuvieron que traerlos de la vecina población de Marinilla, y el Alcalde, como represalia, selló algunos comercios inclusive tiendas de víveres que después ordenó abrir para que no se dañaran los comestibles;

h) Que no conforme la ciudadanía de Ríonegro con la actitud de protesta pasiva a que se acaba de hacer referencia, ni con la permanencia ociosa de parte de ella en sus domicilios, organizó una comisión integrada por el párroco doctor Jairo Mejía, el respetable caballero conservador doctor Miguel Arbeláez Gómez, y las distinguidas señoritas Pepa Tobón Arbeláez y Blanca Aristizábal, para que se trasladara ese mismo día, 14 de noviembre de 1949, a la ciudad de Medellín y se entrevistara con el señor Gobernador del Departamento para informarle acerca del comportamiento de las autoridades de Ríonegro, y la zozobra y aflicción de sus habitantes y para que demandara remedios para aquel angustioso estado de cosas, comisión que, aunque se valió de influyente intermediario, no logró ser recibida por el Jefe de la Administración Seccional, sino por el Secretario de Gobierno señor doctor Carlos Mario Londoño, después de horas de espera, a quien el señor Gobernador° delegó para el efecto;

i) Que informado el Secretario de Gobierno de todo lo que se dijo anteriormente y demandados los remedios adecuados, como el envío de Ejército, dijo que mientras no oyera a las autoridades de Ríonegro, con las que prometió comunicarse esa misma noche telefónicamente, nada podría resolver, a pesar de que los comisionados le pusieron de presente la premura del caso, y de lo respetable de la fuente de información;

j) Que como a las once de la noche del quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, estando casi desiertas las calles de la ciudad de Ríonegro, por el paro de que antes se habló, la zozobra que existía entre sus habitantes, y porque las autoridades en una u otra forma lograron que los pocos transeúntes que circularon se retiraran a sus casas, se presentaron a la plaza principal dos buses (en Antioquia llaman camiones a los buses), procedentes de Bello e Itagüí, y un poco más tarde otro procedente de Envigado, con gentes de esos municipios que haciendo disparos y dando vivas a uno de nuestros partidos políticos y profiriendo frases descompuestas contra los afiliados al otro, procedieron a incendiar con bombas y otros medios adecuados, algunos almacenes, oficinas y residencias situados en uno de los costados de dicha plaza, previo robo de los mismos, actividades éstas últimas en las que no intervinieron los expedicionarios de Envigado por haber llegado cuando la conflagración había tomado cuerpo;

k) Que a consecuencia de los robos e incendios aludidos quedaron reducidos a escombros y cenizas la casa del "Asilo de Ancianos" de la localidad y los edificios de propiedad del doctor Miguel Arbeláez y de don Antonio M. González, todos de dos plantas, y el segundo y tercero con valor histórico, inclusive, como quiera que fueron habitados por el sabio Caldas y por el General José María Córdoba, así como también incendiados y desvalijados almacenes, oficinas, muebles y enseres de las personas que en ellos tenían sus comercios y viviendas, señores Miguel Arbeláez, Pedro Nolasco Zapata, Alfonso Valencia, Antonio Duque, Arturo Ortiz, Jorge Tobón Villamizar, Obdulio Otálvaro, Arnoldo Giraldo, Antonio Villegas, Jairo Arbeláez, Nacional de Chocolates, Alonso Naranjo, Francisco Castrillón, Eduardo Echeverri, Alberto Franco M. y Graciliano González, y solamente saqueados los establecimientos que quedaban en las propiedades de los señores Elejandes y doctor Uribe Echeverri pertenecientes a los señores Susana Sánchez, Arturo Tobón, Tulia López, Séfora López y Jose Moreno, Directorio Liberal Municipal, Roberto Rendón y Ricardo Restrepo C.;

l) Que en la noche del 15 de noviembre de 1949, prestaban servicio de Policía en la ciudad de Ríonegro los Agentes Martín Buitrago Mojica, Francisco A. Alzate, Marcelino Barón, Moisés Carvajal Gallego, Alfonso Correa C., Enrique Cuadros Ortiz, José Henao, Jesús María Gil Arias, Ramón Herrera Londoño, Francisco Jaramillo Zuleta, Alejandro López Zuca, Benigno Otálvaro, Antonio José Osorio, José A. Rincón Flórez, Santiago Rodríguez S., Francisco Salamanca, Libardo Tobón Giraldo, Jesús Antonio Zuluaga, Arnoldo Eugenio Díaz y León G. Valbuena, pertenecientes a la Policía Nacional, División Antioquia, de los cuales dos, Henao y Rodríguez estaban apostados como guardas en el balcón de la Alcaldía que da a la plaza de los acontecimientos, dos patrullaban las calles

en compañía del Sargento Martín Buitrago M., dos habían ido a Marinilla y regresaron en los momentos de la conflagración, otro vigilaba la casa del señor Ismael Muñoz y el resto descansaba en el cuartel situado en la referida Alcaldía;

ll) Que ninguno de los expedicionarios asaltantes, a pesar de haberse concentrado en la plaza de Ríonegro, de haber formado grande algazara y disparado armas de fuego, del tiempo que tuvo que tomarles el desarrollo de sus actos criminosos y, por consiguiente, el que transcurrió entre su llegada y su retiro del teatro de sus fechorías, fue aprehendido ni repelido, ni siquiera molestado por la fuerza de Policía que patrullaba las calles o que desde los balcones de la Alcaldía dominaba dicha plaza, o que se encontraba acuartelada en ese mismo edificio situado frente al lugar de la tragedia.

m) Que practicada la investigación acerca de los hechos delictuosos puntualizados, el Consejo de Guerra Verbal respectivo, por sentencia de 7 de marzo de 1950, encontró responsables de los mismos, condenándolos a diversas penas, a los siguientes señores: a Arturo Fernández Gómez, Alcalde de Ríonegro la noche de autos, "por los delitos de robo e incendio, en su calidad de cooperador necesario"; a Luis Enrique Sánchez Londoño, secretario del Alcalde en la misma fecha, "por los delitos de robo e incendio, en su calidad de partícipe"; a Martín Buitrago Mojica, Sargento que comandaba la Policía de Ríonegro, "por los delitos de robo e incendio, en su calidad de partícipe necesario"; a Manuel Baena, Manuel Espinal, Miguel Velásquez, José Miguel Patiño Agudelo, Gerardo Acosta Díaz, Luis Enrique Arango Saldarriaga, Luis Alfonso Berrío López, Rafael Colorado Sánchez, José Joaquín Molina Estrada, Jesús María Zuluaga Arango, John Restrepo Gaviria, Jaime Baena Correa, Luis Felipe Calle Ríos, Fabio Escobar Velásquez, Carlos Enrique Gil Escobar, Rafael Luján Bolívar, Pedro Nel Mesa, Luis Osorio Ochoa, Antonio Soto Montoya, Bernardo Arango, Horacio Escobar y Tomás Alvarez, expedicionarios de Bello, Itagüí y Envigado, algunos empleados públicos, por los delitos de robo e incendio, en calidad de partícipes o cooperadores necesarios. Por la misma sentencia se absolvió a los Agentes de Policía que en la noche del 15 de noviembre de 1949 se encontraban en Ríonegro y que se mencionaron en otro lugar, por cuanto el Consejo de Guerra estimó que si no actuaron debidamente fue porque no recibieron órdenes de su superior jerárquico, sobre el cual debía recaer la responsabilidad, de conformidad con el artículo 2º del Código de Procedimiento Penal.

n) Que la sentencia mencionada anteriormente fue confirmada por la de 25 de agosto de 1950, proferida por el Estado Mayor de las Fuerzas Militares en lo que respecta a las responsabilidades y absoluciones dicho, pero con la introducción de algunas reformas relativas a la graduación de las penas.

Los hechos determinados en los apartes a) a n) se encuentran demostrados con las siguientes pruebas

Con los decretos y resoluciones de nombramiento del ex-Alcalde y ex-Secretario de la Alcaldía de Ríonegro, señores Arturo Fernández Gómez y Luis Enrique Sánchez Londoño, respectivamente, y de los Agentes de Policía mencionados en otro lugar, así como también con las actas de posesión de tales funcionarios, con el certificado expedido por el Comando de la Policía Nacional-División Antioquia, y con las copias auténticas de las sentencias de primera y segunda instancia proferidas por el Consejo de Guerra Verbal y el Estado Mayor de las Fuerzas Militares aludidas, documentos acompañados por el apoderado de los actores a la demanda y que obran de folios 20 a 95 del cuaderno principal;

Con las declaraciones de los señores Lázaro Echeverri y Alfonso López Lozano (folios 103 a 109 del cuaderno de pruebas número 3 de la parte demandante), por medio de las cuales esos señores se ratificaron en el concepto pericial rendido en las sumarias levantadas con motivo del Consejo de Guerra Verbal a que antes se aludió, las que si no prueban la cuantía de los perjuicios sufridos por los damnificados por los hechos ocurridos en Ríonegro la noche del 15 de noviembre de 1949, por lo que después se dirá, sí demuestran quiénes fueron los perjudicados por los acontecimientos por razón del incendio y de los robos que se perpetraron en aquella fecha;

Y con las declaraciones que se entrelazan y complementan entre sí, de los señores Padre Jairo Mejía, Gustavo Giraldo, Arturo Rendón, Luis Emilio Restrepo D., Horacio Mejía D., Pepa Tobón de Arbeláez, Blanca Aristizábal Tejada, Noemí Vallejo, María López de Arbeláez, Alejandro Ramírez, Julio A. Vallejo R., Fidel Atehortúa, Alberto Duque, Alberto Isaza Restrepo, Jesús María Arbeláez Franco (folios 40 a 101 del cuaderno número 3 citado antes), declaraciones que nos narran los acontecimientos de Ríonegro desde la época en que se iniciaron los rumores acerca del asalto a la ciudad, hasta que se consumó tal hecho, y que

no fueron contradichas ni por las indagatorias de los Agentes de Policía producidas durante el Consejo de Guerra Verbal que se trajeron a los autos en copias auténticas a manera de testimonios que no se ratificaron en el presente juicio, ni por la del ex-Alcalde Arturo Fernández Gómez que sí fue ratificada (véanse folios 28 a 65 del cuaderno número 4, pruebas de la Gobernación, y 19 a 26 vuelto del número 7, pruebas de la Nación) pues la última no los niega y, en cambio, los explica en forma acomodada al interés que tenía el deponente en no aparecer como un funcionario que actuaba de manera contraria a sus deberes; y las otras se limitan prácticamente a decir adonde se encontraban los indagados a la hora de la conflagración y qué hicieron después, observándose en ellas una marcada tendencia a ignorar los sucesos relacionados con la tragedia y sus antecedentes, por compañerismo de tropa y por la conciencia de haber sido protagonistas de los mismos por acción u omisión.

A manera de una muestra del contenido de las declaraciones que se ha dicho concurren a demostrar los hechos señalados anteriormente, declaraciones que, se repite, se complementan mutuamente y que en conjunto abarcan todo el panorama de la tragedia de Ríonegro, como quiera que unas se refieren a los antecedentes del incendio, otras a la conflagración misma, otras a sus consecuencias y otras a la totalidad de los sucesos, a continuación se transcriben las dos primeras citadas, que son del tenor siguiente:

"Declaración del Presbítero Jairo Mejía Gómez. El veintiuno de abril de mil novecientos cincuenta y dos compareció en su casa de habitación el Presbítero Jairo Mejía Gómez.....con el objeto de rendir la declaración que se le pide. El suscrito Magistrado le tomó el juramento legal.... y dijo: El catorce de noviembre de 1949 formé parte de la comisión que a nombre de Ríonegro fue a pedir a las autoridades departamentales la defensa de la ciudad amenazada de incendio. Se tenían rumores fundados de que la ciudad sería atacada. El señor Carlos Mario Londoño, Secretario Departamental en aquel entonces, recibió nuestra comisión, y un informe severo e imparcial y su respuesta no pasó de vanas promesas de que investigaría y que no fueron cumplidas pues en relación con la solicitud de Ejército que se le hizo, tampoco la aceptó. En la noche del 15 de noviembre del mismo año, a eso de las 11 de la noche, fuí testigo ocular de que una banda de asaltantes prendió fuego a la ciudad por el costado noroeste, en presencia de la Policía, la cual, declaro en honor de la verdad, permitió que los asaltantes incendiaran, saquearan y robaran a su antojo. Pregunté dirigiéndome hacia la Alcaldía, cuál era la autoridad competente en aquel momento y se me respondió "los conservadores". Declaro igualmente que la Policía no hizo uso de las armas sino cuando los asaltantes ya habían emigrado. Para los demás detalles de estos acontecimientos, me remito, a las extensas declaraciones que presté para los dos consejos verbales de guerra, añadiendo que haciendo uso de la máxima imparcialidad, considero que todos los acontecimientos de la noche del quince de noviembre pudieron ser evitados por las autoridades, las cuales oportunamente fueron avisadas, si ellas hubieran puesto los medios necesarios para evitarlos. Quiero agregar el siguiente antecedente: en la noche del domingo, 13 de noviembre de 1949, el Alcalde Municipal, amenazó con balas y ofendió con palabras, al mismo tiempo que desafió a los ciudadanos de Ríonegro. De este hecho también fuí testigo presencial. Que lo expuesto es la verdad...".

"Declaración del señor Gustavo Giraldo.—El día diez y nueve de febrero de mil novecientos cincuenta y dos.... presente en el Juzgado Civil del Circuito de Ríonegro (Antioquia) el señor Gustavo Giraldo, bajo la gravedad del juramento.... manifestó decir verdad. Interrogado..... expuso: "Conozco personalmente al doctor Adán Betancur Gallego sin generales de la ley. Es cierto que yo pude darme cuenta personalmente y por los rumores que oía, que esta ciudad de Ríonegro estaba amenaza la desde hacía días de que sería incendiada y destruída por asaltantes de otros municipios, por la época del año de mil novecientos cuarenta y nueve.... Es cierto que a esta amenaza se sumó el sobresalto, la inquietud y la zozobra que producían la actitud sospechosa y amenazante del Alcalde Arturo Fernández G. y de la Policía que se hallaban en la ciudad de Ríonegro en el mes de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve hasta la época del incendio ocurrido en la noche del quince del mismo mes y año..... Oí decir sin que me conste personalmente que en la época a que me he referido, sin que recuerde quién estaba de Alcalde, que con los choferes de la ciudad se habían organizado unas patrullas nocturnas para vigilar en los carros la ciudad durante la noche; a más de eso sé que grupos de gentes del pueblo se turnaban en la nohce con el fin de hacer esa vigilacia en espera del ataque de que se hablaba. Yo mismo personalmente por varias noches permanecí en la puerta de mi casa en expectativa.... No sé qué alcalde fue el que

suspendió las patrullas a que me he referido o no sé si esas patrullas fueron suspendidas. Recuerdo sí que uno de los Alcaldes de ese entonces sin que recuerde cuál, desde los balcones de la Alcaldía informó públicamente a la ciudadanía que no creyeran en los ataques de que se rumoraba y que él garantizaba que en caso de que esto ocurriera, sería el primero en salir a defender el pueblo... Personalmente no me consta que durante la administración de Fernández G. como Alcalde de Rionegro, tanto éste como la Policía a sus órdenes se mostraran agresivos contra la ciudadanía en general; pero éste era el decir de todos. Y digo que no me consta personalmente porque durante esa época yo me cuidaba de permanecer en mi casa de habitación para vigilar y cuidar de mi familia, aunque de mi casa sí llegué a oír disparos de arma de fuego y luégo se me informaba que habían sido el Alcalde y la Policía. Generalmente los hechos contra la ciudadanía que ocurrieron durante la administración de Fernández G. tuvieron su ocurrencia en el barrio de tolerancia según se me informaba, pero de ello personalmente nada me consta.... Me consta que un sábado, día de mercado en la población pude presenciar que la Policía al mando o a órdenes en ese entonces del Alcalde Fernández, desfiló por la plaza de esta ciudad armada de fusiles, formada. La corrección de la ciudadanía durante ese tiempo nada dejó qué desear y existía tranquilidad en la ciudad a excepción de la zozobra con ocasión de los esperados ataques a que me he referido..... No recuerdo propiamente la fecha en que tuvo lugar u ocurrencia el desfile de que he hecho mención, y sólo pude apreciarlo cuando salía de la Alcaldía en dirección a otro de los extremos de la plaza; ese desfile de fuerza, como es natural causó extrañeza en la ciudadanía ya que no había fundamento para un despliegue de fuerza de esa clase.... No me consta que en la noche del domingo trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, en las horas de la noche, la Policía y el Alcalde dispararan sus armas de fuego contra las gentes que salían de los cines que se dieron ese día en el teatro de la localidad y en la Normal de Señoritas; pero al día siguiente sí tuve conocimiento por los comentarios generales de que eso había sucedido y que muchas personas por temor a ser heridas o muertas, habían tenido que amanecer en el teatro.... No me consta que como resultado del abaleo de que hice referencia en la pregunta anterior resultaran varios heridos. No puedo decir tampoco en qué fecha se disparó contra la estatua del General José María Córdoba situada en la plaza de esta ciudad, pero ello efectivamente ocurrió sin que pueda decir quién o quiénes fueron los autores de ello; actualmente se puede apreciar el impacto de arma de fuego en el cuerpo de la estatua..... Durante el día quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve todo el comercio de la ciudad, especialmente el de la plaza, permaneció cerrado durante todo el día, sin que sepa por qué. La Policía entonces lo pude presenciar, estuvo patrullando las calles armada de fusiles en un vehículo oficial; ya en las horas de la noche en cada esquina de la plaza principal se estacionaron dos agentes de Policía armados de fusiles como vigilando el movimiento de la ciudadanía e interrogando a los choferes de los vehículos que entraban a la plaza, respecto del lugar a que se dirigían y a su procedencia, lo que me tocó presenciar. A mí personalmente ni se me exigió ni la Policía ni el señor Alcalde durante el transcurso de ese día que me retirara a mi casa de habitación, aunque sí oí decir que lo habían hecho con otras personas..... El martes quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve me acosté temprano como lo hizo la generalidad de los habitantes; a eso de las diez y media u once de la noche oí desde mi casa mucha bulla en la plaza y detonaciones de armas de fuego; no pude apreciar bien estampido de bombas, porque todo se confundía en un solo ruido. Inmediatamente me levanté y salí hasta la esquina donde está situada mi casa, a tres cuadras de la plaza principal, y desde allí pude apreciar el resplandor y las llamaradas que producían los incendios de las casas que fueron destruídas por el fuego esa noche en la plaza. Desde la esquina donde estaba ví que pasaba un camión con las luces apagadas con dirección a la plaza con un aviso que decía "Gerona Cisneros". Yo les grité "¿para dónde van, qué van a hacer?". Ellos contestaron "Viva el partido conservador; abajo liberales hijueputas" y principiaron a disparar sin que sepa en qué dirección. Al poco rato volvieron a subir, ya con dirección a Medellín, disparando sus armas de fuego.... No me consta que la Policía hubiera disparado sus fusiles contra las personas que salían a apagar el incendio, pero sí oí decirlo..... No me consta personalmente que la Policía y el Alcalde hubieran hecho algún esfuerzo por capturar a los asaltantes o por enfrentárseles, aunque sí puedo decir que éstos estuvieron en la plaza principal en donde está situada la Alcaldía, por lo que puedo decir que la Policía misma en lugar de oponerse a los asaltantes les

ayudaron en su labor.....". No me consta que la Policía hubiera impedido a varias personas la labor de rescate de mercancías y extinción del incendio, y ello porque esa noche yo no salí de mi casa a la plaza; pero luégo por los rumores que corrían pude enterarme de que efectivamente así había ocurrido... Oí decir aun cuando no me consta personalmente que los asaltantes a que he hecho referencia no sólo incendiaron sino que también sustrajeron mercancías y destruyeron parte de los almacenes de la ciudad.... En este estado... se presentó el señor Fiscal.... con el fin de repreguntar al testigo, lo que hizo en los siguientes términos: ¿Conoce usted a los señores doctor Miguel Arbeláez Gómez, Jorge Tobón Villamizar..... y tiene algún vínculo familiar con ellos? Contestó: Los conozco a todos sin vínculos familiares, excepto con el señor Alonso Naranjo quien está casado con una hermana de mi padre.... No me es posible precisar la fecha en que oí los rumores en cuestión; esos rumores provinieron de la generalidad del pueblo.... No conocí de trato al señor Arturo Fernández Gómez; lo conocí de vista. No recuerdo desde qué época, día o fecha fue alcalde. Su fisonomía: es un tipo bajito, delgado, trigueño, pelinegro, de bigote, muchacho de veintiocho a treinta años.... No recuerdo si esas patrullas se organizaron antes o después de las amonestaciones por parte del Alcalde en la forma a que me referí; en todo caso esas amonestaciones se hicieron un día domingo, a la salida de la misa mayor..... Yo no tengo antecedentes personales para deducir la actitud sospechosa y amenazante del Alcalde señor Fernández G., ni me consta nada personalmente de esa actitud; todo lo deduzco al respecto por los rumores callejeros..... No sé decir si era propiamente el Alcalde quien comandaba ese desfile, me refiero al Alcalde Fernández. Mientras yo los ví pasar los Agentes iban correctamente.... Digo que el desfile causó extrañeza a la ciudadanía porque ésta no estaba acostumbrada a verlos sino en los días de fiesta, en conmemoración a alguna fecha patria o religiosa. De las amonestaciones dije y repito que no recuerdo la fecha ni cuál era el Alcalde que las hizo.... Por la época no se podía decir si ese desfile era como una garantía para el pueblo o un modo de amedrentarlo.... Sí creo que era como protesta, (el cierre del comercio) y ello porque la ciudadanía no era de simpatía del señor Alcalde. Ignoro quién recomendaría esa medida.... Resido tres cuadras de la plaza, en la Calle Real o "Liborio Mejía"..... Primeramente aclaro que yo no bajé a la plaza; que sólo salí hasta la esquina de mi casa; que de allí vi las llamaradas y el resplandor que producía el incendio en la plaza. En cuanto al paso del camión hacia la plaza digo que fue después del incendio, es decir, después de iniciado éste ....Era pésima (la luz de la ciudad); en todo caso cuando el incendio estaba todo casi a oscuras..... Yo no los ví (los asaltantes); oí decir a la gente.... Yo oí a varias personas comentando que no las dejaban entrar la Policía a la plaza a ayudar a apagar el incendio o a curiosear o a ver qué había sucedido.... Por esto deduzco yo que la Policía ayudó a los asaltantes..... Mercancías no ví pero sí muebles y ellos los de la casa del doctor Alberto Franco.... Eran catorce o quince, más o menos (el número de Agentes de Policía).... Me levanté (en la fecha de los sucesos) más o menos a las once de la noche. Preguntado: El día quince de noviembre del año antes citado tuvo usted oportunidad de ver al señor Alcalde de la ciudad y a los Agentes de la Policía, después de que se presentaron los incendios y actos de asalto de que usted da cuenta en su declaración principal? No lo vi. Preguntado: ¿Puede usted indicar el nombre de algunas de las personas a quienes usted oyó decir que en la noche del quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve, la Policía de esta ciudad hubiese disparado sus fusiles contra las personas que se disponían a la labor de extinción de los incendios? Contestó: Recuerdo al señor Manuel José Aristizábal. Preguntado: ¿En esos días anteriores al quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y nueve tuvo usted conocimiento o supo de que a la Policía y al señor Alcalde Fernández le estaban negando alimentación en los establecimientos donde la solicitaban? Contestó: Sí creo que sucedió así pero en fecha anterior al incendio, pocos días antes..."

Determinados cuáles son los hechos que aparecen probados en los autos, entra ahora la Sala a estudiar si por ellos le cabe alguna responsabilidad a las entidades demandadas, como lo pretenden los demandantes.

LA RESPONSABILIDAD DE LA NACION Y DEL DEPARTAMENTO

Como es sabido, la responsabilidad civil extracontractual de las entidades de derecho público por hechos de sus agentes que causan daños a terceros, es cosa que hoy no se discute, ya se la fundamente en las normas generales de la ley civil atinentes a la "culpa in eligendo" o a la "culpa in vigilando", ya en la tesis del Derecho

Administrativo llamada "falta de servicio" o deficiencia de los servicios públicos. Nuestra jurisprudencia ha dado hasta ahora preferencia a la primera de estas concepciones sin menospreciar la segunda, posiblemente porque aquella doctrina ha sido suficiente para resolver los casos planteados ante nuestros tribunales. Para confirmar lo anterior se transcriben los siguientes apartes de la sentencia de esta Sala de 30 de junio de 1941, que corre publicada de folios 101 a 122 de la G. J., número 1.977:

"Responsabilidad del Estado. Sea ante las disposiciones del Código Civil que reglamentan la culpa aquiliana, y a cuya luz la jurisprudencia colombiana ha venido examinando y juzgando los actos culposos de los Agentes del Estado que en tal calidad infieren daño a terceros; o sea ante la teoría que el derecho administrativo suministra para establecer la responsabilidad del Estado ante el daño a terceros por los actos de sus agentes y llamada "de faltas del servicio"; con cualquiera de esos dos criterios que se emplee, aún el subjetivo del Código Civil, resulta gravemente comprometida la responsabilidad civil del Estado Colombiano, y por ende fundada la acción de reparación de daños que contra él ha dirigido la demandante, en su calidad de madre de Luis Alberto Martínez, una de las víctimas que perecieron en el accidente. En la jurisprudencia colombiana se ha aceptado la doctrina de que las entidades de derecho público, es decir la nación, los departamentos y los municipios, son civilmente responsables de los actos que ejecutan sus agentes autorizados en detrimento de los derechos civiles de terceros. A esta doctrina se le ha dado apoyo en los artículos 2.341 y 2.347 del Código Civil. .....El 2.347 establece el prinicpio de la responsabilidad por hechos ajenos, y entre los ejemplos que trae cabe perfectamente el caso de los funcionarios públicos, ya que la enumeración que allí se hace es meramente ilustrativa....

Sentado lo anterior, es decir, habiendo recordado que desde época inmemorial la Corte ha venido reiteradamente reconociendo la responsabilidad del Estado por las culpas de las personas vinculadas a su servicio, se pasa ahora a examinar el caso concreto que ocupa la atención de la Sala.

Como se vio en otro lugar, el Consejo de Guerra Verbal que se reunió para investigar y sancionar los delitos de robo e incendio perpetrados en Ríonegro el 15 de noviembre de 1949, condenó al alcalde de la ciudad y al Sargento que comandaba el destacamento de la Policía Nacional —División Antioquia— acantonado en aquélla la noche de autos, señores Arturo Fernández Gómez y Martín Buitrago Mojica, respectivamente, como "cooperador necesario" y "partícipe necesario", en su orden, de los reatos cometidos por los expedicionarios de Bello, Itagüí y Envigado mencionados antes, sentencia que confirmó el Estado Mayor de las Fuerzas Militares. Ello quiere decir que fue necesario el concurso de dichos funcionarios para que pudieran cometerse los vergonzosos delitos a que se ha hecho referencia, o sea, que actuaron en forma tal que con sus actos u omisiones facilitaron a los complotados asaltantes la consumación de sus planes, hecho que en este juicio civil no puede discutirse porque es la conclusión de un proceso penal que hay que tener como verdad inconcusa al tenor de lo que dispone el artículo 29 del C. de P. Penal.

Es igualmente cierto que los Agentes de la Policía Nacional —División Antioquia— que en número de importancia se encontraban en Ríonegro la noche de los criminosos acontecimientos, fueron absueltos de los delitos allí perpetrados porque, según reza la sentencia de primera instancia confirmada después, el "Código de Procedimiento Penal, el cual en su inciso segundo (artículo 2º) dispone que la RESPONSABILIDAD por los actos de personas pertenecientes a los cuerpos armados, en caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional, en detrimento de una persona, recae únicamente en el superior que da la orden". Pero no es menos verdadero que a continuación dice el mismo fallo: "Todas las pruebas testimoniales coinciden en afirmar que la Policía no hizo todo lo que estaba a su alcance para impedir los desmanes de Ríonegro, y entonces por razón de lógica hay que aceptar que no lo hizo porque no se lo ordenaron"; vale decir, que la Policía no actuó en forma alguna para impedir o detener el asalto, actitud negativa que si bien la libraba, en concepto del Consejo de Guerra, de responsabilidad penal, entraña una omisión de sus deberes policivos, porque ningún Agente del orden público necesita esperar órdenes de sus superiores para evitar que se cometa un delito o impedir que se continúe consumando. Pensar de otra manera es despojar el servicio de Policía de su primordial función: Prevenir la violación de la ley penal y los atentados contra el orden público.

Pero suponiendo que en esta sentencia pudiera discutirse la verdad de la cosa juzgada, las pruebas producidas en este juicio llevan a conclusiones semejantes a las del Consejo de Guerra. En efecto, si los expedicionarios de Bello, Envigado e

Itagüí hubieran estado seguros de que no contaban para sus fechorías con la actitud pasiva y complaciente de las autoridades de Ríonegro resentidas con las manifestaciones de protesta silenciosa que la población oponía a sus vejámenes y ataques, se habrían atrevido a consumar sus propósitos criminales, máxime sabiendo que detrás de esas autoridades estaban sus habitantes dispuestos a repeler la agresión? Era posible saquear e incendiar almacenes y edificios de una villa situados en la misma plaza en donde está ubicada la casa consistorial que tiene a la hora de los sucesos centinelas apostados que pueden ver todo lo que en ella ocurre y hace también las veces de cuartel de Policía que en esos instantes cuenta con un buen número de agentes disponibles para repeler un ataque que se ejecuta a pocos pasos, si no hubiera habido una imperdonable negligencia de los guardianes del orden público en el cumplimiento de sus deberes que no se sancionó penalmente por lo que expresaron los Jueces Militares? Cabe suponer que durante el tiempo que tuvo que transcurrir entre los actos de robo y consiguiente incendio de almacenes en la lictuosa noche de Ríonegro, una fuerza de Policía, como la acantonada allá, no pudo aprehender a ninguno de los delincuentes, ni repelerlo, ni seguirlos en su fuga, máxime considerando que no disimulaban su presencia, pues ejecutaban sus planes dando vivas a determinado partido político y profiriendo gritos y palabras soeces, si las autoridades de la población no hubieran incurrido en lamentable omisión de sus deberes? ¿No da mucho qué pensar que el asalto a Rionegro hubiera coincidido con la protesta muda de sus moradores expresada con el cierre de sus almacenes, permanencia en sus casas y negativa de vender alimentos al personal de la Policía, así como también que su alcalde hubiera sido hasta pocos días antes secretario de la alcaldía de Envigado, de donde partieron parte de los apocalípticos asaltantes? ¿Y que se hubiera perpetrado dicho asalto al día siguiente de haberse quejado ante la Gobernación de Antioquia una comisión de distinguidos vecinos de la conducta de sus autoridades? ¿Podían excusar su comportamiento negligente las autoridades de Ríonegro, alegando sorpresa y desprevención, siendo así que existía desde muchos días antes el rumor de que la ciudad sería atacada por gentes de municipios vecinos? Y la conducta del Alcalde y de la Policía a sus órdenes en los días anteriores a la tragedia, con respecto a aquella población de ideología política adversa a la de ellos, censurable, según lo expuesto, no da pié para pensar que, por lo menos, eran indiferentes a las desgracias de que fue víctima?

Los hechos anteriores, conjunto de vehementes indicios, permiten concluír que no anduvieron desacertados los Jueces Militares al considerar al ex-Alcalde de Ríonegro, a su secretario y al exjefe de Policía de la ciudad, como cooperadores o partícipes necesarios de los delitos allí cometidos, y a los Agentes de Policía acantonados en la plaza, como remisos o negligentes en el cumplimiento de sus deberes, culpa esta última que no estimaron un ilícito penal por lo que se dijo en otra parte.

Así las cosas, ¿cuál es la responsabilidad que le cabe a la Nación y al Departamento de Antioquia?

De conformidad con la jurisprudencia constante de la Corte a que se hizo alusión en otra de las páginas de este fallo, tanto la Nación como el Departamento al designar a los Agentes de Policía Nacional y al Alcalde de Ríonegro, respectivamente, incurrieron en culpas "in eligendo" e "in vigilando", porque no es posible admitir que al hacerse nombramientos de tal índole no se ponga el cuidado necesario, para entregar el orden público de una población, no sólo en manos de funcionarios negligentes e irresponsables de los cuales algunos resultaron, además, cómplices de los delincuentes que robaron e incendiaron dicha villa, sobre todo por aquellos días en que se había declarado el estado de sitio. Y porque habiendo tenido conocimiento oportuno los superiores del mal comportamiento de esas autoridades por boca de gentes respetables, como el padre Jairo Mejía y otras distinguidas personas de la localidad, la Gobernación de Antioquia y el Comando de la Policía Nacional, División Antioquia, no se apresuraron a remediar una situación propicia a lo que aconteció después, para corregir en esa forma sus equivocados nombramientos y su descuido en la vigilancia de la conducta de sus subalternos.

Por esas razones y con base en los artículos 2.341, 2.347 y 2.349 del Código Civil, o con fundamento en la tesis de derecho administrativo de la mala organización del servicio público de Policía, el Estado y el Departamento de Antioquia deberán responder, como después se declara, por los daños causados a los vecinos de Ríonegro la noche del 15 de noviembre de 1949.

Y no se diga, como lo manifiesta el señor Procurador, con fundamento en el fallo de la Sala de 16 de septiembre de 1933, G. J., número 1.895A

páginas 186 a 188, que como las entidades de derecho público no responden por las omisiones o negligencias relacionadas con sus actos de imperio, sino por los daños que causen con motivo de las relacionadas con los de gestión, no cabe en el caso de autos exigir ninguna responsabilidad a las demandadas, porque a ello se contesta:

Fuera de que el caso contemplado en la sentencia citada por el señor Procurador Segundo Delegado en lo Civil se refiere a hechos distintos de los acaecidos en Ríonegro, pues en ese fallo se resuelve la responsabilidad que podía caberle al Departamento del Atlántico por no haber llegado la Policía a tiempo para debelar un tumulto repentino que culminó en el asalto y saqueo de un almacén de Barranquilla, asonada en que no tomaron parte las autoridades, ni la propiciaron, ni dieron lugar a ella con su conducta imprudente o contemplativa, la división entre actos de imperio y actos de gestión para establecer la responsabilidad indirecta del Estado, es doctrina ya revaluada por los expositores y nuestra jurisprudencia. Por ello la Corte en sentencia de 2 de marzo de 1948, GACETA JUDICIAL, número 2.057, página 940 dijo: "Cuando con argumentaciones regalistas, se entendía que el Estado, al actuar como potestad pública, no podía someter sus decisiones a los Tribunales, se partió quizá de un concepto de soberanía absoluta, que implicaba lógicamente la impecabilidad del Estado. Empero, semejante construcción ideológica fue desplazada de su sitio por nuevas teorías más racionales que preconizan la responsabilidad en las entidades públicas, siempre que en sus procederes hubiese extralimitaciones u omisiones por culpa de sus representantes o dependientes en el ejercicio de las funciones correspondientes. Ello fue un triunfo de la democracia. Primeramente se creyó que tal responsabilidad quedaba circunscrita a la esfera de los actos llamados de "gestión", de lo cual se concluía que el Estado era irresponsable cuando obraba JURE IMPERII, con la finalidad de asegurar el funcionamiento de los servicios públicos esenciales, pero sí lo era cuando administraba los bienes de su patrimonio a la manera de los particulares. Tal procedimiento discriminatorio mantuvo su vigencia largo tiempo; pero luégo observaciones más exactas llevaron a la jurisprudencia a sostener que semejante línea divisoria adolecía de vaguedad e indecisión, que todos los actos administrativos, cualquiera que fuese su especie, estaban gobernados por la finalidad de satisfacer las necesidades de los servicios públicos y se realizaban en virtud de la autoridad ineludible otorgada al Estado en las organizaciones sociales. Fue así como pudo exclamar Tessier: "Esta distinción no tiene ninguna base legal, no reposa sobre nada real y no corresponde en absoluto a la realidad de los hechos".

Tampoco cabe objetar contra la responsabilidad que al Estado y Departamento se le deducen de las consideraciones de este fallo que los delitos cometidos por el ex-Alcalde y el ex-jefe de la Policía de Ríonegro por ser contrarios a la misión de guarda del orden público a que estaban obligados, son actos ajenos al servicio de Policía que debían prestar y, por consiguiente, eximen a las entidades demandadas de la obligación de indemnizar los daños que mediante ellos produjeron a terceros, porque la calificación que le dio la justicia castrense a dichos reos de "cooperador" y "partícipe necesarios" respectivamente, de los reatos cometidos por los asaltantes, significa, como se expresó en otro lugar, que en el ejercicio de la función policiva de garantizar los bienes de los asociados incurrieron en omisiones o actuaciones dolosas, o sea en culpas que tuvieron lugar con ocasión de los cargos y del servicio público a que estaban obligados. Además, como antes se dijo, la condena que habrá de hacerse en la parte resolutiva de esta sentencia, se basa también en la culpa civil en que incurrieron los negligentes guardias de Policía a quienes no alcanzó la justicia penal por las razones dichas en el fallo del Consejo de Guerra que no es el caso discutir ahora, y por ende en la que cometieron la Nación y el Departamento al designar a todos esos funcionarios y al descuidar la vigilancia de sus procederes.

LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD

Establecida la responsabilidad que cabe a la Nación y al Departamento de Antioquia por los hechos ocurridos en Ríonegro la noche del 15 de noviembre de 1949, procede ahora averiguar si ella es solidaria o no, como quiera que el Tribunal "a-quo" estimó que no lo era, pues opinó que la solidaridad que estatuye el artículo 2.344 del Código Civil se refiere únicamente a los casos de responsabilidad directa, por lo que recurrió en alzada el apoderado de los demandantes.

Dice el artículo 2.344 del Código Civil: "Si un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvas las excepciones de los artículos 2.350 y 2.355".

En sentencia de 20 de abril de 1944 —de la Sala de Casación Civil— publicada en la G. J. números 2.006 a 2.009, página 151, dijo, entre otras cosas, la Corte:

"Este se produjo por la concurrencia de dos culpas: La del chofer del taxi y la del conductor del camión; y siendo esto así, surge la solidaridad a que se refiere el artículo 2.344 del Código Civil, solidaridad que no admite sino las excepciones de los artículos 2.350 y 2.355 ibídem, que son ajenos a este debate. De lo anterior se concluye que la Empresa demandada es responsable de todos los perjuicios causados por el accidente. Si hubiera sido demandado también el conductor del camión, y se le hubiera condenado, nada adelantaría con esto la Empresa demandada en lo tocante a su condena, porque esa solidaridad la haría responsable por el total, ante el demandante. Ante los términos claros y expresos del artículo 2.344 citado, ante el concepto de solidaridad que en él se establece, es imposible dividir la responsabilidad para efectos de la condenación de los perjuicios. En esto no vacilan ni la jurisprudencia ni los doctrinantes. Don Fernando Vélez se expresa así: "La doctrina del artículo 2.344 puede resumirse diciendo que fuera de los casos previstos en los artículos 2.350 y 2.355, cuando dos o más individuos causan daño a las personas o a las propiedades ejecutando un delito o culpa, son responsables solidariamente de la indemnización civil del daño, de modo que el perjudicado con éste o sus herederos pueden exigir de cada una de esas personas el pago total de la indemnización, y el que la satisfaga tiene contra los demás individuos el derecho que otorga el artículo 1.579". (Fernando Vélez, Estudio sobre Derecho Civil Colombiano. Tomo IX, página 30, número 45). Los doctrinantes franceses, como los hermanos Mazeaud y Lalou, sostienen al respecto la misma tesis".

De lo transcrito se desprende que la Corte ha estimado que la solidaridad que consagra el artículo 2.344 del Código Civil, procede también cuando la responsabilidad es indirecta, tesis en que la Sala insiste, pues el artículo aludido es una norma general para todos los casos de responsabilidad por delitos o culpas que no establece distinciones entre la directa e indirecta.

Lo dicho al respecto es suficiente para que se reforme la parte pertinente del fallo de primera instancia, máxime cuando en el caso sub-judice las culpas que se atribuyen a la Nación y al Departamento de Antioquia concurrieron conjuntamente a producir los daños a terceros.

LOS PERJUICIOS

Como se dijo al expresar cuáles hechos aparecían probados en los autos, está demostrado que los demandantes sufrieron perjuicios materiales con motivo de los robos e incendios perpetrados en Ríonegro el 15 de noviembre de 1949, y por consiguiente, también daños morales subjetivos por la mortificación y pena que tuvo que causarles la destrucción o mengua de sus bienes y las circunstancias dolorosas dentro de las cuales se desarrollaron los criminales acontecimientos. Esos daños quedaron demostrados con la ratificación que durante el término probatorio hicieron por medio de declaraciones que obran de folios 103 a 109 del cuaderno de pruebas número 3, los señores Lázaro Echeverri y Alfonso López Lozano, del dictamen pericial que sobre los mismos emitieron con motivo del Consejo de Guerra Verbal tantas veces mencionado, dictamen en que después de verificar la existencia de los daños, pasan a avaluarlos con respecto a cada uno de los damnificados. Esa exposición pericial aunque sirve como prueba de los daños ocurridos porque como tal equivale a sendos testimonios respetables de su existencia, no la acoge la Sala como eficaz para probar la cuantía de los perjuicios materiales por cuanto en la parte relativa a la peritación se produjo sin la intervención de los demandados y, además, como fácilmente puede establecerse leyéndolo, al fijar el monto de cada uno de los perjuicios causados no expone el por qué de sus conclusiones, como sería el detalle de los bienes destruídos o desaparecidos, basándose en libros de comercio, testimonios, declaraciones de renta o cualesquiera otra clase de documentos de donde pudiera deducirse que la apreciación pericial tuvo fundamentos lógicos y razonables.

Se repite, pues, que la existencia de los daños materiales y morales sí se demostró en el expediente con las pruebas aludidas, pero no así su cuantía, la que tampoco pudo establecerse durante el juicio por otros medios, pues los dictámenes periciales al respecto de los doctores Jaime Posada Londoño, Mariano Sanín T. y Enrique Jaramillo M. (véase cuaderno de pruebas número 9), tampoco sirven para el caso, ya por haber entre ellos enormes diferencias de apreciación de los valores sometidos a su estudio que no permiten acogerse al medio aritmético de que habla la ley cuando los guarismos no difieren en cuantías mayores de cincuenta por ciento en sus extremos, ya porque los peritos principales se abstuvieron de avaluar ciertos factores diciendo que no tenían

base procesal para ello. Por consiguiente habrá de confirmarse la condena en abstracto del fallo de primera instancia para que por el procedimiento indicado por el artículo 553 del Código Judicial se regulen los perjuicios correspondientes, incidente durante el cual deberán producirse las prebas que permitan fijarlos si las entidades demandadas no se allanan a la liquidación que presenten los demandantes, perjuicios que en lo relativo al daño emergente no podrán sobrepasar a las cantidades fijadas en la demanda.

En relación con la cuantía de los perjuicios morales que el Tribunal de instancia señaló en cuantía diversa para los demandantes, y que su apoderado ha solicitado se iguale por lo alto, o sea fijando para cada uno de ellos el máximum de $ 2.000.00 que permite la ley, se manifiesta que la Sala no accede a esa petición, no sólo porque hay que suponer que el sentenciador para determinar esos guarismos debió tener en cuenta la magnitud de los daños sufridos por cada quien, magnitud que, aunque no tenga asidero en el proceso con base en una prueba pericial atendible, si se desprende de otras probanzas que hacen referencia a ella, sino también porque dejando la ley al arbitrio del juzgador la estimación de la cifra que ha de simbolizar el reparo al precio del dolor, la Sala resuelve respetar y atenerse al criterio de los Magistrados del Tribunal Sentenciador.

CESION DE DERECHOS

Nada tiene que objetar la Sala al reconocimiento de las cesiones de derechos hechas al doctor Adán Betancur Gallego por algunos de sus poderdantes.

Por todo lo anteriormente expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Confírmanse las declaraciones contenidas en los párrafos primero, segundo y quinto de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín —Sala Civil Plena— de fecha veintisiete de agosto de mil novecientos cincuenta y seis, transcrita en la parte motiva del presente fallo ,y modifícanse las comprendidas en sus apartes tercero y cuarto de la siguiente manera:

Tercero.—Condénase a la Nación Colombiana y al Departamento de Antioquia a pagar, solidariamente, a las personas ya mencionadas en el numeral o párrafo anterior, a título de indemnización moral, las siguientes cantidades: a los señores Miguel Arbeláez Gómez y Antonio Marín González, dos mil pesos ($2.000.00) moneda legal a cada uno; a los señores Alberto Franco Muñoz, Jairo Arbeláez Gómez, Jorge Tobón Villamizar, Arturo Tobón Calle, Antonio Villegas R., Alonso Naranjo C., Pedro Nolasco Zapata Jiménez, Obdulio Otálvaro, Francisco Castrillón y Luis A. Valencia, mil pesos ($ 1.0000.00) a cada uno; a los señores José Moreno E., Séfora López M., Luis Calle, Susana Sánchez de C., Carmen López L., Tulia López L., doscientos cincuenta pesos ($ 250.) a cada uno; y a los señores Roberto Rendón, Graciliano González, Jesús A. Castrillón, Eduardo Echeverri y Arturo Ortiz, quinientos pesos ($ 500.) a cada uno, pagos que deberán hacerse dentro de los diez días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia.

Cuarto.—Condénase a la Nación Colombiana y al Departamento de Antioquia a pagar, solidariamente, a las personas determinadas en el numeral o párrafo segundo de la parte resolutiva de la sentencia indicada, el valor de los perjuicios materiales sufridos por ellas con ocasión de lo dicho, los que se liquidarán por el procedimiento señalado por el artículo 553 del Código Judicial, sobre las bases señaladas en la parte motiva del fallo.

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

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga.—Jorge Sanabria.—Jorge García Merlano, Secretario.

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS OCASIONADOS POR ACCIDENTE DE TRANSITO. — A QUIEN CORRESPONDE ESENCIALMENTE LA ACCION INDEMNIZATORIA POR LA CULPA AQUILIANA O EXTRACONTRACTUAL Y A QUIEN PUEDE AFECTAR EL PERJUICIO, TRATANDOSE DE UNA COSA MUEBLE

La acción indemnizatoria por la culpa aquiliana o extracontractual corresponde esencialmente a la víctima del hecho culposo, y procede de la existencia de un perjuicio que se traduce en la merma del patrimonio de la víctima.

Tratándose de una cosa mueble, el perjuicio puede afectar a una persona distinta del dueño de aquélla, como podría ser el tenedor o depositario de la cosa dañada.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiuno de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente, Dr. Roberto Goenaga).

Mediante apoderado debidamente constituído, el señor Diego Nicholls y su esposa doña Luz de Nicholls, vecinos de Ipiales, promovieron contra la Nación colombiana juicio ordinario de mayor cuantía, ante el Tribunal del Distrito Judicial de Pasto, para que se hagan contra la citada entidad de derecho público las declaraciones que en seguida se copian:

"1) — Que la Nación o Estado Colombiano (dependencia administrativa de la Zona de Carreteras de Túquerres, Departamento de Nariño, Ministerio de Obras Públicas) es civilmente responsable por el hecho culposo realizado por uno de sus dependientes en el accidente de tráfico, ocurrido cerca de la población de Aldana, en las horas de la mañana del día trece de septiembre de mil novecientos cincuenta y cinco, y a consecuencia del cual sufrió graves averías el automóvil Nº 81-22 matriculado en el Departamento del Valle y de propiedad de mis poderdantes, y responsable también de los perjuicios de orden patrimonial, material y moral sufridos por los mismos.

"2) Que, como consecuencia del anterior pedimento, el Ministerio de Obras Públicas, Zona de Carreteras de Túquerres, Departamento de Nariño, o por la Nación o Estado Colombiano, ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este litigio, debe ser condenado, en favor de mis poderdantes, al pago de la suma de DIEZ MIL QUINIENTOS PESOS M-cte., como valor de los daños sufridos por el automóvil "De Soto", Nº 81-22 de propiedad de los mismos, así: $ 3.500,00 por valor de las reparaciones que deben hacerse al vehículo, y $ 7.000.00 por concepto de la desvalorización comercial sufrida por el mismo a consecuencia del choque. O la suma que se establezca en juicio por medio de peritos, por los expresados conceptos y a favor de las mismas personas.

"3) Que el Ministerio de Obras Públicas —Zona de Carreteras de Túquerres, Departamento de Nariño— o la Nación o Estado Colombiano debe pagar a mis poderdantes por los perjuicios causados a consecuencia del accidente de tráfico, o por lo menos a mi poderdante Diego Nicholls Vélez, y por concepto de lo que dejó de percibir por el no uso del mencionado vehículo, mientras se lo reparaba, esto es, por el mes en que forzosamente debió guardarse en los talleres de reparación, la suma de DOSCIENTOS OCHENTA PESOS M-cte. O la suma que pericialmente se acredite en juicio.

"4) Que el Ministerio de Obras Públicas —Zona de Carreteras de Túquerres, Departamento de Nariño— o la Nación o Estado Colombiano, finalmente, debe ser condenado a pagar el valor de los perjuicios morales y materiales que a mis poderdantes se les causaron por motivo de las lesiones personales que la señora Luz Nicholls (sic) sufrió en el accidente de tráfico de que es responsable el volquete del Ministerio de Obras Públicas, Zona de Carreteras de Túquerres, conducido por Enrique Guerrero Viteri, en el día y fecha mencionados, en esta demanda: perjuicios morales subjetivados que se estiman en DOS MIL PESOS (M-cte.) para cada uno de mis poderdantes. y materiales en cuantía que en este juicio se demuestren".

Afirma el actor en la demanda, como hechos

estructurales, los que a continuación se sintetizan:

El día 13 de septiembre de 1955 (no dice la hora) emprendieron viaje de la ciudad de Ipiales a la de Pasto, los demandantes Diego Nicholls y su esposa Luz de Nicholls, en un automóvil marca "De Soto", modelo 1953, distinguido con la placa Nº 81-22 del Valle, conducido por el primero. En el mismo vehículo viajaban también los señores Aníbal Gómez y Fanny de Gómez. Al llegar a la pobladión de Aldana, el vehículo mencionado sufrió una violenta colisión con el volquete de placa Nº 01-16 perteneciente a la Zona de Carreteras Nacionales de Túquerres, Departamento de Nariño, que era conducido por el chofer Enrique Guerrero Viteri, al servicio de la misma Zona.

Tal colisión se debió a que el conductor del volquete, que viajaba en sentido contrario al del automóvil "De Soto", transitába a excesiva velocidad, y ocupando el lado izquierdo de la carretera totalmente, haciendo así inevitable cualquier choque con el vehículo que pudiera estar recorriendo la misma vía en sentido contrario. Estas circunstancias, según el actor, se hallan acreditadas por medio de inspección ocular y dictamen pericial practicados por las respectivas autoridades de Circulación.

Del choque en referencia resultó el automóvil de los demandantes con graves averías, y la señora de Nicholls, que se hallaba en estado de embarazo, sufrió ligeras lesiones y la señora Fanny de Gómez la fractura de una pierna.

Los daños sufridos por el automóvil fueron asimismo especificados en la diligencia de inspección ocular y dictamen pericial a ella concurrente, practicados con anterioridad a la demanda.

En cuanto a la propiedad del automóvil "De Soto" de que tratan estos hechos, dice el actor que si bien en el día del accidente figuraba como de propiedad del señor Lázaro Nicrolls, "por tener en su cabeza los títulos de propiedad", en realidad de verdad su dueño es el demandante señor Diego Nicholls.

Respecto a los perjuicios materiales y morales sufridos por los cónyuges demandantes, dice la demanda que ellos consisten en que la señora de Nicholls se hallaba en estado grávido "y esto fue motivo para sufrimientos suyos y de su esposo, quienes se vieron en peligro de perder el fruto de su reciente matrimonio..." "Aparte de que tales lesiones les ocasionaron a los cónyuges gastos de curación y tratamiento al sistema nervioso de la señora, por el choque (sic) que en su organismo causó el violento choque de los vehículos".

Con la demanda fueron acompañadas las diligencias extrajudiciales practicadas a solicitud de los demandantes por el Juez Civil del Circuito de Ipiales, la factura original de la adquisición hecha por Lázaro Nicholls del automóvil "De Soto" modelo 1953, por compra a la casa "Antonio Suárez y Cía. Ltda". sucursal de Pereira, factura que lleva fecha 10 dé febrero de 1954; copia auténtica de la inspección ocular y dictamen de técnicos de la oficina de Circulación y Tránsito de Ipiales practicados a raíz del accidente, y un croquis que detalla las circunstancias en que se produjo la colisión de los vehículos.

Con la oposición expresada por el Fiscal del Tribunal a las declaraciones solicitadas en el libelo, el juicio siguió por sus trámites reglamentarios, hasta recibir sentencia, pronunciada por el Tribunal **a-quo** con fecha 3 de diciembre de 1957, en la cual se absuelve a la Nación de los cargos que le fueran formulados.

El fundamento principal del fallo en referencia consiste en que la parte demandante no acreditó la propiedad del vehículo accidentado, quedando así patentizada la falta de legitimación en la causa de la parte actora.

Apelado el fallo en su oportunidad y concedido el recurso, los autos fueron enviados a esta Sala como juzgador de segunda instancia. Y como el negocio ha llegado al estado de pronunciar sentencia definitiva, a ello se procede mediante el siguiente estudio de los autos:

Los elementos de prueba

Estos, en cuanto concierne a la primera instancia, aparecen acertadamente analizados en el fallo recurrido. Dice así el acápite correspondiente del fallo:

"a) Certificado expedido por el Jefe de la Zona de Carreteras Nacionales de Túquerres, de donde aparece que el señor Jorge Guerrero Viteri fue nombrado como chofer; que figura en planilla, aunque no existe constancia de Resolución de nombramiento; que en el mes de septiembre de 1955, dicho señor desempeñaba el cargo de chofer de la Zona de Carreteras Nacionales de Túquerres y manejaba una volqueta del Ministerio de OO. PP. destinada al servicio de esa Zona; que por informe del Inspector de Vía, se supo que Jorge Guerrero Viteri sufrió

un accidente de tránsito al chocar la volqueta con un automóvil de propiedad del Capitán de Aduana de Ipiales; que es evidente que los vehículos de propiedad del Ministerio al servicio de la Zona, después de las horas de trabajo se guardan en los garajes de la Zona y se sacan para ponerse al servicio bajo el control y dependencia del Jefe respectivo. (fs. 14 cuaderno 2º).

"Conviene aclarar que a pesar de usar en este certificado como nombre de Guerrero Viteri el de Jorge, y la demanda solamente el de Enrique, se trata de la misma persona, como aparece de otros documentos oficiales, tal como las providencias penales declarativas de la extinción del procedimiento, como del mismo certificado anterior que identifica dicha persona.

"b) Certificación del Director y Secretario de Transportes y Tránsito de este Departamento, de matrícula de la volqueta Nº 01-16 de Nariño, en nombre de la Zona de Carreteras Nacionales (fs. 9 cuaderno Nº 2º).

"En este mismo certificado aparece la constancia de haberse expedido pase de chofer mecánico el 28 de julio de 1953 a Jorge Enrique Guerrero Viteri.

"c) Copia auténtica del acta de inspección ocular practicada el 13 de septiembre de 1955 —día del accidente— por el Inspector de Circulación y Tránsito de Ipiales, en asocio de los agentes de circulación César Jaquero y Segundo Leonidas Yamá, y de los peritos Julio M. Coral y Segundo Rosero".

"d) Ratificación de las anteriores personas en juicio. (fs. 23 vto. y 24).

"De esta inspección resulta que el responsable directo de este accidente es el conductor del vehículo 01-16 conducido por el señor Enrique Viteri, por cuanto el conductor antes mencionado con su vehículo 01-16 transitaba por el lado izquierdo de la carretera en la dirección que venía; es decir el vehículo denominado con placas 01-16 venía quitándole la derecha casi en su totalidad al carro Nº 81-22 placas del Valle que iba en sentido contrario". (fs. 17 y 18 cuaderno Nº 1º).

"e) Diligencia de inspección ocular, extrajuicio, solicitada ante el Tribunal Superior, realizada por el Juez Civil del Circuito de Ipiales, previa notificación al señor Fiscal del Tribunal, acompañada a la demanda, ratificado el concepto pericial en juicio, y puesta el acta de inspección ocular en conocimiento de la parte demandada, dentro del término probatorio, según auto de 15 de mayo de 1956, de cuyo contenido se infiere el daño causado y su cuantía. (fs. 5 del cuaderno 2)".

De estos elementos de prueba el Tribunal estima que "Esta minuciosa relación de las pruebas serviría para determinar los tres elementos fundamentales para condenar a indemnización de perjuicios en casos como éste de culpa extracontractual, esto es, el daño, la culpa y la relación de causalidad, si estuviese demostrado el interés jurídico en el actor, y por eso, estructurada su capacidad civil para demandar. Pues al contrario, acontece que en la demanda se hace la siguiente afirmación:

"El anterior vehículo, aunque entonces figuraba como de propiedad del señor Lázaro Nicholls, por tener en su cabeza los títulos de propiedad, en realidad pertenecía a mis poderdantes, por regalo que del mismo les hizo el señor Lázaro Nicholls, padre de don Diego".

"Tal afirmación está respaldada por la planilla visible a fojas 10 del cuaderno Nº 1º, en el cual consta que la casa 'Antonio Suárez y Cía. Ltda.' de Pereira, facturó a favor de Lázaro Nicholls el vehículo de las especificaciones de la demanda.

"Para probar la propiedad de los demandantes sobre el vehículo, se pidió en memorial de pruebas visible a fojas 3 vto. del cuaderno Nº 2, se libre despacho comisorio al reparto de los jueces civiles del Circuito de Peréira, con el objeto de obtener declaración de Lázaro Nicholls sobre si es cierto que él le regaló a Diego Nicholls, el vehículo tantas veces mencionado. La prueba se decretó oportunamente. Según constancia de 25 de mayo de 1956 (fs. 6 del C. Nº 2), el despacho se libró a su destino en esa fecha, sin que hasta ahora haya vuelto debidamente diligenciado... por lo cual no solamente falta la demostración de que los actores son dueños del vehículo, sino que, por el contrario, se halla demostrado por la afirmación del actor en su demanda y por la planilla citada, que el dueño del automóvil "De Soto", en la fecha del accidente, es persona distinta a la de los demandantes. Este hecho fundamental, hace ostensible la falta de interés jurídico para demandar los perjuicios materiales ocasionados a un vehículo de propiedad de tercera persona al juicio".

En esta segunda instancia, y dentro del respectivo término de prueba, solicitó la parte demandante la recepción del testimonio del señor Lázaro Nicholls. Decretada la prueba y librado el correspondiente despacho con los insertos ne-

cesarios, se obtuvo que dicho señor rindiera su testimonio, lo que hizo ante el Juez 2º Civil del Circuito de Pereira, haciendo allí las siguientes afirmaciones bajo la gravedad del juramento:

"Es verdad, cuando mi hijo Diego Nicholls Vélez desempeñaba el cargo de Administrador de la Aduana de Ipiales a principios del año de 1955 le regalé un automóvil, nuevo, marca De Soto, modelo 1953, de color gris, sin que recuerde los detalles de tipo y número de motor ni demás detalles ni tampoco la serie. Este carro lo compré en la Agencia de Soto en esta ciudad del señor Antonio Suárez y Cía. Eso fue a fines del año de 1954, me parece, pues no recuerdo bien. — "Es cierto, ese vehículo, por habérselo regalado a mi hijo Diego, él se lo llevó para Ipiales para su uso personal y particular". — "Es cierto, mi hijo me contó y también su chofer, que yendo Diego con su familia y con un señor Gómez de Ipiales a Pasto, dizque se chocó con un carro de la Nación, me parece, o del Departamento. No recuerdo de la fecha de ese accidente, en todo caso fue a poquito de él haberse llevado el carro..."

El Tribunal incurrió en el error de atribuír a la acción incoada el sentido de una de propiedad sobre el vehículo accidentado. La acción indemnizatoria por la culpa aquiliana o extracontractual corresponde esencialmente a la víctima del hecho culposo, y procede de la existencia de un perjuicio que se traduce en la merma del patrimonio de la víctima.

Por lo demás, tratándose, como aquí ocurre, de una cosa mueble, el perjuicio puede afectar a una persona distinta del dueño de aquélla, como podría ser el tenedor o depositario de la cosa dañada.

Por otra parte, para la Sala ha desaparecido la objeción del Tribunal acerca de que el actor no demostró ser dueño del automóvil de Soto materia del juicio, una vez que con la declaración jurada de quien lo adquirió primitivamente de la sociedad Antonio Suárez y Cía. Ltda. de Pereira, señor Lázaro Nicholls, se acredita plenamente que éste lo obsequió al demandante Diego Nicholls antes de ocurrir el accidente.

No es óbice para esta conclusión el hecho de que no se haya traído a los autos el documento que acredite el registro o inscripción de esa transferencia gratuita ante las autoridades de Circulación y Tránsito respectivas, porque, como está dicho, no se trata aquí de decidir sobre la propiedad del automóvil De Soto, sino de una reclamación de perjuicios por culpa aquiliana, formulada por quien tenía en su poder la cosa dañada en el momento de ocurrir el accidente.

Y respecto a la observación de que la donación hecha por el señor Lázaro Nicholls a favor del demandante, por constituír un acto que contiene la entrega de una cosa de valor de quinientos pesos, debe constar por escrito, según lo preceptuado en el Art. 91 de la Ley 153 de 1887, observación hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil en su alegato de conclusión, cabe repetir que ello se refiere al título de propiedad del vehículo objeto de la demanda, cuya presentación, ya se ha dicho, no es requisito esencial en casos como el presente para la prosperidad de las súplicas de la demanda.

Los perjuicios

En la demanda se pide que la Nación indemnice al actor por los siguientes perjuicios originados en el accidente de tránsito a que ella se refiere: Los materiales, que consisten en la desvalorización que sufrió el automóvil De Soto modelo 1953, el cual antes del accidente se encontraba en perfectas condiciones de funcionamiento y nuevo en cuanto a su estructura: el valor de las reparaciones indispensables para colocarlo en estado de servicio nuevamente; y en cuanto al lucro cesante, el valor de lo que el actor "dejó de percibir por el no uso del mencionado vehículo, mientras se lo reparaba, esto es, por el mes en que forzosamente debió guardarse en los talleres de reparación..." Y, por último, los perjuicios "morales y materiales que a mis poderdantes se les causó por motivo de las lesiones personales que la señora Luz Nicholls (sic) sufrió en el accidente..." perjuicios estimados en la suma de dos mil pesos.

Estos perjuicios, según se expresa en el hecho 5º de la demanda, consisten en que la señora de Nicholls se hallaba en el momento de la colisión, en estado de gravidez, motivo por el cual sufrió una profunda conmoción psíquica que requirió la atención de facultativos; y también por la preocupación que embargó a los esposos Nicholls ante el temor de perder "el fruto de su reciente matrimonio..." Dada la naturaleza del perjuicio moral de que se hizo mención primeramente, ellos deben clasificarse como morales objetivados, y es norma jurisprudencial suficientemente conocida que dichos perjuicios deben ser materia de prueba. Y en el expediente no figura documento alguno que tienda a esta-

blecerlos. De ahí que no sea procedente hacer declaración sobre el particular.

Y en cuanto a los perjuicios morales subjetivos de que acaba de hacerse mención y englobados en la súplica 4ª del libelo, es de observarse que si en el proceso no aparece elemento alguno de prueba de los perjuicios morales objetivados, no hay razón para que los subjetivos puedan inferirse.

Como lo dijo el Tribunal en el fallo recurrido, en el juicio aparece suficientemente establecida la culpabilidad del chofer Jorge Enrique Guerrero Viteri en el accidente del 13 de septiembre de 1954 a que se refiere la demanda. El concepto de la Oficina de Circulación y Tránsito de Ipiales, fundado en la inspección ocular realizada momentos después de la colisión, es, al respecto, concluyente.

También está demostrado en los autos que el chofer Guerrero Viteri en el momento de ocurrir el accidente, se hallaba al servicio de la Zona de Carreteras Nacionales de Túquerres, Departamento de Nariño, dependencia del Ministerio de Obras Públicas; y que el vehículo que manejaba y que causó la colisión, es de propiedad del Gobierno Nacional, Ministerio de Obras Públicas.

Conviene hacer transcripción del concepto técnico de la Oficina de Circulación y Tránsito de Ipiales de que se ha hecho alusión. Dice en lo pertinente así:

"...En vista de las mediciones (sic) tomadas en el lugar del accidente y los datos obtenidos en asocio del señor Inspector de Circulación y Tránsito de Ipiales, que constan en el acta de la inspección de dicho accidente; el responsable directo de este accidente es el conductor del vehículo Nº 01-16 conducido por el señor Enrique Guerrero Viteri, por cuanto el conductor antes mencionado con su vehículo Nº 0116 transitaba al lado izquierdo de la carretera en la dirección que él venía, es decir el vehículo denominado con las placas Nº 0116 venía quitándole la derecha casi en su totalidad al carro Nº 8122 placas del Valle que iba en sentido contrario". (fol. 19 C: Nº 1).

De acuerdo con el dictamen pericial concurrente a una inspección ocular previa hecha al vehículo accidentado de propiedad de los demandantes, los daños sufridos por éste consistieron en lo siguiente:

"a) El automóvil que inspeccionamos y se halla guardado y embancado en la Aduana Nacional de esta ciudad, es un vehículo, automóvil, marca "De Soto", modelo 1953; color gris; tipo Power Master S 18; motor S 18-40861; serie 50301238; con radio y antena; reloj eléctrico; tapa de tanque; timón de lujo; radiador tropical; resortes y amortiguadores reforzados; tapicería de cuero. Tiene placa del Departamento del Valle número 81-22. Tiene un recorrido de 7.216 kilómetros con 8 cuadras al decir del velocímetro, que no ha sido alterado o desconectado. Su uso actual lo calificamos en magnífico estado, es decir, sin haber sufrido desperfectos anteriores a los que aparece haber recibido con el choque; pues no hemos constatado en él ninguna clase de reparaciones, ni en su acabado externo ni en su máquina.

"b) Dado lo anterior conceptuamos que su valor para el día 13 de septiembre de este año, vale decir, antes del choque; y además teniendo en cuenta que aunque es modelo 1953, salió de la agencia vendedora, según factura, el 10 de febrero de 1954, esto es, con siete meses de uso, para el día en que lo avaluamos, valía la suma de quince mil pesos ($ 15.000,00). Pues habiéndose comprado en diecisiete mil pesos ($ 17.000) por los siete meses de uso, con el recorrido que muestra y su estado de conservación hasta el día del choque lo castigamos con una desvalorización de dos mil pesos ($ 2.000.00).

"La magnitud de los daños que este vehículo ha sufrido con el choque verificado el 13 de septiembre, según se dice en los autos, consiste en lo siguiente: ruptura parcial de su parabrisas, que debe reemplazarse en su totalidad por haber sido enterizo; ruptura o destrucción total del capó o tapa del motor, del guardabarro izquierdo (lado que más sufrió en el choque), del radiador, del ventilador, del chasís y persiana, todo lo cual debe reemplazarse, salvo el chasis que puede enderezarse pero cuya operación no puede hacerse en esta ciudad, por carecer de los aparatos técnicos para centrarlo; la puerta izquierda también debe ser centrada y reparada.

"El valor de las reparaciones que debe hacerse al vehículo para arreglar los desperfectos que le causó el choque ya indicado, los estimamos en la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500)

"Inclusive hechas las reparaciones anteriores, por el hecho del choque, consideramos que el vehículo se ha desvalorizado por lo menos, en siete mil pesos ($ 7.000.00). O sea que una vez reparado técnicamente, quedaría valiendo la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00); pues los daños sufridos no pueden ser reparados hasta el estado de dejarse el vehículo en la forma como

se encontró antes del choque, habida cuenta de que un vehículo reparado en la magnitud que debe serlo el inspeccionado pierde en la plaza comercialmente un 50 por ciento de su valor.

"De suerte que los perjuicios materiales que ha sufrido el dueño con el choque de su vehículo los avaluamos en la suma de diez mil quinientos pesos ($ 10.500.00); tres mil quinientos pesos ($ 3.500,00) que debe gastarse por sus reparaciones y siete mil pesos ($ 7.000,00) de desvalorización. Explicando más: si se tratara de vender el vehículo como hoy se encuentra no habría persona que diese cuatro mil quinientos pesos ($ 4.500,00) o más.

Al tratar del lucro cesante, por la privación del uso del automóvil por parte del actor, los peritos, con base en los testimonios recibidos en el curso de la diligencia de inspección ocular practicada por orden del Tribunal antes de iniciarse la acción, dice en lo pertinente:

"...Su dueño según la prueba testimonial viajaba una vez por semana a Pasto; es de presumirse que no llevaba pasajeros... que le pagasen el transporte; por lo mismo esto implicaba un gasto de automóvil expreso; lo cual le demanda a quien en estas condiciones vaya a Pasto en viaje redondo, un gasto de cincuenta pesos ($ 50.00); o sea doscientos pesos ($ 200.00) mensuales, por viajes a Pasto. Se dice que el vehículo también servía a su dueño para diariamente ir de su casa a la oficina, o sea, hacer cuatro carreras, que según tarifa de plaza demanda un gasto de cuatro pesos ($ 4.00); ochenta pesos ($ 80.00) al mes, por cuanto serían 20 los días hábiles si se descuenta sábado y domingo en que es lógico presumir se iba a Pasto. También relata la prueba testimonial que se usaba para viajes a los destacamentos; pero sobre esto creemos que esas visitas hechas oficialmente, jamás podrían imputarse en su valor como perjuicios para un empleado público".

Resumiendo estos perjuicios, los peritos los estiman en la cantidad de $ 280.00 en total, calculando la privación del servicio del automóvil por el lapso de un mes, en que se presume permaneció inmovilizado.

Esta prueba prueba que, como está dicho, descansa en una inspección ocular practicada con anterioridad a la demanda sobre el automóvil accidentado, se llevó a efecto con citación e intervención del Fiscal del Tribunal de Pasto, quien no formuló objeción alguna sobre sus conclusiones.

El dictamen pericial comentado, es uniforme, y como se observa en su contexto, aparece fundamentado y debidamente explicado, por lo cual, de acuerdo con el Art. 721 del C. de Procedimiento Civil, hace plena prueba.

El análisis que se acaba de hacer de los elementos de prueba aportados al proceso, hacen ver que la acción indemnizatoria de que se trata es procedente. Efectivamente, se hallan en este caso reunidos todos los elementos que determinan su prosperidad, a saber: la existencia del daño; la culpa imputable al demandado de acuerdo con lo establecido en el Art. 2.347 del C. C., toda vez que el hecho culposo se debió a descuido, impericia y violación de las disposiciones que reglamentan el tránsito de vehículos automotores y que, desde luego, se refieren al ejercicio de una actividad peligrosa; que el responsable de tal hecho resulta ser el chofer de la volqueta Nº 0116 de Nariño, de propiedad de la Nación, Jorge Enrique Guerrero Viteri, quien a su vez, en el momento de causar la colisión desempeñaba el cargo de chofer al servicio de la Zona de Carreteras Nacionales de Túquerres, dependencia del Ministerio de Obras Públicas y manejaba el citado vehículo oficial; y, finalmente, la relación de causalidad entre el hecho culposo y los perjuicios de índole patrimonial causados al actor.

Pero la acción promovida, se repite, sólo puede prosperar en cuanto a la indemnización de los perjuicios relacionados con los graves desperfectos que se causaron al automóvil De Soto de propiedad del actor, con exclusión de los de carácter moral así objetivados como subjetivos, de acuerdo con las observaciones hechas anteriormente.

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia dictada en este negocio por el Tribunal Superior de Pasto, materia del presente recurso, y en su lugar

RESUELVE:

1º) La Nación es civilmente responsable de los daños causados en el accidente de tránsito ocurrido el día 13 de septiembre de 1955 cerca a la población de Aldana, Departamento de Nariño, en la carretera de Ipiales a Pasto, al automóvil marca De Soto, modelo 1953 y de las demás especificaciones dadas en la demanda, de propiedad del demandante, señor Diego Nicholls

Vélez, accidente ocasionado por el chofer al servicio del Ministerio de Obras Públicas, Jorge Enrique Guerrero Viteri.

2º) En consecuencia, condénase a la Nación, Ministerio de Obras Públicas, a pagar al demandante señor Diego Nicholls Vélez, diez días después de ejecutoriada esta sentencia, las siguientes cantidades: DIEZ MIL QUINIENTOS PESOS ($ 10.500.00) moneda legal, en que fueron estimados pericialmente los perjuicios por concepto de daño emergente, y de DOSCIENTOS OCHENTA PESOS ($ 280.00) moneda legal, suma en que fueron estimados los perjuicios relativos al lucro cesante.

3º) Absuélvese a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la Gaceta Judicial. Devuélvanse los autos al Tribunal de origen.

Héctor Martínez Guerra — Samuel de Sola

Roncallo — Roberto Goenaga — Jorge Sanabria

Jorge García M., Secretario.

NECESIDAD DE LA PRUEBA DE LA CALIDAD DE DUEÑO Y SUFICIENCIA DEL TITULO DEL DEMANDANTE EN JUICIO SOBRE OCUPACION DE LA PROPIEDAD POR TRABAJOS PUBLICOS

Cuestión de preferente estudio del fallador es lo que atañe a la legitimación en la causa de las partes en litigio, no tan sólo porque así lo prescribe el Código de Procedimiento Civil, sino porque así lo impone la naturaleza de este negocio sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, cuya solución, de ser favorable al actor, se traduce en el pago del valor del terreno expropiado, y en la obligación consiguiente del mismo demandante de transferir, por medio de instrumento público, a favor de la Nación, el pleno dominio de la zona materia de la ocupación definitiva. El artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que autoriza estas acciones indemnizatorias ordena que en la demanda se debe determinar "el carácter o título con que la indemnización se reclama", lo cual significa que el demandante debe demostrar plenamente en el juicio ser el propietario inscrito del terreno ocupado o perjudicado, lo que sólo es posible legal y jurídicamente, mediante la presentación en el proceso de la escritura pública respectiva, debidamente registrada, junto con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre suficiencia de dicho título.

Pero el título del inmueble por sí sólo no surte ningún efecto para acreditar el interés legítimo de los actores, o mejor, para establecer el presupuesto esencial de la legitimación en la causa, si carece del certificado sobre vigencia de la inscripción en la Oficina de Registro competente.

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

El apoderado especial de los señores Alberto Herrera V. y Jaime Nieto Cano, vecinos de Bogotá, con fecha 11 de enero de 1954, presentó al Consejo de Estado demanda ordinaria contra la Nación o Estado Colombiano, para que por los trámites correspondientes señalados en el Código Contencioso Administrativo, se hagan contra dicha entidad de derecho público las siguientes condenas:

A) A pagar a los demandantes "el valor de los perjuicios sufridos en la propiedad a que se refiere esta demanda, con la construcción de la obra pública nacional denominada 'ampliación del Paseo de Los Libertadores' o 'Autopista del Norte'. Estos perjuicios comprenden el valor de la zona de terreno ocupada para la mencionada obra pública"; y B) El lucro cesante y los demás perjuicios "resultantes del trabajo público....", sin lugar a la deducción del veinte por ciento del valor que se haya de reconocer, por concepto del impuesto de valorización (petición 2ª).

En el libelo relaciona su autor como hechos generadores de la acción indemnizatoria, los siguientes

a) Los señores Herrera y Nieto Cano son propietarios de un predio rústico situado en jurisdicción del Municipio de Suba (Cundinamarca), denominado "LA VICTORIA", delimitado así: "Oriente, o sea el frente, en 266,30 m. aproximadamente, con la antigua línea del F. C. o prolongación de la carrera 13 de esta ciudad, (hoy Autopista); Norte, con finca que es o fue de Antonio Camelo y con terrenos que son o fueron de Jesús Sánchez y Juan Gómez; Occidente, con fincas que fueron de Salustiano Carrillo y hoy son o fueron de sus herederos; y Sur, con propiedad que es o fue del doctor Nicolás Llinás V.".

Este inmueble fue adquirido por los demandantes en virtud de compra hecha a María del Carmen Díaz viuda de Lozano, según consta en la escritura pública número 2.266 de la Notaría 7ª de este Circuito, de fecha 10 de junio de 1952.

b) El Gobierno Nacional —Ministerio de Obras Públicas— por medio del Decreto Ejecutivo número 1.859 de 1951 (agosto 14), declaró de utilidad pública todas las zonas que fueron necesarias para la construcción de la vía pública llamada Autopista al Puente del Común, o del Norte, y Avenida de Los Libertadores.

c) El Ministerio de Obras Públicas emprendió en la construcción de la citada vía pública, y con ese motivo ocupó una zona de terreno sobre el inmueble antes descrito, de propiedad de los demandantes, de una cabida aproximada de 8.950.50 metros cuadrados, zona que se delimita así: Sur, con propiedad que es o fue de Nicolás Llinás V.; Norte, zanja de por medio con propiedad que es o fue de Antonio Camelo R.; Oriente, con la antigua línea del Ferrocarril del Norte; y Occidente, con terrenos de los demandantes. En cuanto al área, el actor advierte que será precisamente determinada dentro del juicio, en orden a establecer el monto de la indemnización.

d) Todos los esfuerzos hechos por los demandantes para obtener un arreglo directo de su reclamación con el Gobierno Nacional no han conducido a resultado práctico alguno, por lo cual han tenido que recurrir a la jurisdicción contencioso administrativa para que sus derechos sean reconocidos.

e) Los demandantes han venido cubriendo periódicamente al Gobierno la suma que les ha sido liquidada por concepto del impuesto de valorización de su predio con la vía pública mencionada.

Como disposiciones legales que amparan la acción ejercitada, en la demanda se invocan las pertinentes de la Ley 167 de 1941, y el artículo 30 de la Carta y sus concordantes.

Según consta de autos, la demanda solamente vino acompañada del poder conferido por los señores Nieto Cano y Herrera para iniciar este juicio.

El Consejo de Estado admitió la demanda, y ordenó dar el traslado de regla al Fiscal de la Corporación, funcionario que en su oportunidad la contestó en el sentido de oponerse a las declaraciones solicitadas, luégo de expresar que desconoce los hechos fundamentales del libelo.

Se abrió el debate probatorio, y en tal oportunidad el personero de los actores solicitó se allegasen diferentes documentos, ya en relación con el dominio de sus mandantes en la finca La Victoria, ya respecto de la ocupación, tales como copia de la escritura pública número 2.266 de 10 de junio de 1952, de la Notaría Séptima de esta ciudad; certificación del Registrador de Instrumentos Públicos sobre suficiencia de dicho título; certificaciones del Ministerio de Obras Públicas sobre ejecución de las obras; práctica de una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos sobre el predio La Victoria, etc. En cuanto a esta última prueba el actor solicitó la identificación del predio, la localización de la zona ocupada, y el avalúo de ésta con base en el valor comercial que tuviera la vara cuadrada en ese sector, y también sobre el valor de las obras adicionales que los actores deben ejecutar por razón de la construcción de la Autopista.

Clausurado el término probatorio, y llegado el momento de hacer entrega de los autos a las partes para alegar de bien probado, el Consejo de Estado dictó el auto de fecha 28 de noviembre de 1955, por medio del cual se declaró incompetente para seguir conociendo del negocio, a virtud de que por sentencia dictada por la Corte Plena con fecha 20 de junio de 1955, fue declarado inexequible el artículo 269 de la Ley 167 de 1941, y dispuso, en consecuencia, remitirlo al Tribunal Superior de este Distrito Judicial; éste, a su turno, con fundamento en lo dispuesto en el Decreto Legislativo número 0293 de 15 de febrero de 1956, envió los autos a esta Sala de la Corte, a la cual se adscribió por dicho estatuto legal el conocimiento de los negocios que se hallaban pendientes en el Consejo de Estado al entrar en vigor la sentencia de inexequibilidad mencionada, relacionados con esta clase de controversias.

Continuó en esta Sala la tramitación del negocio con arreglo a las disposiciones que le eran aplicables, y como ha llegado la oportunidad de proferir el fallo definitivo, a ello se procede mediante estas consideraciones:

Cuestión de preferente estudio es lo que atañe a la legitimaciión en la causa de las partes en litigio, no tan sólo porque así lo prescribe el Código de Procedimiento Civil, sino porque así lo impone la naturaleza de este negocio, cuya solución, de ser favorable al actor, se traduce en el pago del valor del terreno expropiado, y en la obligación consiguiente del mismo demandante de transferir, por medio de instrumento público, a favor de la Nación, el pleno dominio de la zona materia de la ocupación definitiva. El artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que autoriza estas acciones indemnizatorias ordena que en la demanda se debe determinar **"el carácter o título** con que la indemnización se reclama", lo cual significa que el demandante debe demostrar plenamente en el juicio ser el propietario inscrito del terreno ocupado o perjudicado, lo que sólo es posible legal y jurídicamente, mediante la presentación en el proceso de la escirtura pública respectiva, debidamente registrada, junto con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre suficiencia de dicho título.

En este negocio se observa sobre este particular:

La demanda, como ya se dijo, fue presentada desprovista de los documentos anotados. Dentro del término probatorio, el apoderado de los demandantes solicitó se libraran los correspondientes despachos para obtener el envío de la copia de la escritura pública número 2.266 de 10 de junio de 1952, de la Notaría Séptima de esta ciudad, donde se dice consta la venta hecha a los señores Jaime Nieto Cano y Alberto Herrera del predio La Victoria, por la señora Carmen Díaz viuda de Lozano, y el certificado de propiedad y libertad a favor de los citados adquirentes.

Esos despachos se libraron oportunamente, pero no fueron devueltos, debido a lo cual, y a petición del interesado, fueron reiterados por el Consejo de Estado, sin haberse obtenido su diligenciamiento. Ante la Sala se repitió la misma gestión con notoria insistencia, pero se denegó cada vez en razón de que el término probatorio se hallaba vencido. El interesado optó entonces por solicitar se le expidiera copia de los despachos en referencia, y fue así como obtuvo del Notario Séptimo la expedición de la copia de la ya citada escritura pública número 2.266, que con la correspondiente anotación de registro, fue presentada y agregada a los autos, según consta de la respectiva constancia, el día 8 de febrero de 1957, esto es, antes de haberse dictado el auto de citación a las partes para sentencia, el cual lleva fecha 12 de julio del año en curso.

Es de observarse que si bien el instrumento público mencionado fue agregado a los autos extemporáneamente, es decir, cuando ya estaba vencido el término de prueba, puede ser apreciado en este fallo, pues así lo permite el artículo 130 de la Ley 167 de 1941.

A pesar de ello, es evidente que el título en referencia no surte ningún efecto por sí solo para acreditar el interés legítimo de los actores, o mejor, para establecer el presupuesto esencial de la legitimación en la causa, por carecer del certificado sobre vigencia de la inscripción en la Oficina de Registro competente, documento éste que no se trajo a los autos, siendo ostensible, por las constancias del expediente, que esa falta sólo puede ser imputable a negligencia o descuido del señor apoderado de los demandantes.

Se repite que la sola copia de la escritura pública número 2.266 de 10 de junio de 1952 de la Notaría Séptima de Bogotá, que contiene la venta hecha a favor de los actores del terreno denominado "La Victoria", no demuestra que ellos sean los dueños actuales de ese predio, pues para ello se requiere que esa transferencia se halle inscrita en la Oficina de Registro, y que aparezca que esa inscripción está vigente.

De ahí que la Sala esté de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, cuando en su alegato de conclusión hace notar la falta de personería sustantiva de los demandantes en el juicio, por ausencia del título de propiedad, apoyándose en la siguiente jurisprudencia de la Corte que conviene reproducir:

"Porque uno de los principales efectos de la sentencia, en estos juicios, es la entrega del dominio del inmueble a la entidad pública, como consecuencia del pago que ésta debe hacer al particular de lo expropiado. Tal ordenamiento implica la comprobación de que el tradente es el legítimo dueño del bien, lo que se hace no sólo con la aportación del título respectivo, sino con la prueba de la suficiencia del mismo en la forma y términos establecidos por el artículo 635 del Código Judicial. No habrá legitimación en la causa del demandante sin el lleno de tales requisitos legales, porque —se repite— el fallo va a decidir sobre la mutación forzosa de la propiedad inmueble.

"....

"Se carece pues de la prueba legalmente admisible que acredite el interés jurídico del demandante en el pleito, es decir, la de ser legítimo dueño del inmueble. Conclusión que obliga a la Sala a fallar en forma adversa a sus pretensiones. Pues la falta de legitimación en el juicio es coincidente con la carencia de derecho para demandar, con la carencia de acción de parte del actor. No se trata aquí de la falta de un presupuesto procesal, que conduciría a la inhibición del juzgador para fallar, sino de un elemento estructural de la acción, de un requisito necesario para obtener sentencia favorable: el de demostrar el demandante ser propietario del inmueble expropiado". (Sentencia de 18 de junio de 1956.. Sala de Negocios Generales. G. J. Tomo LXXXIII, número 2.169, páginas 186|187).

Lo que se ha expuesto hasta aquí demuestra que deben denegarse las peticiones de la demanda, sin que sea necesario estudiar los demás extremos de la acción y el mérito de los respectivos elementos de prueba allegados al proceso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Deniéganse las peticiones contenidas en la demanda de que se ha hecho mérito y, en consecuencia, ABSUELVESE a la Nación de todos los cargos que se le han formulado en el mencionado libelo.

No hay lugar a condenación al pago de costas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria — Jorge García M., Secretario.

INTERPRETACION GRAMATICAL, LOGICA Y JURIDICA DEL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE MINAS Y PETROLEOS, EN DESACUERDO CON LA DEL MINISTERIO DEL RAMO

De acuerdo con el artículo 26 del Código de Petróleos, el cánon superficiario se regula por los valores determinados en el ordinal b) del mismo artículo, o sean: "Período inicial de exploración: veinte centavos ($ 0.20) por hectárea durante el primer año de vigencia del contrato; sesenta centavos ($ 0.60) durante el segundo; un peso ($ 1.00) durante el tercero; un peso con cuarenta centavos ($ 1.40) durante el cuarto, y un peso con ochenta centavos ($ 1.80) durante el quinto". Y en este ordinal se dice concretamente: "LOS CANONES SUPERFICIARIOS AQUI CONTEMPLADOS SE REDUCIRAN A LA MITAD EN LA RESPECTIVA ANUALIDAD MIENTRAS SE MANTENGA TRABAJANDO DENTRO DE LOS LIMITES DE LA CONCESION POR LO MENOS UN EQUIPO COMPLETO DE PERFORACION".

Esta Sala de la Corte, en desacuerdo con el Ministerio de Minas y Petróleos, interpreta que cuando el artículo 26 del Código de Petróleos dice que "los cánones superficiarios aquí contemplados se reducirán a la mitad EN la respectiva anualidad MIENTRAS se MANTENGA trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación", lo que el legislador ha querido expresar es que tal reducción debe hacerse dentro **de la respectiva anualidad** durante el tiempo en que con vigor y permanencia **se conserve trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación. Tal interpretación es la que gramatical, lógica y jurídicamente se desprende de la verdadera acepción que en dicho artículo tienen, de una parte, la preposición EN, y de otra, el adverbio MIENTRAS, en relación con el verbo MANTENER, que rige la oración.**

Pretender concluír que el artículo 26 lo que exige es el mantenimiento de un equipo completo de perforación dentro de los límites de la concesión, durante toda la anualidad, para tener derecho a la reducción de los cánones superficiarios, es no sólo hacer decir al legislador lo que éste no ha dicho, sino acabar con el estímulo que por ese beneficio se quiso precisamente conceder a los contratistas en busca de petróleo, a la vez que pecar contra la técnica de la industria petrolera, porque es natural suponer que un equipo de perforación no debe estar destinado en lapsos determinados a lo inútil o imposible.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, noviembre veinticinco de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

La sociedad denominada INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, con domicilio en la ciudad de Toronto —Dominio del Canadá— y con sucursal en Colombia, solicita de esta Sala de la Corte, por medio de apoderado, que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía y de única instancia, y con citación y audiencia del Procurador General de la Nación o de su delegado, se hagan contra esta entidad las siguientes declaraciones y condenas:

"PRIMERA.— Que INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, como titular del contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional conocido con el nombre de concesión CHICORAL (571), tiene derecho a que el canon superficiario de la segunda anualidad del período de exploración (24 de mayo de 1956 a 23 de mayo de 1957) sea reducido a la mitad durante el lapso de ciento veinticuatro (124) días de la misma anualidad, por haber mantenido en dicho lapso la sociedad concesionaria un equipo completo de perforación trabajando dentro de los límites de la concesión.

En **subsidio** de la súplica anterior: QUE INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, como titular del contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional

conocido con el nombre de concesión CHICORAL (571), tiene derecho a que el canon superficiario de la segunda anualidad del período de exploración (24 de mayo de 1956 a 23 de mayo de 1957) sea reducido a la mitad durante el lapso que se demuestre en el juicio, por haber mantenido en dicho lapso la sociedad concesionaria un equipo completo de perforación trabajando dentro de los límites de la concesión.

"SEGUNDA.—Que en consecuencia INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, como titular del citado contrato, tiene derecho al reintegro de la suma pagada a la Nación y correspondiente a la mitad del canon superficiario del lapso de ciento veinticuatro (124) días dentro de la segunda anualidad del período de exploración, lapso durante el cual mantuvo trabajando dentro de los límites de la concesión un equipo completo de perforación.

En **subsidio** de la súplica anterior: Que en consecuencia INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, como titular del citado contrato, tiene derecho al reintegro de la suma pagada a la Nación y correspondiente a la mitad del canon superficiario del lapso que se demuestre en el juicio dentro de la segunda anualidad del período de exploración, lapso durante el cual mantuvo trabajando dentro de los límites de la concesión un equipo completo de perforación.

"TERCERA.—Que como consecuencia la Nación está obligada a devolver a INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria del fallo que le ponga fin a esta demanda, o dentro del término que se señale en el mismo fallo, la cantidad equivalente a la mitad del canon superficiario de que trata la súplica anterior, cantidad que estima en $ 4.693.90.

"CUARTA.—Que por tanto son nulas las Resoluciones números 616 de 17 de junio de 1957 en su numeral segundo, y 853 de 19 de agosto de 1957, dictadas por el Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto deniegan la rebaja o reintegro solicitados, respecto del canon y lapso expresados".

AFIRMACIONES DE LA ENTIDAD DEMANDANTE

"1 — INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED es una sociedad constituída de acuerdo con las leyes del Dominio del Canadá, con domicilio legal en la ciudad de Toronto y con sucursal debidamente establecida en Colombia, cuyos estatutos se encuentran protocolizados mediante escritura número 841 de 8 de febrero de 1951 de la Notaría Segunda de Bogotá y cuyo extracto fue registrado en la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de los mismos mes y año, bajo el número 17.569 según resolución ejecutiva número 29 de 15 de mayo del mismo año y con permiso definitivo para ejercer su objeto social en Colombia, otorgado por Resolución número 370 del 21 de mayo de 1951 dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas y registrada en la misma Cámara de Comercio el día 22 de los mismos mes y año bajo el número 17.593.

2—INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED celebró con la NACION un contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional en un globo de terreno, cuyos linderos constan en el citado contrato, ubicado en jurisdicción de los municipios de El Espinal, Guamo y San Luis, en el Departamento del Tolima, contrato que se denomina concesión CHICORAL (571), y que fue elevado a escritura pública por instrumento número 3.543 del 13 de julio de 1956, de la Notaría Segunda de Bogotá, y publicada en el "Diario Oficial" número 29028 del 8 de mayo de 1956.

3—La fecha inicial de este contrato es el día 24 de mayo de 1955, siguiente a aquel en que le fue notificada al Fiscal del Consejo de Estado la providencia mediante la cual esta entidad declaró que el contrato estaba ceñido a la ley, según aparece del punto séptimo de la citada escritura.

4 — Por tanto, el primer año del período de exploración comenzó el 24 de mayo de 1955 y terminó el 23 de mayo de 1956; el segundo año del mismo período comenzó el 24 de mayo de 1956 y terminó el 23 de mayo de 1957; y el tercer año del mismo período comenzó el 24 de mayo de 1957 y hoy día se encuentra en curso.

5—Por la primera anualidad anticipada del período de exploración el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Minas y Petróleos, liquidó y ordenó pagar a INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED por concepto de canon superficiario y de acuerdo con la tarifa establecida en el artículo 26 del Código de Petróleos, la suma de nueve mil doscientos once pesos con catorce centavos ($ 9.211.14) moneda corriente, mediante Resolución número 423 de 10 de junio de 1955 dictada por dicho Ministerio, suma que fue pagada en la Tesorería General de la

República con recibo número 12061 del 20 de junio de 1955.

6—Por la segunda anualidad anticipada del período de exploración el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Minas y Petróleos, liquidó y ordenó pagar a INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED por concepto de cánon superficiario y de acuerdo con la tarifa establecida en el artículo 26 del Código de Petróleos, la suma de veintisiete mil seiscientos treinta y tres pesos con cuarenta y dos centavos ($ 27.633.42) moneda corriente, mediante Resolución número 414 del 15 de mayo de 1956 dictada por dicho Ministerio, suma que fue pagada en la Tesorería General de la República con recibo número 14315 del 24 de mayo de 1956.

7—INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED mantuvo trabajando un equipo completo de perforación dentro de los límites de la concesión y en el lapso comprendido desde el 18 de enero de 1957 hasta el 1º de abril de 1957, luego desde el 3 de abril de 1957 hasta el 17 de mayo de 1957, y por último desde el 19 de mayo de 1957 hasta la terminación de la anualidad (23 de mayo de 1957), es decir durante un total de ciento veinticuatro (124) días, y dentro del término correspondiente a la segunda anualidad del período de exploración (24 de mayo de 1956 a 23 de mayo de 1957).

8—El cánon superficario de la segunda anualidad, por un total de $ 27.633.42, equivale a setenta y cinco pesos con setenta centavos y ocho décimos de centavos ($ 75.708) por día.

9—Como para la época en que finalizaba el segundo año del período de exploración INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED llevaba algunos meses trabajando dentro de la concesión con un equipo completo de perforación, en el mismo memorial presentado el 26 de abril de 1957 para solicitar la liquidación de cánon superficiario correspondiente a la tercera anualidad (24 de mayo de 1957 a 23 de mayo de 1958), anotó el hecho en cuestión y solicitó del Ministerio de Minas y Petróleos la devolución de la mitad del cánon superficiario pagado anticipadamente por la segunda anualidad del mismo período, y por el lapso durante el cual mantuviera trabajando el citado equipo dentro de la concesión en referencia, todo con base en lo dispuesto por el aparte I de la letra b) del artículo 26 del Código de Petróleos, norma expresamente considerada como parte integrante del referido contrato de concesión, a términos de la cláusula novena del mismo.

10—El Ministerio de Minas y Petróleos, por Resolución número 616 del 17 de junio de 1957, decretó la liquidación solicitada del cánon superficiario para la tercera anualidad del período de exploración, y en su numeral segundo denegó la solicitada devolución de la mitad del cánon en referencia.

11—Contra dicha providencia INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED interpuso en tiempo hábil recurso de reposición, el que fue desatado mediante Resolución número 583 del mismo Ministerio, dictada el 19 de agosto de 1957, en el sentido de no acceder a la reposición solicitada, Resolución esta última que fue notificada a INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED el 5 de septiembre del dicho año.

12—INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED ha sido y es única titular del citado contrato de concesión CHICORAL (571) a que se ha hecho referencia.

13—El suscrito es apoderado general de INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, con facultad de comparecer ante cualesquiera autoridades del orden judicial para presentar demandas, etc., tal como aparece de la escritura número 1.397 del 7 de marzo de 1955 de la Notaría Segunda de Bogotá, cuyo extracto se registró en la Cámara de Comercio de esta ciudad el 20 de los mismos mes y año bajo el número 17.868".

Como fundamentos de derecho, la entidad demandante, por medio de su apoderado, cita varias disposiciones de los Códigos Civil, Judicial y de Petróleos, y decisiones jurisprudenciales de esta Sala. Acompaña además con el libelo varios documentos públicos. Pero unas y otros serán debidamente analizados con posterioridad.

Esta Sala admitió la demanda anterior y ordenó darla en traslado al Procurador Delegado en lo Civil por el término legal, como representante de la Nación demandada, quien oportunamente lo descorrió en el sentido de oponerse a las pretensiones de la sociedad demandante, fundado "tanto en la recta interpretación del contrato base del juicio, como en lo dispuesto en la ley del petróleo y demás disposiciones concordantes", y para decir que los hechos deben probarse porque no le constan.

El juicio se abrió a prueba por los términos legales, de los cuales solamente hizo uso la parte actora para pedir y hacer practicar las que luégo se analizarán. Ambas partes alegaron de conclusión por medio de sus representantes y fueron citadas para sentencia.

Llegado pues el momento procesal de proferir el fallo, sin vicios de nulidad que purgar previamente, a ello se procede.

* * *

De los certificados expedidos por el Presidente y el Secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, visibles a folios 5 y 34 del cuaderno número 2 del expediente, se desprende que INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED —demandante— es una sociedad constituída de acuerdo con las leyes del Dominio del Canadá, con domicilio en la ciudad de Toronto y con sucursal legalmente establecida en Colombia, mediante estatutos protocolizados por escritura pública número 841 de 8 de febrero de 1951 de la Notaría Segunda de Bogotá. El extracto correspondiente fue registrado— como lo dicen tales certificados— en la Cámara de Comercio de Bogotá el 19 de los mismos mes y año, bajo el número 17569, según aparece de la Resolución ejecutiva número 0029 de 15 de mayo del propio año, y con permiso definitivo para ejercer su objeto social en Colombia, el que fue otorgado por Resolución número 370 del 21 de mayo de 1951 dictada por la Superintendencia de Sociedades Anónimas y registrada en la misma Cámara de Comercio el 22 de dichos mes y año, bajo el número 17593.

De los referidos certificados también se deduce que la entidad demandante —INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED— está debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá y afiliada a esta institución con matrícula renovada; que tiene apoderado general, quien sustituyó en el doctor Francisco Parodi Dávila la facultad de representarla ante las autoridades judiciales, con autorización para el sustituto de sustituír a su vez el poder.

Quiere pues expresar lo anterior, que en este juicio se hallan convenientemente demostradas la personería sustantiva y la adjetiva de la sociedad demandante, al tenor del artículo 40 de la Ley 28 de 1931 y de las disposiciones pertinentes de los Códigos de Comercio y Civil, o lo que es lo mismo, el presupuesto procesal consistente en la capacidad sustantiva de una de las partes en el juicio y su debida representación en el trámite de éste.

Con la capacidad sustantiva de la sociedad demandante, ésta, para demostrar su interés jurídico en el pleito, por medio de su apoderado judicial acompañó con el libelo de demanda una quinta copia de la escritura pública número 3543 del 13 de julio de 1956, de la Notaría Segunda de Bogotá, registrada, y el "Diario Oficial" número 29028 del 8 de mayo del mismo año, donde aquella escritura fue publicada. Consta en dicho instrumento que INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED celebró con la NACION un contrato para la exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional, en un globo de terreno debidamente alindado por los linderos insertos en el contrato, ubicado en jurisdicción de los municipios de Espinal, Guamo y San Luis, en el Departamento del Tolima, el que se denomina CONCESION CHICORAL (571). Y consta también que la fecha fijada como inicial para el convenio es el día 24 de mayo de 1955, siguiente al en que le fue notificada al Fiscal del Consejo de Estado la providencia por la cual esta entidad declaró que el contrato estaba ceñido a la ley. De todo lo cual se desprende que el primer año del período de exploración —el cual está determinado por el artículo 23 del Código de Petróleos— empezó el 24 de mayo de 1955 y terminó el 23 de mayo de 1956; el segundo año del mismo período comenzó el 24 de mayo de 1956 y terminó el 23 de mayo de 1957; el tercer año del período en mención empezó el 24 de mayo de 1957 y terminó el 23 de mayo de 1958, y el cuarto está en curso aún.

Con el certificado expedido por el Secretario del Servicio Legal de Petróleos del Ministerio de Minas y Petróleos, visible al folio 46 vuelto del cuaderno principal, se demuestra que INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED es en la actualidad titular del contrato contenido en la escritura pública a que se alude en el párrafo anterior.

De folios 34 a 37 del cuaderno principal obran en copia expedida por el Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos las Resoluciones números 423 y 414, de 10 de junio de 1955 y 15 de mayo de 1956, por las cuales se ordena a la entidad demandante pagar en la Tesorería General de la República las sumas de $ 9.211.14 y $ 27.633.52 moneda corriente, respectivamente, como valor de los cánones superficiarios correspondientes a la primera y segunda anualidad del contrato conocido con el nombre de CONCESION CHICORAL (571), o sea, del 24 de mayo de 1955 al 23 de mayo de 1956, y del 24 de mayo de 1956 al 23 de mayo de 1957.

Al folio 39 del citado cuaderno principal obra un certificado del Tesorero General de la República, según el cual la Compañía demandante pagó en esa Tesorería no sólo las cantidades liquidadas

por cánones superficiarios correspondientes a la primera y segunda anualidad de la Concesión Chicoral (571), ya vistas antes, sino la correspondiente a la tercera anualidad computada del 24 de mayo de 1957 al 23 de mayo de 1958, sobre la misma concesión.

De folios 36 a 40 del cuaderno número 2, están agregados como prueba los siguientes documentos:

a) Previo informe del Ingeniero Director de la División Nacional de Petróleos del Ministerio de Minas y Petróleos, un certificado del Secretario General del Ministerio, según el cual, la entidad demandante mantuvo trabajando un equipo completo de perforación dentro de la CONCESION CHICORAL (571), en las siguientes épocas: del 18 de enero de 1957 al 1º de abril del mismo año en el pozo S—2— 571; del 3 de abril de 1957 al 17 de mayo del mismo año, en el pozo S—1—571; y del 19 de mayo de 1957 al 24 de mayo, inclusive, del mismo año, en el pozo S—3—571.

b) Un memorial dirigido por el apoderado de la Compañía demandante al señor Ministro de Minas y Petróleos, para solicitarle certificación sobre los mismos puntos antes expresados, en el cual transcribe el ACTA fechada el día 18 de enero de 1957, suscrita por Bernardo Munévar, comisionado especial del Ministerio, y por Manuel Torres Peralta, en represntación de INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, para dar principio a la perforación del pozo S—2—571, acta en la cual constan todas las especificaciones del pozo y del equipo completo para la perforación.

c) Previo informe del Ingeniero Director de la División de Petróleos del Ministerio de Minas y Petróleos, un certificado del Secretario del Servicio Legal de Petróleos, sobre ser auténtica la transcripción del ACTA contenida en el memorial del señor apoderado de la entidad demandante al señor Ministro de Minas y Petróleos, a que se alude en el ordinal b) anterior, y ser evidente que el equipo de perforación detallado en dicha acta estuvo trabajando en los terrenos de la CONCESION CHICORAL (571) en las épocas mencionadas en el ordinal a) ya citado.

Y de folios 40 a 45 del cuaderno principal, obra expedida por el Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, copia de las siguientes diligencias:

1º— Del memorial en que el doctor Francisco Parodi Dávila solicitó del Ministerio la liquidación de la tercera anualidad de cánones superficiarios de la concesión Chicoral (571) y la devolución de la mitad del cánon superficiario pagado por el segundo año del período inicial de exploración de esa conceción, por haber mantenido trabajando durante este segundo año, dentro de los límites de la concesión, un equipo completo de perforacion, con el cual se perforó ya un pozo, se perfora otro y se proyecta perforar otro más.

2º—De la Resolución número 616 de 17 de junio de 1957 —Sección Jurídica del Ministerio de Minas y Petróleos— por la cual se liquidó el cánon superficiario relativo a la tercera anualidad de la concesión Chicoral y se NEGO la rebaja de la mitad del cánon pagado por la segunda anualidad.

3º—Del memorial por el cual el abogado Parodi Dávila solicitó recurso de reposición contra la Resolución número 616 de 17 de junio de 1957; y

4º—De la Resolución número 853 de 19 de agosto de 1957 —Sección Jurídica del Ministerio mencionado— por la cual no se accedió a reponer la número 616, ya citada.

Todas las resoluciones aparecen debidamente notificadas.

* * *

En este negocio no se discute propiamente sobre los hechos consignados en el libelo de demanda, los que para esta Sala de la Corte están suficientemente demostrados con los documentos públicos que se dejan relacionados. Se debe dirimir, en cambio, la oposición del señor Procurador Delegado en lo Civil a las pretensiones de la entidad demandante, la cual se funda en las mismas razones que el Ministerio de Minas y Petróleos tuvo para negarle a dicha entidad el recurso de reposición que ésta, por medio de apoderado, interpuso contra la Resolución número 616, de 17 de junio de 1957.

En efecto, el Ministerio en Resolución número 853, citada, dijo:

"Vuelve el señor recurrente a insistir en este caso acerca de la redacción del precepto contenido en el artículo 26 del Código de Petróleos, en cuanto se refiere a la gracia de la rebaja de cánones para quienes hayan trabajado con asiduidad dentro de los límites de las concesiones. El Ministerio, en múltiples providencias ha fijado el criterio sobre el particular, bastando por ahora citar entre tales providencias la distinguida con el número 1.128, de 25 de noviembre de 1954, producida en relación con la rebaja solicitada para la segunda anualidad del período inicial de exploración de la Concesión Torcoroma, de la que era titular la misma International Petroleum (Colom-

bia) Limited. En dicha providencia, entre otros argumentos se dijo:

'Es indiscutible que la preposición EN que emplea el artículo 26 del Código de Petróleos es indicativa de la determinación de la acción del verbo a que se refiere, pero ello en manera alguna significa que la exigencia que en dicha disposición se hace, relativa al mantenimiento de trabajos dentro de los límites de la concesión, deba interpretarse en el sentido de que basta que se hayan ejecutado tales trabajos sin tenerse en cuenta el tiempo empleado en ellos. La preposición se refiere aquí a la anualidad que causó los cánones. La exigencia del tiempo de trabajos continuos se halla en el verbo que usa, que es el verbo **mantener,** el que ha sido tomado en la acepción de "dar permanencia", lo que a su vez quiere decir "duración firme y constante". Si, como dice el recurrente, el adverbio **mientras** hace relación a la duración del tiempo que haya estado trabajando el equipo de perforación, tenemos que tal duración en el caso presente ha debido tener el carácter de permanencia, como se ha dicho'.

"De la transcripción anterior se deduce que es innecesario entrar a hacer un nuevo análisis gramatical acerca de la redacción del artículo 26 en la parte pertinente a la rebaja de cánon, ya que se considera que este argumento del Ministerio tiene vigencia también para el caso de la Concesió Chicoral.

Evidentemente la rebaja de que se viene hablando tiene por finalidad estimular la exploración con taladro en las concesiones. Pero justamente, por tratarse de un estímulo, es necesaria la exigencia de que los trabajos ejecutados en las respectivas anualidades se realicen en forma **más o menos continua,** pues como se dijo en la precitada providencia número 1.128, podría llegarse a colocar en igualdad de circunstancias al concesionario que ejecute trabajos de perforación durante uno, dos, diez o quince días con el que los haya efectuado durante trescientos o más durante la anualidad respectiva, lo que a más de ser inequitativo e injusto iría contra el mismo espíritu de estímulo consagrado en la disposición.

"El argumento traído por el señor recurrente en relación con el uso de equipos modernos que faciliten un mayor incremento en los trabajos de perforación y que permitan, consiguientemente, realizar tales trabajos en un tiempo menor al que pueda ser empleado por razón de usarse equipos anticuados, y que por tanto debe tenerse en cuenta esta circunstancia para dar aplicabilidad a la rebaja de cánones, es un argumento inadmisible por cuanto los concesionarios de contratos de exploración y explotación de petróleo deben tener interés en que los trabajos tendientes al logro de los fines de los respectivos contratos se realicen dentro de la mayor técnica, ya que ésta redunda en su provecho por resultar más económico. Pero no puede imponerse a los concesionarios la obligación de usar equipos modernos para hacerse acreedores a la rebaja. Por otra parte, el pago de cánones superficiarios no es una sanción sino una contraprestación y, consiguientemente, una de las obligaciones emanadas de los contratos.

"Parece fuera de lugar el argumento del señor apoderado de la recurrente cuando dice: 'Por otra parte, y como es cuestión de azar la coincidencia exacta o aproximada del lapso de exploración con taladro con una cualquiera de las anualidades contractuales del período de exploración, resultaría entonces que cuando tal coincidencia no se produce, el contratista, no obstante haber efectuado la dicha exploración con taladro dentro de considerables lapsos de dos anualidades, no podría gozar del beneficio de la rebaja del cánon estatuída por la ley, al paso que sí se haría acreedor a ella cuando la tal coincidencia se produce".

"Se dice que el argumento anteriormente transcrito está fuera de lugar por cuanto en la providencia recurrida nada se dijo sobre el particular. Se tuvo en cuenta sí, el informe de la sección de fiscalización relativo a los trabajos de perforación efectuados durante la segunda anualidad, los que sólo fueron mantenidos durante ciento tres días, o sea, tres meses tres días, tiempo que dista en mucho del que el Ministerio ha venido exigiendo para tener derecho a que la rebaja se produzca".

* * *

De acuerdo con el artículo 26 del Código de Petróleos, el cánon superficiario que deberá pagar la International Petroleum (Colombia) Limited, se regula por los valores determinados en el ordinal b) del mismo artículo, o sean: "Período inicial de exploración: veinte centavos ($ 0.20) por hectárea durante el primer año de vigencia del contrato; sesenta centavos ($ 0.60) durante el segundo; un peso ($ 1.00) durante el tercero; un peso con cuarenta centavos ($ 1.40) durante el cuarto, y un peso con ochenta centavos ($ 1.80) durante el quinto". Y en este ordinal se dice concretamente: "LOS CANONES SUPERFICIARIOS AQUI CONTEMPLADOS SE REDUCIRAN A LA MITAD EN LA RESPECTIVA ANUALIDAD MIENTRAS SE MANTENGA TRABAJANDO DENTRO DE LOS LIMITES DE LA CONCESION

POR LO MENOS UN EQUIPO COMPLETO DE PERFORACION".

Previamente a la interpretación gramatical, lógica y jurídica de la parte pertinente del artículo 26 preinserto, advierte la Sala que en el contrato celebrado por la entidad demandante con la Nación, denominado Concesión Chicoral (571), base de este pleito, se consignó: "CLAUSULA SEGUNDA.—REGIMEN LEGAL DEL CONTRATO. Este contrato queda regido de manera absoluta e incondicional por todos y cada uno de las disposiciones de las leyes treinta y siete (37) de mil novecientos treinta y uno (1931), ciento sesenta (160) de mil novecientos treinta y seis (1936) y diez y ocho (18) de mil novecientos cincuenta y dos (1952), del Decreto Extraordinario dos mil doscientos setenta (2.270) de mil novecientos cincuenta y dos (1952) y de los Decretos Reglamentarios números mil doscientos setenta (1.270) de mil novecientos treinta y uno (1931), novecientos cincuenta (950) de mil novecientos treinta y siete (1937), mil seiscientos noventa y cuatro (1.694) de mil novecientos treinta y nueve (1939) y trescientos treinta y dos (332) de mil novecientos cincuenta y tres (1953) (tal como aparecen codificadas en el Decreto mil cincuenta y seis (1.056) de mil novecientos cincuenta y tres (1953), 'por el cual se expide el Código de Petróleos') disposiciones que constituyen cláusulas de la presente negociación y se consideran incorporadas en ella, quedando íntegramente aceptadas como tales por el Gobierno y el Contratista, sin reserva ni limitación alguna, sometiéndose a todas y cada una de ellas. PARAGRAFO.— Es entendido que en este contrato se consideran también incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, de acuerdo con el artículo treinta y ocho (38) de la Ley ciento cincuenta y tres (153) de mil ochocientos ochenta y siete (1887)". Es decir, que como el artículo 26 del Código de Petróleos vigente quedó incorporado, según la Cláusula Segunda del contrato mencionado, en este mismo contrato, entonces, con base en él bien ha podido la entidad demandante contratista ejercitar la acción de que trata este juicio.

Con la anterior advertencia, esta Sala de la Corte, en desacuerdo con el Ministerio de Minas y Petróleos, interpreta que cuando el artículo 26 del Código de Petróleos dice que "los cánones superficiarios aquí contemplados se reducirán a la mitad EN la respectiva anualidad MIENTRAS se MANTENGA trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación", lo que el legislador ha querido expresar es que tal reducción debe hacerse dentro de la respectiva anualidad durante el tiempo en que con vigor y permanencia se conserve trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación. Tal interpretación es la que gramatical, lógica y jurídicamente se desprende de la verdadera acepción que en dicho artículo tienen, de una parte, la preposición EN, y de otra, el adverbio MIENTRAS, en relación con el verbo MANTENER, que rige la oración.

Pretender concluír —como se concluye en la Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos, atrás copiada— que el artículo 26 lo que exige es el mantenimiento de un equipo completo de perforación dentro de los límites de la concesión, durante toda la anualidad, para tener derecho a la reducción de los cánones superficiarios, es no sólo hacer decir al legislador lo que éste no ha dicho, sino acabar con el estímulo que por ese beneficio se quiso precisamente conceder a los contratistas en busca de petróleo, a la vez que pecar contra la técnica de la industria petrolera, porque es natural suponer que un equipo de perforación no debe estar destinado en lapsos determinados a lo inútil o imposible. Aquí cabe transcribir lo expresado por el señor apoderado de la Compañía demandante en su alegato de conclusión:

"Ha sido permanentemente admitido, y así lo exige la intención de la disposición, que la concesión de la rebaja dicha, se encamina a estimular a los contratistas a que exploren con taladro, lo cual es conveniente para la aceleración de los estudios del período de exploración, en beneficio de la industria petrolera en general y por ende de la economía del país. Entendido esto así es apenas lógico suponer que el legislador concedió la rebaja a título de estímulo por el tiempo que se mantuviere trabajando el equipo completo de perforación y sólo por ese tiempo. La equivocada interpretación que se ha venido dando por el Ministerio al artículo es contraria al espíritu que animó al legislador y por ende injusta; mal puede pensarse que en trabajos de índole tan aleatoria y compleja haya de mantenerse trabajando un equipo completo durante un lapso determinado de tiempo, verbigracia un año, sin interrupción alguna, so pena de perder el derecho a la rebaja, cuando es bien sabido que en muchas ocasiones por daños reparables o irreparables se suspende la perforación, bien para corregir el daño, bien para trasladar el equipo a otro lugar por ser impracticable la reparación en la primera perforación. De exigirse el mantenimiento de la perforación

durante determinado lapso sin interrupción, se estaría exigiendo al contratista algo técnicamente imposible de cumplir y el estímulo resultaría inoperante...."

Para esta Sala de la Corte, en el proceso se encuentra plenamente demostrado el pago anticipado que la entidad demandante hizo de los cánones superficiarios correspondientes a la segunda anualidad del contrato, lo mismo que el hecho fundamental de haber mantenido un equipo completo de perforación dentro de los límites de la concepción por el término de ciento veinticuatro (124) días en esa anualidad. En tal virtud, la International Petroleum (Colombia) Limited tiene derecho, al tenor de lo comentado, a que la Nación le devuelva o reintegre a su patrimonio un valor correspondiente a la MITAD de los cánones liquidados sobre esos ciento veinticuatro días, máxime cuando se trata de una obligación divisible, según el artículo 1.581 del Código Civil, cual es la de pagar una suma de dinero. De igual manera, para la Sala es procedente la declaración de nulidad o ineficacia de las Resoluciones por las cuales el Ministerio de Minas y Petróleos negó a esa Compañía tal devolución o reintegro, declaración ésta previa a las de reintegro y no consecuencial, como lo ha pedido la parte actora en su libelo de demanda.

La Sala de su parte ha verificado que la cantidad de cuatro mil seiscientos noventa y tres pesos, noventa centavos ($ 4.693.90) moneda corriente, cuya devolución o reintegro solicita a su favor la entidad demandante, sí corresponde exactamente a la mitad de la de nueve mil trescientos ochenta y siete pesos, setenta y nueve centavos ($ 9.387.79) de la misma moneda, a que asciende el monto de los cánones superficiarios en ciento veinticuatro (124) días de la segunda anualidad del contrato de exploración y explotación llamado CONCESION CHICORAL (571).

En fuerza de las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.—Son nulas las Resoluciones números 616 de 17 de junio de 1957, en su numeral segundo, y 853 del 19 de agosto de 1957, dictadas por el Ministerio de Minas y Petróleos, en cuanto deniegan la rebaja o reintegro de la mitad del cánon de la segunda anualidad, en ciento veinticuatro (124) días, que INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED mantuvo trabajando dentro de los límites de la Concesión Chicoral (571) un equipo completo de perforación.

SEGUNDO.— INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, como titular del contrato de exploración y explotación de petróleos de propiedad nacional conocido con el nombre de concesión CHICORAL (571), tiene derecho a que el cánon superficiario de la segunda anualidad del período de exploración (24 de mayo de 1956 a 23 de mayo de 1957) sea reducido a la mitad durante el lapso de ciento veinticuatro (124) días de la misma anualidad, por haber mantenido en dicho lapso la sociedad concesionaria un equipo completo de perforación trabajando dentro de los límites de la concesión.

TERCERO.— INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, como titular del citado contrato, tiene derecho al reintegro de la suma pagada a la Nación y correspondiente a la mitad del cánon superficiario del lapso de ciento veinticuatro (124) días dentro de la segunda anualidad del período de exploración, lapso durante el cual mantuvo trabajando dentro de los límites de la concesión un equipo completo de perforación.

CUARTO. — En consecuencia, condénase a la Nación a devolver a INTERNATIONAL PETROLEUM (COLOMBIA) LIMITED, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la cantidad de cuatro mil seiscientos noventa y tres pesos, noventa centavos ($ 4.693.90) moneda legal, cantidad equivalente a la mitad del cánon superficiario a que aluden las declaraciones anteriores.

No hay lugar a condena en costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo—Roberto Goenaga— Jorge Sanabria—Jorge García Merlano, Secretario.

A LA JUSTICIA ORDINARIA CORRESPONDE EL CONOCIMIENTO DE LOS NEGOCIOS SOBRE INDEMNIZACION POR OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA Y LOS OTROS PERJUICIOS QUE CON ELLA SE CAUSEN POR EL TRABAJO PUBLICO, Y A LA JURISDICCION CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVA EL DE LOS ASUNTOS QUE VERSEN UNICAMENTE SOBRE INDEMNIZACION POR DAÑOS. — MAS CUANDO LA OCUPACION Y LOS DAÑOS SON CONEXOS, O SEA CUANDO CON MOTIVO DE AQUELLA SE CAUSAN ESTOS, ENTONCES LAS DOS INDEMNIZACIONES POR LOS DOS ACTOS SON ACUMULABLES Y DE ELLAS CONOCE LA JUSTICIA ORDINARIA. — NULIDAD

Según doctrina de la Corte, cuandoquiera que con motivo de trabajos públicos se ocupa de manera permanente una propiedad privada y para efectuar la ocupación se causan daños, corresponde a la justicia ordinaria conocer de la acción que se promueva para reclamar la indemnización correspondiente. Tal, por ejemplo, el caso en que una entidad de derecho público construye una vía sobre zonas territoriales de un particular, para lo cual destruye edificaciones o cualquier otra obra perteneciente al mismo dueño del terreno ocupado. En ese evento no se trata de dos acciones sino de una sola, o sea de "indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", según los términos del fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del C. C. A., de fecha 20 de junio de 1955. Y esto es obvio, porque siendo los daños motivados por la ocupación, deben jurídicamente confundirse con ella en el reclamo de la indemnización debida. En cambio, cuando no provienen directamente de la ocupación, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento de la acción que se promueva para que sean indemnizados. Así, los sufridos por propietarios de inmuebles limítrofes o inmediatos a la vía, o los causados al dueño de las zonas ocupadas, en predios distintos al de la ocupación. Esto no obstante ,cuando ambas acciones se incoaron en una misma demanda y se tramitaron por la jurisdicción administrativa dentro de la vigencia de los artículos 261 a 268 del C. C. A., deben fallarse, sin invalidar ese trámite, decidiendo la justicia ordinaria lo de su competenicia, y pasando luégo el negocio a la administrativa para lo de la suya. Esto, en virtud del principio según el cual la inexequibilidad deja sin vigencia la ley para el futuro pero no afecta ni invalida los actos realizados durante su aplicación, principio expuesto en la aclaración hecha por la Corte al fallo en que se declararon inexequibles las mencionadas disposiciones, reiterado en los considerandos del Decreto 0293 de 15 de febrero de 1956, y concretado en el artículo 1º del mismo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de noviembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Samuel De Sola Roncallo).

De conformidad con los artículos 261 a 268 del C. C. A., que daba a esa jurisdicción competencia para conocer de todas las acciones por indemnización de perjuicios a causa de trabajos públicos, promovió este juicio el señor Rafael Cadavid C. demandando al municipio de Andes, ante el Tribunal Administrativo de Medellín, el 18 de septiembre de 1953, para que se le condene a pagarle los perjuicios que se le causaron con la construcción de un carreteable entre la cabecera del citado municipio y el corregimiento de Santa Rita, consistentes en la ocupación de varias fajas de terreno y en la destrucción de cercas, árboles de café, etc.

El negocio fue adelantado por el Tribunal hasta proferir el auto de 23 de agosto de 1955 en el que se citó para sentencia, y el 3 de octubre siguiente pasó al despacho para fallo.

* * *

Por sentencia de 20 de junio de 1955, que quedó en firme el 1º de septiembre, la Corte declaró

inexequibles los citados artículos 261 a 268 "en cuanto reglamentan el ejercicio ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa de las acciones por indemnización de perjuicios por trabajos públicos, con motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública". Quedó así, dicha jurisdicción, sin competencia para conocer de tales acciones.

Teniendo en cuenta que al ejecutoriarse aquella sentencia "cursaban ante los Tribunales Administrativos y ante el Consejo de Estado, numerosos juicios sobre pago de indemnizaciones por la ocupación permanente de propiedad privada inmueble, con ocasión de trabajos públicos", se dispuso, por Decreto Legislativo número 293 de 15 de febrero de 1956, que esos juicios pasaran a la justicia ordinaria con el exclusivo objeto de finalizar su tramitación y de dictar las sentencias a que hubiera lugar, con aplicación de los precitados artículos. Además, se dio por el mismo Decreto plena validez y efecto a las actúaciones y trámites surtidos ante aquellos Tribunales y el Consejo de Estado, y a las sentencias proferidas durante la vigencia de las referidas disposiciones, y se estableció que cuando en ellas se habla del Consejo de Estado y de los Tribunales Administrativos, debe entenderse que se trata de la Sala de Negocios Generales de la Corte y de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial que funciona en la capital del respectivo Departamento.

* * *

En virtud del fallo de inexequibilidad y del decreto mencionados, el Tribunal Administrativo de Medellín remitió este negocio al Superior de la misma ciudad, el 23 de marzo de 1956, a fin de que éste lo resolviera en primera instancia. En principio el Tribunal Superior se negó a avocar el conocimiento hasta que el Administrativo decidiera la acción por los daños propiamente dichos. Pero luégo aceptó su competencia y por fallo de 21 de junio de 1957 condenó en abstracto a la entidad demandada a pagar el valor de la zona de terreno ocupada y el de los daños consiguientes.

Concedida la apelación interpuesta por las partes contra ese fallo, se remitió el juicio a la Corte, y en esta instancia se adelantó su trámite hasta disponer los traslados para alegar de conclusión, traslados de que no hicieron uso. Pidió entonces el apoderado del municipio la nulidad de todos los actos procesales para que la acción por los daños sea llevada al conocimiento del Juez competente, petición que, hallándose debidamente tramitada, se procede a resolver.

* * *

El peticionario, sobre la base de que se trata de dos acciones diferentes, una por ocupación permanente de la propiedad y otra por los daños causados a la misma, cuyo conocimiento compete, en su orden, a la justicia ordinaria y a la contencioso administrativa, de conformidad con la sentencia de inexequibilidad y el decreto antes citados, afirma que esta Sala ha proferido decisiones contradictorias en lo concerniente a la validez de la acumulación de dichas acciones y a la competencia de esta Sala para fallarlas conjuntamente. Cita, al respecto, los fallos de 26 de mayo y 11 de junio de 1956 (GACETAS números 2.167 y 2.169, páginas 679 y 143 respectivamente), para hacer ver cómo por la primera se considera que tales acciones no son acumulables y que la justicia ordinaria sólo tiene competencia para conocer de la correspondiente a indemnizaciones por ocupación permanente de la propiedad, y por la otra se admite la posibilidad de la acumulación. Sostiene luégo que aun cuando la conexidad es lo que hace permisible la acumulación, ésta no procede cuando la naturaleza de los juicios es diferente y por razón de ella su conocimiento compete a distintas jurisdicciones. Expone, además, que la primera condición para que una acción pueda proponerse conjuntamente con otra, es la de que el Juez sea competente para conocer de todas, sin otra excepción que la consagrada por el artículo 209, numeral 1º, del Código Judicial. De todo lo cual concluye que la Corte no tiene jurisdicción para conocer en este juicio de la acción por daños, que compete privativamente a la jurisdicción contencioso administrativa, aunque sea conexa con otra cuyo conocimiento sí corresponda a esta corporación, y que, por tanto, deben declararse nulos todos los actos procesales, porque no se subsanaría la nulidad en cuanto a aquélla acción "manteniendo los actos ejecutados por la jurisdicción común y enviando el proceso para que sea fallado, una vez que se decida la acción por ocupación permanente de la propiedad, porque si tales actos son nulos, deben rehacerse para que procesalmente tengan valor y fundamento sobre los cuales pueda asentarse un fallo válido".

En el primero de los fallos citados por el memorialista, el de 26 de mayo de 1956, y con respecto a un juicio en el que se acumularon acciones por indemnización de perjuicios, unas por ocupación permanente de la propiedad y otra por daños, juicio que fue fallado por un Tribunal Admi-

nistrativo y pasó luégo, por apelación, al Consejo de Estado, de donde se remitió a la Corte en virtud del Decreto 0293, ésta consideró que no se había incurrido en nulidad, puesto que la tramitación surtida ante lo contencioso hasta que se profirió la sentencia de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del C. C. A. era válida, según aquel Decreto. Estimó, por lo mismo, que en ese caso lo jurídico era "seguir un procedimiento en que, consultándose el interés de las partes, la economía procesal y la efectividad de los derechos, se decida cada una de las acciones por quien legalmente tenga facultad para ello. Así, la justicia ordinaria fallará los negocios sobre indemnización por ocupación permanente de la propiedad inmueble **y los otros perjuicios que con ella se causen por el trabajo público,** y la jurisdicción administrativa, **los asuntos que versen únicamente sobre indemnización por daños.** Por lo cual, una vez fallado lo primero, se dispondrá pasar la actuación a los Tribunales Administrativos o al Consejo de Estado para que decidan sobre lo de su competencia". (Subraya ahora la Sala).

En el otro fallo que cita igualmente el apoderado del municipio en su petición de nulidad, dijo la Sala: "Consagra, pues, el artículo 263 del C. C. A. dos acciones: una por ocupación permanente de la propiedad particular, y otra por daños causados a dicha propiedad. De la primera conoce hoy la justicia ordinaria de conformidad con el fallo sobre inexequibilidad de varios artículos de la Ley 167 de 1941, proferido por la Corte el 20 de junio de 1955, y en atención al Decreto Legislativo número 0293 de 15 de febrero del presente año, en vigencia desde el 29 de ese mismo mes; de la segunda conoce la justicia contencioso-administrativa. **Mas cuando la ocupación y los daños son conexos, o sea cuando con motivo de aquélla se causan éstos, entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables y de ellas conoce la justicia ordinaria".**

Como se ve, es una misma la doctrina contenida en los dos apartes transcritos. Según ella, cuandoquiera que con motivo de trabajos públicos se ocupa de manera permanente una propiedad privada y para efectuar la ocupación se causan daños, corresponde a la justicia ordinaria conocer de la acción que se promueva para reclamar la indemnización correspondiente. Tal, por ejemplo, el caso en que una entidad de derecho público construye una vía sobre zonas territoriales de un particular, para lo cual destruye edificaciones o cualquier otra obra perteneciente al mismo dueño del terreno ocupado. En ese evento no se trata de dos acciones sino de una sola, o sea la de "indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivos de ocupación permanente de la propiedad privada por la Administración Pública", según los términos del fallo de inexequibilidad tantas veces citado. Y esto es obvio, porque siendo los daños motivados por la ocupación, deben jurídicamente confundirse con ella en el reclamo de la indemnización debida. En cambio, cuando no provienen directamente de la ocupación, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento de la acción que se promueva para que sean indemnizados. Así, los sufridos por propietarios de inmuebles limítrofes o inmediatos a la vía, o los causados al dueño de las zonas ocupadas, en predios distintos al de la ocupación. Este no obstante, cuando ambas acciones se incoarón en una misma demanda y se tramitaron por la jurisdicción administrativa dentro de la vigencia de los artículos 261 a 268 del C. C. A., deben fallarse, sin invalidar ese trámite, decidiendo la justicia ordinaria lo de su competencia, y pasando luégo el negocio a la administración para lo de la suya. Esto, en virtud del principio según el cual la inexequibilidad deja sin vigencia la ley para el futuro pero no afecta ni invalida los actos realizados durante su aplicación, principio expuesto en la aclaración hecha por la Corte al fallo en que se declararon inexequibles las mencionadas disposiciones, reiterado en los considerandos del Decreto 0293, y concretado en el artículo 1º del mismo.

Estas consideraciones son suficientes para ver cómo en el presente juicio, ninguna nulidad afecta la actuación del Tribunal Administrativo surtida hasta la fecha en que se profirió el auto de citación para sentencia, —pues hasta entonces estaban en vigencia los precitados artículos 261 a 268— ni, la sentencia del Tribunal Superior y la actuación consiguiente, inclusive la de esta Sala, desde luego que aquel es el competente para conocer en primer grado de los perjuicios por la ocupación, y a la Corte corresponde el conocimiento de los mismos, en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte NIEGA la declaración de nulidad de todos los actos procesales, pedida por el apoderado del demandado.

Cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Samuel De Sola Roncallo—Jorge García Merlano, Secretario.

OBRA PUBLICA. — CARACTERISTICAS DE ESTA. — LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO NO PUEDEN USAR O TOMAR A SU ARBITRIO LOS INMUEBLES DE PROPIEDAD PARTICULAR, SO PRETEXTO DE EJECUTAR OBRAS DE INTERES CIAL, PORQUE EL DERECHO DE PROPIEDAD ESTA GARANTIZADO POR LA CONSTITUCION; SOLAMENTE PUEDEN REALIZARLAS POR LOS MODOS Y MEDIANTE LOS REQUISITOS QUE LA PROPIA CARTA Y LAS LEYES ESTABLECEN

La obra pública es aquella que se caracteriza por las siguientes circunstancias: que haya sido ordenada por una entidad administrativa; que recaiga sobre un bien inmueble, y que esté destinada a fines de utilidad pública o de interés social.

Una obra material, como la carretera, ordenada por una entidad de derecho público, que recae sobre bienes inmuebles y que está destinada al servicio público, es OBRA PUBLICA, y como tal pertenece al patrimonio del Estado como bien de dominio público, inalienable e imprescriptible por lo mismo mientras cumpla la finalidad para que fue construída. Si al ejecutarla, la Administración se ha servido de la propiedad particular, incorporándola en tal forma al patrimonio público de la Nación, tal propiedad se pierde para su dueño puesto que no puede obtener su restitución por parte del Estado; pero éste está obligado a pagarle la indemnización debida. No quiere esto decir que las entidades de derecho público puedan usar o tomar a su arbitrio los inmuebles de propiedad particular, so pretexto de ejecutar obras de interés social, porque el derecho de propiedad está garantizado por la Constitución; y si es verdad que la propiedad tiene una función social, solamente puede realizarse ella por los modos y mediante los requisitos que la propia Carta y las leyes establecen. De ahí que cuando se ocupa un inmueble de propiedad privada con motivo de una obra pública, el derecho del propietario a la indemnización es incuestionable, y por lo demás, independiente de la ilicitud con que hayan podido proceder las autoridades o los funcionarios administrativos en la ocupación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge Sanabria).

El señor Salomón Rojas promovió el presente juicio contra el Municipio de Tuluá, en demanda presentada el 2 de mayo de 1953 ante el Tribunal Administrativo del Valle. En ella se expresan como hechos que determinan la acción, los siguientes:

1º.—El demandante es dueño de un predio rural situado en el paraje de Gallón, del Municipio de Tuluá, con cabida de trece plazas y una cuartilla, encerrado por los siguientes linderos: "Por el Norte con camino vecinal que conduce al predio 'Belén' de propiedad de Luis Uribe; por el Sur con la quebrada El Ahorcado; por el Oriente con predio de Juan Valderrama, y por el Occidente, en parte con predio de Célimo Romero, y en parte, con predio de Juan Ramos".

2º.—El inmueble descrito no está sujeto a servidumbre de tránsito, y la tradición del dominio se remonta a más de 30 años. No obstante, el señor Personero Municipal de Tuluá, contra toda orden legal, ordenó la construcción de una carretera que, arrancando de un punto en la carretera existente con anterioridad entre el paraje denominado "La Rivera" y la parte Urbana del Municipio de Tuluá, atraviesa el predio del demandante para llegar al caserío denominado "La Marina" del mismo municipio.

3º.—Entre los implementos que se emplearon en la obra figura un bulldozer de propiedad del Municipio, cuya destinación y manejo dependen exclusivamente del señor Personero Municipal, pues el distrito no tiene Secretaría de Obras Públicas.

4º.—La nueva vía atraviesa el predio del actor en una longitud de 272 metros lineales y un ancho

de 4 metros, ocupando en total un área de 2.720 metros cuadrados.

5º.—La ocupación de la finca no estuvo precedida de decreto de expropiación ni de arreglos contractuales de ninguna especie, y por el contrario, fue hecha a pesar de la oposición del demandante.

6º.—Al abrirse la carretera dentro del predio del actor, el Municipio no tuvo el cuidado de poner cercas a lado y lado de ella, dando por resultado que se perdieron diez vacas que pastaban en la finca, cuyo valor comercial mínimo es de seis mil pesos en total.

7º.—El predio se beneficiaba en su totalidad de aguas corrientes de la quebrada El Ahorcado, aguas éstas que eran el abrevadero de los ganados que allí mantenía el demandante. Con la apertura de la nueva carretera las aguas quedaron a un solo lado de la finca, de tal modo que queda una gran parte del fundo sin aguas suficientes para los ganados.

8º.—La zona ocupada por la carretera tiene un valor de tres mil pesos; los semovientes perdidos valen seis mil pesos, y los perjuicios por la división del inmueble en dos partes, ascienden a veinticinco mil pesos.

9º.—La construcción de la mencionada carretera utilizando el predio del demandante fue ejecutada en el mes de diciembre de 1952.

Como consecuencia de los hechos anteriores, el actor pide que, en la sentencia que recaiga al juicio, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

Que el Municipio de Tuluá está obligado a pagar al demandante Salomón Rojas, estas cantidades:

"Tres mil pesos ($ 3.000.00) moneda corriente, valor de la zona que ocupó arbitrariamente el citado municipio de Tuluá, dentro del predio de mi mandante, determinada en el hecho segundo de esta demanda (1º de los relacionaos anteriormente), cuya extensión superficiaria (la de la zona ocupada) quedó antes determinada y está encerrada por los siguientes linderos especiales: 'Norte y Sur, con predio de Salomón Rojas; Oriente y Occidente, con la carretera construída por el Municipio y de que se ha hecho mérito';

"Seis mil pesos ($ 6.000.00) valor de diez (10) cabezas de ganado que se extraviaron y no han sido recuperadas, con ocasión de la forma inconsulta, precipitada y violenta, como se efectuaron los trabajos relativos a la apertura y construcción de la nueva carretera, dentro del predio de mi mandante;

"Veinticinco mil pesos ($ 25.000.00)) moneda corriente, valor de los perjuicios que ha sufrido mi representado con la construcción de la carretera dentro del predio y que consistieron en haberlo seccionado en dos (2) lotes, uno de los cuales quedó privado de agua suficiente, falta de construcción de las cercas respectivas a lado y lado de la vía, para evitar la pérdida o extravío de los semovientes del propietario del fundo individualizado en el hecho segundo de esta demanda y los demás hechos referidos en este libelo como causante de los perjuicios que ha sufrido mi representado con la construcción de la carretera por parte del Municipio de Tuluá, dentro del predio referido".

"Subsidiariamente solicito muy respetuosamente se condene al Municipio de Tuluá, a pagar al señor Salomón Rojas los perjuicios que se comprueben en el curso del juicio, con los hechos tantas veces mencionados en esta demanda".

En derecho fundamenta la acción en las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, especialmente en los artículos 263 y siguientes.

El Tribunal Administrativo del Valle, una vez surtido el trámite correspondiente a la instancia, profirió el fallo que lleva fecha trece de septiembre de 1954, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"Por tanto el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, oído el parecer de su Fiscal, y de acuerdo con él, NIEGA las peticiones de la demanda y consecuencialmente absuelve al Municipio de Tuluá de los cargos formulados en la misma". En este fallo salvó su voto uno de los Magistrados de la Sala.

Apelada la providencia por el apoderado del demandante, el negocio pasó al conocimiento del Consejo de Estado, en donde se surtió el trámite de la fijación en lista, pero posteriormente y en virtud de lo dispuesto por el Decreto Legislativo número 0293 de 1956, dictado como consecuencia de la declaración de inexequibilidad de las disposiciones del Título XXII de la Ley 167 de 1941, fue remitido a esta Sala de la Corte por competencia y en ella se prosiguió el trámite legal hasta su terminación. Hallándose pues el negocio para decidir en definitiva, a ello se procede.

Las pruebas.

A fin de acreditar los hechos que sustentan la

demanda el actor adujo dentro de la oportunidad legal las siguientes probanzas:

En relación con la propiedad del actor en el inmueble que se dice ocupado por la obra pública presentó:

a) Copia de la escritura pública número 681, otorgada el 25 de mayo de 1948 en la Notaría Primera de Tuluá, registrada el 5 de junio del mismo año en el Libro Número Primero, por la cual Salomón Rojas adquirió a título de venta, de Alberto Angel Bravo, el derecho de dominio y posesión en un lote de terreno compuesto de cultivos de pasto guinea, caña, café, árboles frutales y casa de habitación pajiza, encerrada en su totalidad por cercas de alambre, con cabida superficiaria de trece plazas y cuartilla, situado en el paraje de Gallón del Municipio de Tuluá y alinderado como se expresa en la demanda (folios 8 a 10, cuaderno número 1); y,

b) Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tuluá, expedido con fecha 14 de abril de 1953, que acredita la suficiencia del título relacionado, en los términos del artículo 635 del Código Judicial.

Respecto a la construcción de la carretera motivo del litigio, se allegaron los siguientes elementos de juicio:

1)—Copia auténtica de la diligencia de inspección ocular practicada el 31 de diciembre de 1952 por el Alcalde Municipal, en asocio de peritos, del apoderado del demandante, del Personero Municipal y del Secretario del Despacho. Consta en dicha acta que el personal de la diligencia verificó la existencia de la carretera y el hecho de atravesar ésta la propiedad del señor Salomón Rojas. Sobre el particular es importante transcribir las constancias dejadas en el acta. Dicen así: "Por solicitud del señor apoderado del demandante, por la Alcaldía, y por algunos vecinos, se dejaron las siguientes constancias: a) Que la máquina del Municipio se encuentra trabajando en la región de Belén, continuando el trecho carreteable motivo de esta dilignecia; b) Que la carretera en construcción sale de La Marina siendo aprovechable en su trayecto por unas 1.500 familias que estaban completamente aisladas y sin manera alguna de dar sus víveres al expendio público; c) Que todos los vecinos propietarios de terrenos por donde cruza la carretera, entre los cuales están Altamirano Isaías, Eladio Molina, Célimo Romero, Juan Mejía, Antonio Lozano, Emilio Hidrogo, Jesús Lozano, Martín Londoño, Marcos Lemus, Ramón Marín, Efrén Alvarez, Carlos Lozano, Zoilo Arias, Aristides Quiroga, Santos Sarmiento, Martiniano Hernández, Jerónimo Monroy, Humberto Osorio, Juan de Dios Valderrama, Carlos Escobar, Luis Materón y Jesús Orozco, aunque con la construcción de esa obra hubieron de perder el terreno, la agricultura sembrada en él (café, cacao, cebollas, etc.), no le presentaron obstáculo de ninguna naturaleza, sino que, por el contrario, con la mejor buena voluntad ofrecieron su contingente a la mira del enorme servicio que a la región prestará, pues con ella reciben beneficio no sólo los cesionarios sino todos los vecinos que se encontraban aislados completamente en una región rebosante de agricultura, sana y fresca y suficiente, aislada de un mundo que la necesitaba y no podía servirse de ella. En cambio, el señor Salomón Rojas, no obstante que de su terreno y en beneficio suyo se tomaban TRES CUADRAS, no quiso acceder a las súplicas de este campesinato ansioso de una buena obra, ni por las súplicas ni por las propuestas de compra. Se deja clara constancia que de las anotaciones anteriores, solamente es expresa del doctor Arrieta Gómez, aquella que dice: 'Que la máquina del Municipio se encuentra trabajando en la región de Belén, continuando el trecho carreteable, motivo de esta diligencia'...."

2) En su dictamen los peritos confirman el paso de la carretera por el predio del demandante señor Salomón Rojas, según se desprende de los siguientes pasajes tomados de su dictamen: "No podemos aseverar que el carreteable construído sobre la propiedad del señor Salomón Rojas sea un camino municipal..... El trabajo realizado sobre el predio del señor Rojas sí debió realizarse con maquinaria moderna para estos menesteres, como lo es un bulldozer, y por el tiempo que se empleó en la construcción, el que según lo pudimos deducir, fue bastante corto para haberse realizado dicho trabajo con instrumentos ya en desuso..... El carreteable que divide o secciona la propiedad del señor Salomón Rojas, lo hace partiendo dicha propiedad en dos lotes independientes, uno de los cuales queda con el servicio de las aguas corrientes de la quebrada del 'Ahorcado', o sea el lote Sur, el otro lote, o sea el lote Norte, queda con un pozo o nacimiento cerca de un rancho..... etc. Las porciones o secciones en que divide la carretera el predio del señor Salomón Rojas, se encuentran actualmente sin cercas de ninguna naturaleza a ambos lados.... La extensión que comprende la zona del carreteable en la propiedad del señor Rojas alcanza a dos mil setecientos veinte metros cuadrados (2.720 m.2). El eje de la zona carreteable es de doscientos setenta

y dos metros lineales (272 m.). Constatamos que existe un camino antiguo vecinal, del cual se origina el tramo o carreteable que atraviesa la propiedad del señor Rojas, y que vuelve a encontrar dicho camino, ya tomada la altura suficiente para seguir el carreteable sobre la zona del dicho camino antiguo. .... La vía que se construye, o sea el carreteable, por sus características de construcción está destinada a ser una vía pública...." (Folios 5 vuelto a 7, cuaderno número 1).

3) Inspección ocular practicada dentro del juicio por los señores Magistrados del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, en asocio de peritos y con intervención del apoderado del demandante, del señor Personero Municipal de Tuluá y del Alcalde del mismo Municipio. En tal diligencia se identificó previamente por sus linderos la propiedad del señor Salomón Rojas, y se verificó la existencia de la carretera que la atraviesa. "La carretera en referencia —dice el acta— atraviesa la propiedad del demandante Salomón Rojas, en unos doscientos metros poco más o menos (200 m) de Oriente a Occidente y la divide en dos partes así: Una hacia el Norte o sea la parte alta de la propiedad; otra hacia el Sur, hasta dar con la quebrada del Ahorcado, única fuente que se encuentra dentro de la citada finca de 'La Palestina' (nombre de la propiedad). Por el Sur la propiedad en referencia tiene como límite la quebrada del Ahorcado..... El señor Magistrado doctor Garcés Sinisterra, observa que la expresada carretera no tiene signos de mucho tráfico...." Por último, se hace esta observación: "También se pudo observar que la nueva carretera está sin concluír, es decir, no sirve para el tránsito de vehículos, sino hasta un trayecto de uno o dos kilómetros más allá, y no llega al caserío conocido con el nombre de La Marina, sino hasta un sitio o vereda llamado 'La Colonia'." (Fls. 8 vuelto a 11, cuaderno número 2).

4) Los peritos que intervinieron en la diligencia que acaba de mencionarse, expresan en su dictamen, entre otras cosas, lo que sigue: "SEGUNDO. Es un hecho físico que la finca 'La Palestina' la atraviesa una pequeña carretera sin terminar que arrancando de un punto en la carretera existente con anterioridad entre el paraje denominado 'La Rivera' y la parte urbana del Municipio de Tuluá, va de occidente a oriente pasando por el predio de Salomón Rojas para llegar al caserío denominado 'La Marina', en el mismo municipio de Tuluá. Parece que el objeto inmediato de la carretera fue darle mayores facilidades al tránsito y transporte de los campesinos del caserío de 'La Marina' y sus productos, pero se observa que bien habría podido evitarse el paso por la mitad de la finca 'La Palestina' con un desarrollo un poco más largo que se le hubiera dado, debido a la pendiente del terreno para pasarla por el antiguo camino de la parte alta que se abandonó y por donde se hacía el tránsito, evitando así, perjudicar notablemente el predio de Salomón Rojas".

* * *

Estima la Sala suficientes los anteriores elementos de juicio para dar por demostrado el hecho de la construcción de la carretera a través de la finca de propiedad del demandante, pues constituye plena prueba lo observado directamente por el Juez del conocimiento en inspecciones oculares, conforme lo establece el artículo 730 del Código Judicial, y porque tal hecho está corroborado además por declaraciones de testigos rendidas dentro del juicio y por los conceptos periciales de que se ha hecho mérito.

* * *

Para que los hechos establecidos hasta aquí —la propiedad del actor y la ocupación de ella con la carretera— tengan eficacia para producir los efectos jurídicos de la acción indemnizatoria que se estudia, es necesario que se haya probado también en el juicio que la vía construída tiene el carácter de obra pública y no simplemente privada.

La obra pública es aquella que se caracteriza por las siguientes circunstancias: que haya sido ordenada por una entidad administrativa; que recaiga sobre un bien inmueble, y que esté destinada a fines de utilidad pública o de interés social. Refiriéndose a la obra pública dice el doctor Tascón en sus Comentarios al Código Contencioso Administrativo: "1º—El trabajo público necesariamente debe ser hecho por cuenta de la Nación, los Departamentos y los Municipios, **sin que importe que éstos ejecuten el trabajo por medio de agentes suyos o por intermedio de particulares que las mismas autoridades supervigilen o controlen.** 2º—El trabajo debe recaer sobre la construcción, conservación o administración de un inmueble, no sobre objetos muebles. 3º—El manejo y construcción del inmueble debe hacerse con miras de servicio público o de interés social. 4º—No se exige una declaración previa de utilidad pública, pues las tres condiciones indicadas **son necesarias pero suficientes".**

Aplicando estas nociones al caso que se exami-

na, y teniendo en cuenta las pruebas aducidas sobre el particular, se tiene lo siguiente:

En la diligencia de inspección ocular practicada extrajudicialmente por el Alcalde de Tuluá, el señor Personero Municipal expresó: "El Municipio autorizó la construcción de la vía carreteable hasta llegar al límite con la propiedad del señor Salomón Rojas y continuarla inmediatamente después, pero se abstuvo de autorizar la violación de la propiedad aludida para la construcción del camino carreteable y solamente facultó para pasar el bulldozer del Municipio por dicha propiedad a fin de que este vehículo, de acuerdo con el vecindario, continuara los trabajos inmediatamente después de traspasar los linderos del predio aludido. Al autorizar el paso del vehículo mencionado anteriormente para continuar los trabajos más adelante de la propiedad de Salomón Rojas advertí que en ningún caso se podía atropellar el derecho que asiste o pueda asistir al señor Salomón Rojas para impedir el paso de la máquina por su propiedad. Les recomendé en forma especial no vulnerar sus derechos en ningún momento. de manera que si se pasaba la máquina todo quedara como se encontraba en el momento de dar mi asentimiento".

Los testigos doctor Manuel A. Varela, Ramón Elías Aponte, Bernardo Porras y Carlos Avila, quienes declararon dentro del juicio sobre el punto que se debate, expresan: MIGUEL A. VARELA (Folio 17): "Conozco directa y personalmente la carretera que arrancando de un punto de la denominada de 'La Rivera' va a terminar en el caserío de 'La Marina', en este Municipio, pero no podría aseverar si tal carretera se construyé por cuenta del Municipio de Tuluá, pues no conozco ni contrato ni planillas que puedan demostrar tal aseveración. **Pero sí sé que en ella trabajaron máquinas del Municipio de Tuluá, operadas por empleados al servicio del mismo Municipio,** sin que pueda asegurar que dichas máquinas y operarios estuvieron alquilados o trabajando directamente por cuenta del Municipio de Tuluá". Y luégo agrega: que el trabajo lo estaba dirigiendo propiamente el bulldozero señor Jaime Dávalos, a quien encontró trabajando en dicha vía. RAMON ELIAS APONTE (Folios 17 vuelto 18), expresa: "Es cierto y me consta porque lo ví, que en dicha carretera que atraviesa el predio de Salomón Rojas, **fueron empleadas y trabajaron las volquetas de propiedad del Municipio de Tuluá en movimiento de tierras, lo mismo que también se empleó el bulldozer que tiene el mismo Municipio,** vehículo y maquinaria que yo no me dí cuenta quién o quiénes lo manejaban, si fueran empleados del municipio o personas extras". BERNARDO PORRAS M. (folios 18 vuelto 19) declara: "Es cierto y me consta que el Personero Municipal doctor Antonio Rojas Scarpetta dirigía personalmente los trabajos o visitaba frecuentemente las obras de dicha carretera, cuando ella atravesaba el predio de Salomón Rojas". Y CARLOS AVILA (Fls. 21) dice: "Yo no puedo decir si sea el Municipio o alguna otra entidad o persona particular la que construyó la carretera que arranca de un punto de la carretera entre la Rivera y la zona urbana de Tuluá, luégo atraviesa el predio de Salomón Rojas y termina en el caserío de La Marina"; y añade: "Yo ví **trabajando volquetas en esa carretera, lo mismo que un bulldozer** que entró allí, pero yo no puedo decir a quién pertenezcan esos vehículos, si sean del Municipio, Departamento o de la Nación, aunque creo que no eran particulares". Este testigo declara también que trabajó en la carretera llamado por algunos vecinos y como una contribución voluntaria suya a dicha obra.

Fuera de las anteriores pruebas, producidas dentro del juicio como ya se dijo, en la ya citada diligencia de inspección ocular extrajudicial aparece lo siguiente: "En estos momentos, hallándose presente gran cantidad de vecinos de la **región,** la Alcaldía interrogó a algunos sobre el particular, como fueron los señores Carlos Enrique Escobar, Ramón Marín, Marceliano Osorio, Julio Arenas, Ignacio Padilla, Ismael Martínez, Aníbal López C., Carlos Lozano, y de sus respuestas se pudo concluír lo siguiente: El vecindario de Gallón, de esta jurisdicción, cuenta con un camino por el cual se comunica con 'La Colonia', 'La Marina' y Tuluá y es esa región una de las más ricas en agricultura que tiene el Municipio. Encontrándose con ese camino, hasta la propiedad del señor Juan de Dios Valderrama, existe un ramal de carretera procedente de Tuluá. El vecindario que se compone de unas 1.500 familias, teniendo de presente la imperiosa necesidad de darle salida a sus productos y por consiguiente, vida a la región, optó por construír un camino carreteable. Fue así como por su propia cuenta inició el trabajo en forma de convites, a los cuales asitían permanentemente unos ciento cincuenta hombres. Consiguieron el auxilio del Municipio, consistente en un bulldozer para perfeccionar el camino carreteable aludido .Así llegaron hasta el límite con la propiedad del señor Salomón Rojas, hacia el Oriente, habiendo pasado ya la propiedad del señor Juan de Dios Valderrama. El camino viejo

sale por ese sector y da la vuelta por una colina bastante abrupta que a consecuencia de su formación presenta un difícil ascenso hasta para las bestias de que se utilizan los vecinos. Así, además de ser bastante largo el recorrido es de penoso tránsito. Ante tal circunstancia los vecinos acordaron construír el camino carreteable atravesando la propiedad del señor Salomón Rojas..... Según el decir del vecindario....se valieron de la fuerza, y 150 hombres atravesaron la propiedad del señor Rojas y construyeron la carretera. Luégo, con fuerzas y amenazas, obligaron al trabajador del Municipio en el bulldozer a trabajar en el trecho abierto por ellos en la propiedad de Rojas".

En la apreciación del mérito de las pruebas que acaban de relacionarse estriba el desacuerdo de los Magistrados que fallaron el negocio en primera instancia. Para la mayoría de ellos, las informaciones que suministraron los campesinos prueban que la carretera fue obra de los particulares y no de la administración pública. Y es, en tal concepto, en el que fundamentan su fallo absolutorio. Uno de los apartes del fallo dice: "Y si la carretera al tenor de esta pieza procesal (se refiere a las informaciones de los vecinos) fue construída por 'envites" que significa invitaciones a los vecinos, y los gastos que ella ocasionó hechos por los interesados en su construcción, y si fui dirigida por ellos mismos, ¿cómo puede decirse que se trata de una obra pública?".

Indudablemente al darle al medio probatorio indicado el valor de plena prueba, se violan en el fallo elementales normas de derecho probatorio, pues no hay disposición alguna dentro del capítulo correspondiente del estatuto procesal que admita como medio de prueba el testimonio colectivo o las simples informaciones, como en el presente caso. Por el contrario, la ley ordena que los testigos deben ser examinados separadamente y que del mismo modo se extiendan sus declaraciones. Además, es obligatorio que cada testigo haga promesa formal y juramentada de decir verdad en su declaración. y ésta debe ser responsiva, exacta y completa en lo posible (Artículos 683 y siguientes del Código Judicial).

Ninguno de estos requisitos se cumplió dentro de la diligencia aludida, ya que ni siquiera los informantes suscribieron el acta correspondiente, y sin embargo —se repite— se le dá valor y eficacia probatoria a esa información, hasta el extremo de afirmar como un hecho evidente, que los vecinos dirigieron, construyeron y costearon el carreteable materia del litigio

El salvamento de voto, en cambio, funda la tesis de que la construcción tiene el carácter de obra pública en las afirmaciones del propio Personero Municipal, hechas también dentro de la diligencia de inspección ocular, y para ello se apoya en lo dispuesto por el artículo 607 del Código Judicial, acerca de la validez de la confesión del representante legal. La conclusión a que se llega en el salvamento es del siguiente tenor literal: "De consiguiente la confesión que hizo el señor Personero Municipal de Tuluá en la inspección ocular practicada por el Alcalde al predio del demandante de que el 'Municipio autorizó la construcción de la vía carreteable hasta llegar al límite de la propiedad del señor Salomón Rojas y continuarla inmediatamente después', es admisible en este caso por ser dicho funcionario el representante legal del Municipio de Tuluá... Ante la evidencia ocular antes analizada, se tiene que en realidad de verdad la propiedad del demandante señor Salomón Rojas está atravesada por una carretera construída por autorización del Municipio de Tuluá, pues no es posible admitir la división de la confesión del representante legal (si es posible admitirla) del Municipio de Tuluá, Personero Municipal, de que sólo el Municipio 'autorizó la construcción de la vía carreteable hasta el límite con la propiedad del señor Salomón Rojas' y continuarla inmediatamente después. ¿Cómo puede concebirse —continúa el salvamento de voto— que el señor Personero Municipal de Tuluá o el Municipio referido pudiera autorizar la construcción de la carretera en cuestión sólo hasta el 'límite con la propiedad del señor Salomón Rojas y continuarla inmediatamente después?' ¿Entonces por dónde pasaban los vehículos que iban a transitar por esa carretera? Con esta tesis, los vehículos que transitaran por esa vía tendrían que llegar al lindero del predio del actor y luégo coger vuelo para atravesar éste, o idear otro medio sin que pudieran tocar tales vehículos el predio del señor Rojas".

Al tratar sobre las características que distinguen la obra pública se anotó ya, que una de ellas consiste en que el trabajo sea autorizado por la Administración, sin que importe que su ejecución se realice directamente por agentes suyos "o por intermedio de particulares que las mismas autoridades supervigilen o controlen". Si el Personero ha hecho la afirmación de que el Municipio autorizó la construcción de toda la carretera y que para ello se utilizaron las máquinas oficiales, tal aseveración debe aceptarse, inclusive con la salvedad de que él advirtió —aunque no fue acatado— que el tra-

bajo se interrumpiera en el corto trayecto correspondiente a la finca del demandante, y se continuara después hasta su terminación, porque en tal caso el hecho de la ocupación o despojo de la propiedad particular significaría solamente que la obra oficialmente autorizada se hizo sin la debida vigilancia y control de la Administración.

El valor probatorio de la afirmación del Personero Municipal no puede discutirse, entre otras razones, porque en la diligencia de inspección ocular en que la hizo, actuaba él, no con el carácter estricto o en función de Agente del Ministerio Público, sino como representante judicial de la entidad demandada, en defensa de los intereses de ésta exclusivamente, y sentando las bases de defensa en el eventual litigio. No quiere esto decir que la Sala desconozca el ordenamiento del artículo 370 del Código Judicial, según el cual la confesión del Agente del Ministerio Público no perjudica a la parte que representa, sino simplemente se quiere significar que tal regla no es aplicable al caso, porque no se trata aquí de una confesión **provocada** o en absolución de posiciones, que es a la que concretamente se refiere dicha disposición legal al prevenir que la confesión en tal forma producida no vale.

A propósito de estas observaciones, importa anotar que esta misma Sala de Negocios Generales ha expresado ya la siguiente doctrina: "Si bien es cierto que los Agentes del Ministerio Público no pueden comprometer con sus confesiones a las entidades de derecho público que representan, ello no significa que ese principio deba llevarse hasta el extremo de anular completamene la potestad de representación judicial que los mismos funcionarios tienen de dichas entidades, que es otro principio legal, de tánta importancia como el primero con el cual debe armonizarse. La representación exige, para que el proceso tenga eficaz desarrollo, queola actividad del agente vincule al demandado, y así es como un fiscal contesta la demanda, escoge los factores probatorios que estime más eficaces, interpone o no recurso, alega o deja de alegar. En esta libre elección de los medios de ataque o de defensa por parte del funcionario respectivo, va envuelta, como es obvio, la facultad de comprometer el interés de la entidad representada sin que por ello se entienda quebrantado el principio de que las confesiones del representante no perjudican a aquélla, a pesar de que muchas veces el interés del municipio, del departamento o de la nación resulte comprometido con el simple silencio de su vocero. Lo cual es así, porque en el adelanto y tramitación de los asuntos judiciales civiles los agentes del Ministerio Público, según el artículo 169 del Código Judicial, se asimilan a apoderados judiciales, con las únicas restricciones que la misma ley establece. Con relación a hechos colaterales de la acción, el principio de que las confesiones de los Agentes del Ministerio Público no perjudican a las entidades de derecho público que ellos representan en los juicios, se subordina al de que dichos Agentes en los mismos juicios se asimilan a apoderados judiciales". (Sentencia, S. de N. G., 26 de marzo de 1941, LI, 726).

Las afirmaciones del representante del Municipio de Tuluá durante la diligencia de inspección ocular, constituyen pues una verdad jurídica de que la obra de la carretera, causa de este juicio, fue autorizada por esa entidad y ejecutada con el empleo de maquinaria oficial por particulares. Pero no es éste el único medio probatorio que aparece en los autos sobre tal hecho. Existen las declaraciones de los señores, doctor Manuel A. Varela, Ramón Elías Aponte, Bernardo Porras y Carlos Avila, tomadas todas dentro del juicio, y en las cuales los testigos están acordes en el hecho de que la carretera fue construída con la maquinaria oficial, manejada por empleados del municipio, y la obra dirigida y vigilada por los mismos, como se vio en el texto de las declaraciones respectivas, transcritas antes en lo pertinente.

La destinación de la vía para el uso público es evidente, como se acredita a través del haz probatorio del juicio, en el que se hallan consignadas las manifestaciones que sobre este punto hacen las partes, los testigos y los peritos. Ella comunica centros de población y sirve al transporte y tránsito en la proporción adecuada. No hay en el expediente ningún elemento de juicio que permita establecer una contradicción a este respecto, pues nadie ha intentado insinuar siquiera que se trate de una obra privada o para beneficio particular.

* * *

Una obra material, como la carretera, ordenada por una entidad de derecho público, que recae sobre bienes inmuebles y que está destinada al servicio público, es OBRA PUBLICA, y como tal pertenece al patrimonio del Estado como bien de dominio público, inalienable e imprescriptible por lo mismo mientras cumpla la finalidad para que fue construída. Si al ejecutarla, la Administración se ha servido de la propiedad particular, incorporándola en tal forma al patrimonio público de la Nación, tal propiedad se pierde para su due-

ño puesto que no puede obtener su restitución por parte del Estado; pero éste está obligado a pagarle la indemnización debida. No quiere esto decir que las entidades de derecho público puedan usar o tomar a su arbitrio los inmuebles de propiedad particular, so pretexto de ejecutar obras de interés social, porque el derecho de propiedad está garantizado por la Constitución; y si es verdad que la propiedad tiene una función social, solamente puede realizarse ella por los modos y mediante los requisitos que la propia Carta y las leyes establecen. De ahí que cuando se ocupa un inmueble de propiedad privada con motivo de una obra pública, el derecho del propietario a la indemnización es incuestionable, y por lo demás, independiente de la ilicitud con que hayan podido proceder las autoridades o los funcionarios administrativos en la ocupación.

* * *

Demostrada pues la legitimación en causa del demandante, es decir, su calidad de titular del derecho que reclama del Municipio demandado, y deducida la obligación de éste de pagarle la indemnización del perjuicio sufrido, resta sólo examinar las pruebas que haya presentado para acreditar su cuantía.

Estimó el demandante el valor de la zona ocupada por la carretera en la suma de tres mil pesos (hecho octavo de la demanda) y para establecerlo legalmente solicitó la prueba pericial. Los peritos, señores Abel Gutiérrez, Rafael Jordán Jiménez y Federico Restrepo White, este último como tercero en discordia pero que también suscribe el dictamen, de común acuerdo avalúan el predio ocupado en la suma de dos mil pesos ($ 2.0000.00), y para ello exponen las siguientes razones: "Como lo dijimos en el punto tercero de este informe, al verificar la mensura del terreno ocupado por la carretera dentro del predio del señor Salomón Rojas, ésta dio un área total de dos mil doscientos metros cuadrados. El avalúo de la zona ocupada por la carretera dentro del predio de 'La Palestina', comprende no solamente el valor de la tierra desde el punto de vista de su precio comercial, sino también dentro del orden de servidumbre establecida por vehículos de toda clase.... De suerte que el avalúo se radicó dentro de un criterio de equidad por la suma de dos mil pesos".

En cuanto a los perjuicios provenientes de haber quedado dividida la finca en dos lotes, uno de ellos sin el beneficio de las aguas de la quebrada "El Ahorcado" en la cual abrevaban los semovientes mantenidos en la finca, fueron apreciados por el actor en la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00). Los mismos peritos avaluadores expresaron sobre este punto lo siguiente: "Cuarto. Al quedar dividida por la carretera la finca 'La Palestina' en dos lotes, lógicamente vino a sufrir un desmejoramiento muy apreciable, pues el lote de la parte alta —al ser cercado— quedaba sin acceso a las aguas de la quebrada del 'Ahorcado' utilizadas para abrevadero de ganados, y aun cuando esta dificultad se podría obviar con una puerta en cada lote para el paso de los ganados al abrevadero o con la construcción de un paso-ganado de hormigón bajo el nivel de la carretera, el perjuicio no quedaba subsanado porque habría que tener permanentemente un empleado encargado de arrear dos veces al día el ganado para tomar agua tanto de bajada como para volverlo a subir al potrero de la parte alta. En estas condiciones el potrero de arriba, que representa la mitad de la finca vino a quedar prácticamente sin ningún valor.... Séptimo.—Los perjuicios sufridos por el señor Salomón Rojas con el paso de la carretera por su finca, la que quedó dividida en dos partes, lo estimamos en 5.000.00 pesos. Pero como de otro lado deben tenerse en cuenta los beneficios que la propiedad recibe con el acercamiento a la ciudad por la carretera, estimamos este beneficio en mil pesos, quedando un neto por perjuicios de 4.000.00 a favor de Salomón Rojas.

En la inspección ocular practicada dentro del juicio se dejó la constancia de la división de la finca del demandante en los siguientes términos: "La carretera en referencia, atraviesa la propiedad del demandante Salomón Rojas, en unos doscientos metros poco más o menos (200 m.) de Oriente a Occidente y la divide en dos partes así: una hacia el Norte o sea la parte alta de la propiedad; otra hacia el Sur, hasta dar con la quebrada del Ahorcado, única fuente que se encuentra dentro de la citada finca de 'La Palestina'...".

El Fiscal del Tribunal Administrativo que falló el negocio, en su alegato de conclusión —único que hay en los autos por parte del Municipio demandado—, no trata este punto de los perjuicios ocasionados por la división de la finca, y solamente en la parte final de su escrito pide, que en caso de que el Tribunal declare el derecho del actor a la indemnización de perjuicios, la cuantía en que éste los estima en la demanda sea reducida a la cantidad fijada por los peritos en el juicio.

Para la Sala es evidente el perjuicio causado por la división de la finca, tanto por el hecho comprobado de que una parte de ella quedó sin el agua corriente que la beneficiaba en su tota-

lidad, como por la obvia disminución o merma de su rendimiento, ya que la capacidad de la finca completa para los ganados o cultivos, quedó naturalmente reducida. En relación al monto del perjuicio señalado por este concepto, el dictamen pericial le asigna la suma de cinco mil pesos, cantidad que debe aceptarse, toda vez que el parecer de los expertos es unánime y no fue motivo de objeción alguna.

En relación con la pérdida de las diez vacas, de que trata el hecho sexto de la demanda, el actor adujo los testimonios de los señores José Lázaro Ramírez, Argemiro Posada, Dimas Hernández y Bernardo Porras (Folios 19 a 22 del cuaderno número 2), todos los cuales declaran acordemente, que para la construcción de la carretera por el predio del señor Rojas se violentaron las cercas, y en las horas de la noche se salieron trece vacas de propiedad del mismo Rojas, que allí pastaban, habiéndose perdido diez, pues las tres restantes fueron encontradas algunos días después. Estas declaraciones constituyen prueba suficiente de la pérdida de los animales, porque aunque los testigos no dan detalles sobre las características exactas de ese ganado, es lo cierto que coinciden en el hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, cuando afirman todos ellos haber conocido y visto las vacas en la finca hasta el día de la destrucción de las cercas. Los peritos, basándose en esta prueba, estiman que las ocho vacas paridas y las dos horras gordas de buena clase, valen la suma de de seis mil pesos ($ 6.000.00), o sea a razón de seiscientos pesos cada una, estimación que debe aceptarse por la unanimidad de parecer.

Valorización.—De acuerdo con el artículo 268 de la Ley 167 de 1941, en las sentencias que se dicten en estos juicios, si hubiere condenación al pago de una suma de dinero a título de indemnización, se deducirá de esta suma la que los peritos hayan apreciado por concepto de valorización por el trabajo público realizado, y si éstos no hicieren la estimación respectiva, se deducirá siempre el veinte por ciento. Al justipreciar el valor de la zona ocupada por la carretera, los peritos expresan este concepto: "Pero como de otro lado deben tenerse en cuenta los beneficios que la propiedad recibe con el acercamiento a la ciudad por la carretera, estimamos este beneficio en mil pesos". Es verdad que los peritos no hacen relación alguna de los factores que determinan la fijación de esa suma, sino que reconocen explícitamente que la propiedad del actor se valoriza por su acercamiento a la ciudad. Pero también es evidente que el dictamen fue rendido por los expertos de común acuerdo y no tachado por las partes de error. Por lo demás, no teniendo la Sala bases para impugnarlo, considera que debe aceptarse.

* * *

Como conclusión de todas las consideraciones anteriores se impone la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal de primera instancia, para en su lugar acceder a lo pedido en la demanda, con las limitaciones que se han dejado expuestas en el análisis y estudio pormenorizado de los elementos de convicción aportados al proceso.

Por tanto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca con fecha 13 de septiembre de 1954, y en su lugar resuelve:

1º.—Condénase al Municipio de Tuluá (Valle) a pagar al señor Salomón Rojas los perjuicios causados con la ocupación de la zona de terreno perteneciente al predio de su propiedad, situado en el paraje de Gallón, de la jurisdicción de dicho Municipio —zona delimitada en la parte petitoria de la demanda—, con motivo de la construcción de la vía carreteable de que dan cuenta los autos. El valor de tales perjuicios se discrimina así: a) Dos mil pesos ($ 2.000.00) moneda corriente, por la zona ocupada; b) Cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda corriente, por el perjuicio proveniente de la división de la finca en dos partes; y c) Seis mil pesos ($ 6.000.00) moneda corriente, valor de las diez reses perdidas. Total de los perjuicios trece mil pesos ($ 13.000.00) moneda corriente, los cuales pagará el Municipio una vez ejecutoriada la presente sentencia, previa deducción de un mil pesos ($ 1.000.00) por concepto de valorización.

2º.—Para obtener el pago de la suma global de doce mil pesos ($ 12.000.00) moneda corriente a que queda reducida la indemnización, el demandante señor Salomón Rojas deberá otorgar previamente la respectiva escritura de traspaso a favor del Municipio de Tuluá, de la zona de terreno a que se refiere el fallo.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo.—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria— Jorge García Merlano, Secretario.

ERROR ARITMETICO. — SE CORRIGE EL COMETIDO EN SENTENCIA DICTADA EN JUICIO SOBRE PAGO DE UNA PENSION VITALICIA POR SERVICIOS PRESTADOS EN EL MAGISTERIO

Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra).

La señora ANA ESCOBAR DE A., por medio de apoderado, solicita a esta Sala la corrección del error aritmético cometido por ésta en su sentencia de febrero 16 de 1937, por medio de la cual se le reconoció a la referida señora Escobar de A., la pensión vitalicia por servicios prestados en el Magisterio del Departamento de Antioquia.

Según el apoderado de la peticionaria, el error aritmético consiste en la errónea liquidación que hizo la Sala en dicha oportunidad por "haberse tomado como promedio de los sueldos de los dos últimos años la suma de las dos **asignaciones** que rigieron para el cargo desempeñado, no propiamente el promedio de los sueldos **devengados**, que es la base establecida por la Ley 114 de 1913".

SE CONSIDERA:

Procede la Sala a corregir su providencia de fecha 16 de febrero de 1937, de conformidad con lo establecido en el artícuo 483 del Código Judicial, que expresa que toda resolución judicial en que se haya incurrido en un error puramente aritmético, es corregible en cualquier tiempo por el mismo Juez que la pronunció, de oficio, o a solicitud, en cuanto al error numérico cometido.

Dice el fallo que se estudia que "según lo certifica la Contraloría Departamental de Antioquia, después de examinar las cuentas de la Administración General del Tesoro, la señora Escobar devengó en los dos últimos años de servicio $ 34.00 y $ 65.00 mensuales". "Le corresponde, por tanto, $ 24.75, que es la mitad del promedio". (Folio 18 del cuaderno principal).

Establece la Ley 114 de 1913 en su artículo segundo:

"La cuantía de la pensión será la mitad del sueldo que hubieren devengado en los dos últimos años de servicio. Si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos".

Y según el Certificado de la Contraloría del Departamento de Antioquia (folio 16 del cuaderno citado) quedó establecido que la señora ANA ESCOBAR DE AYALA, "devengó de enero a junio inclusive de 1934 un sueldo de treinta y cuatro pesos ($ 34.00), y de julio de 1934 a diciembre inclusive de 1935, devengó un sueldo de sesenta y cinco pesos ($ 65.00) mensuales".

En realidad, estima la Sala que en el fallo aludido se incurrió en el error aritmético de sumar las dos asignaciones devengadas por la citada señora Escobar de Ayala y dividirlas para deducir el monto de la pensión, contrariando el procedimiento para efectuar esa operación, conforme lo establece el artículo 2º de la Ley 114 de 1913, o sea que si en dicho tiempo hubieren devengado sueldos distintos, para la fijación de la pensión se tomará el promedio de los diversos sueldos.

Por consiguiente, se procede a rectificar el error anotado en la siguiente forma:

Sueldos devengados en los meses de enero a junio de 1934 (6 meses), a razón de $ 34.00 cada uno .....$	204.00
Sueldos devengados de julio de 1934 a diciembre de 1935 (18 meses), a razón de $ 65.00 cada uno.....$	1.170.00
Total en 2 años o sean 24 meses...$	1.374.00
Promedio mensual en los dos años (o sea $ 1.374 dividido por 24 meses) la suma de .....$	57.25
Pensión que le corresponde a la señora Ana Escobar de Ayala, o sea el 50% de $ 57.25 la suma de.....$	28.62

Por lo anteriormente expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º—Corregir el error aritmético en que incurrió esta Sala, en sentencia de febrero 16 de 1937, en el sentido de que la pensión vitalicia mensual a que tiene derecho la señora Ana Escobar de A., es de $ 28.62 y no de $ 24.75 como allí se dijo.

2º—La corrección anterior tiene efecto retroactivo, a partir del doce (12) de febrero de 1937, fecha señalada en la sentencia que hoy se corrige, para la iniciación de la vigencia de la pensión.

Envíese copia a los Ministerios de Educación y de Hacienda y Crédito Público.

En papel común por tratarse de prestaciones sociales.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra—Roberto Goenaga—

Samuel De Sola Roncallo—Jorge Sanabria—Jorge

García Merlano, Secretario.

NATURALEZA ESPECIFICA DE LA ACCION INDEMNIZATORIA POR OCUPACION PERMANENTE DE LA PROPIEDAD PRIVADA CON MOTIVO DE TRABAJOS PUBLICOS. — REQUISITOS MINIMOS PARA ACREDITAR LA PROPIEDAD POR PARTE DEL DEMANDANTE EN ESTA CLASE DE ACCIONES

1.—La tesis encaminada a demostrar que cualquiera que sea la acción que se ponga en movimiento (sea la de indemnización por trabajos públicos —artículo 263 del C. C. A.—o sea la de reivindicación de un bien —artículo 955 del Código Civil) debe estar sujeta al término perentorio de dos años, conforme lo establece el primero de los artículos citados, no tiene asidero jurídico porque sabido es que la acción de dominio (reivindicatoria) es autónoma; se halla claramente definida en nuestro derecho sustantivo y ella no permite hibridismos con otras normas legales, con el objeto de crear doctrinariamente un nuevo tipo de acción para resolver los litigios que se plantean en nuestros estrados judiciales, con motivo de la denominada "expropiación indirecta o irregular" por parte de la Nación, cual es la ocupación permanente con motivo del establecimiento de un servicio público.

2.—Para acreditar la calidad de dueño por parte del demandante en la acción indemnizatoria por causa de ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, en que no se persigue propiamente la reivindicación del bien al patrimonio privado, sino una indemnización compensatoria por el menoscabo de su propiedad, no se requiere sino el título de propiedad actual del demandante, acompañado de la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del Código Judicial porque, entre otras cosas, en ella no se discute el dominio por parte de la actora.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales.—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra).

Ante el Tribunal Superior de Pereira formuló la señora Bernardina Cárdenas de López, por medio de apoderado, juicio ordinario contra la Nación para que en la sentencia respectiva se hagan las siguientes declaraciones:

"I)—Que corresponde a mi poderdante ,la señora Bernardina Cárdenas de López, el dominio del inmueble de que trata el punto primero de la relación de hechos de esta demanda, y en consecuencia la Nación está obligada a pagar su justo precio, cuyo valor estimo en la cantidad de sesenta mil pesos ($ 60.000.00) moneda legal, o lo que determinen peritos dentro de este juicio".

"II)—Que la Nación debe pagar a mi poderdante los frutos naturales y civiles y no solamente los percibidos, sino también los que mi mandante hubiere podido percibir, con mediana inteligencia y actividad, de haber tenido el inmueble en su poder, o bien los intereses legales del precio del lote desde la fecha de ocupación que se pruebe en el juicio, hasta que se efectúe el pago".

"En subsidio —de todas las peticiones— anteriores, pido se declare que la señora Bernardina Cárdenas de López es la dueña exclusiva del terreno a que se refiere el hecho primero de esta demanda, y que la Nación debe restituír dicho lote a mi mandante inmediatamente después de ejecutoriado el fallo que así lo ordene, con sus respectivos frutos civiles y naturales en la forma que las leyes establecen".

Los hechos de esta demanda son los siguientes:

"Primero.—Por la escritura pública número 978, de 18 de julio de 1944, de la Notaría Segunda de Armenia, cuya copia con su nota de registro acompaño, la señora Bernardina Cárdenas de López, mi poderdante como compradora, y el señor Jesús Jaramillo M., en su propio nombre y en el de la señora María Uribe de Jaramillo, como vendedores, solemnizaron un contrato de compraventa por medio del cual la nombrada señora Cárdenas de López adquirió el dominio y la posesión del siguiente inmueble: Un solar ubicado en el área de la ciudad de Armenia, en el barrio de "Trigueros", constante de veinte (20) varas de frente por cuarenta (40) varas de centro, en la calle

diez y siete (17), entre carreras veintiuna (21) y veintidós (22); por un costado con la carrera veintiuna (21); por el otro con predio del vendedor, señor Jesús Jaramillo M.; y por el centro con predio de José Jesús Fierro y otros".

"Segundo. — Según el certificado de tradición número 652 de 14 de agosto de este año (1956), expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Armenia, que también acompaño, el inmueble alindado registra una tradición normal, sin vicios o irregularidades hacia atrás, hasta llegar al 6 de julio del año de 1925, encontrándose "libre de hipotecas, de embargos y demandas civiles, no ha sido arrendado por escritura pública ni tiene pendientes contratos de anticresis, no soporta gravámenes de prenda agraria o industrial, no ha sido movilizado (sic) ni constituído en patrimonio de familia no embargable, etc.", como textualmente allí se dice, siendo mi poderdante la "actual poseedora inscrita" y titular del dominio o propiedad del prealudido inmueble".

"Tercero. — Mi poderdante, de acuerdo con el artículo 778 del Código Civil, añade a su propia posesión material la de la cadena de antecesores a que se refiere el susodicho certificado, todos los cuales y ella también ejercitaron hechos positivos a que sólo da derecho el dominio sobre el expresado inmueble, según el artículo 981 **ibídem,** hasta que por virtud de hechos realizados por la Nación, fue privada la señora Cárdenas de López de la tenencia material del lote.

"Cuarto. — Con ocasión de los trabajos de prolongación del Ferrocarril del Pacífico, para construír un ferrocarril entre Armenia e Ibagué, la Nación construyó un túnel o red subterránea que sale precisamente al lugar donde está ubicado el inmueble alindado, y atravesó el lote con la carrilera de un presunto ferrocarril Armenia-Ibagué. A consecuencia de esto, la mayor extensión superificiaria del lote quedó afectada a esa vía ferroviaria, quedando inutilizadas las reducidas fajas o cintas del terreno que del mismo lote no fueron incluídas en la zona, las cuales desde luego no tienen valor comercial ni comportan utilidad a mi mandante".

"Quinto.—El Estado colombiano carece de título inscrito que ampare la posesión que hoy está ejercitando sobre el imueble a que vengo refiriéndome, el cual tampoco ha ganado por prescripción adquisitiva de dominio, y ejerce la tenencia del mismo contra la voluntad de mi mandante, y seguramente está en incapacidad de restituírlo por haberlo destinado a un servicio público, cual es una vía férrea inexplotada aún".

Como fundamentos de derecho cita el demandante, además de las normas anotadas en el hecho tercero, la doctrina de la Sala de Negocios Generales de la Corte, tomada de la sentencia de 21 de septiembre de 1955 (Tomo LXXXI, números 2157-2158).

Admitida la demanda y corrido el traslado al señor Fiscal de dicho Tribunal, éste la contestó oponiéndose a las peticiones formuldas en ella, exigiendo la demostración de los hechos expuestos en la misma. Propuso también la **excepción de petición de modo indebido,** pero extemporáneamente, por lo cual no fue tramitada.

Dentro del término probatorio se allegaron nuevos documentos y se practicó una diligencia de inspección ocular con intervención de peritos para acreditar la ejecución de los trabajos en dicho predio, con destino al servicio público mencionado, así como también para determinar la propiedad y efectuar el avalúo de los perjuicios.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite de la instancia, el Tribunal falló el negocio con fecha 27 de noviembre de 1957 mediante providencia cuya parte resolutiva dice:

"PRIMERO.—Deniéganse las peticiones formuladas por la señora Bernardina Cárdenas de López en la demanda inicial de este juicio de reivindicación propuesto contra la Nación y en consecuencia se absuelve a esta Entidad de los cargos expuestos en el mismo libelo".

"SEGUNDO. — Ordénase la cancelación del registro de la demanda citada".

"TERCERO.—Condénase a la parte demandada a pagar las costas de este juicio".

El fundamento de este fallo consiste en que la demandante, señora Cárdenas de López no acreditó su condición de dueña del inmueble, materia de esta acción, por cuanto no comprobó en el juicio el requisito establecido por el artículo 7º de la Ley 200 de 1936; esto es, por no haber acreditado la propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial urbana mediante los títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Lo cual significa que la demandante no reunió el primer elemento "axiológico" de la acción de dominio, o sea la ca-

lidad de dueño en el actor, cuestión que relevó al citado Tribunal de abordar el estudio de los otros elementos constitutivos de la acción incoada, por cuanto el primero y principal no fue demostrado.

LA APELACION

El apoderado de la parte actora apeló de la sentencia de primer grado y con gestor sustituto se adelantó el trámite de la segunda instancia, el cual, dentro del término probatario, pidió la práctica de una nueva inspección ocular, con intervención de peritos, la que se llevó a cabo por el Juez comisionado (folios 44 y vuelto del cuaderno número 6) con el objeto de mejorar la prueba relacionada con el punto que le ocasionó fallo adverso en el Tribunal de Pereira.

LA ACCION

Ejercita la parte demandante una acción petitoria de dominio sobre un solar ubicado en el perímetro urbano de Armenia, cuya identidad se halla plenamente establecida y, además, la declaración de que la parte demandada, o sea la Nación, está obligada a pagarle el valor de dicho inmueble, o en subsidio, a restituírselo en especie. O dicho en otras palabras: que por el hecho de haber ocupado definitivamente la Administración un bien de un particular, a éste le está permitido obtener su restitución (acción reivindicatoria) de que trata el artículo 955 del Código Civil, que de por sí tiende al restablecimiento del derecho quebrantado y cuyo desenvolvimiento normal es la restitución. Pero que no siendo ello posible, dado que aquélla lo incorporó definitivamente para fines del servicio público, le corresponde una indemnización compensatoria.

Por su parte sostiene la Procuraduría Delegada en lo Civil que existiendo la reglamentación especial para reclamar indemnización con motivo de la ocupación permanente de la propiedad privada por razón de trabajos públicos, como es el caso que aquí se estudia, no es procedente acudir a la ficción de la reivindicación de un bien ocupado. Pero que si se acude a ella, cualquiera que sea la acción que se ponga en movimiento, debe quedar sujeta al término perentorio de caducidad que señala el artículo 263 del C. C. A. Complementa su tesis con cita de los fallos de esta Sala de fechas octubre 1º de 1944 (LXI, 587); noviembre 8 de 1955 (LXXXI, 942) y marzo 21 de 1956 (LXXXII, 430).

SE CONSIDERA:

Al admitirse por el Tribunal de Pereira la demanda en cuestión, el Fiscal de dicho Tribunal, en su condición de representante de la Nación propuso entre otras excepciones, la de **petición de modo indebido**, por considerar éste que la acción que debió ejercitar la parte actora era la indemnizatoria de perjuicios con ocasión de trabajos públicos, de que trata el artículo 263 del C. C. A., excepción que no fue considerada por haber sido propuesta extemporáneamente. Estos mismos argumentos son los que propone en esta segunda instancia el señor Procurador Delegado en lo Civil; es decir, que la acción que ha debido escoger la demandante era la que consagra el artículo 263 de la obra citada y que consecuencialmente se halla caducada aquélla por no haber sido incoada dentro de los dos años de que trata dicho precepto.

Esta Sala, en auto del 6 de los corrientes, dictado por el Magistrado doctor Samuel De Sola Roncallo, resolvió un punto semejante al sostenido aquí por el señor Procurador y en el cual se dijo lo siguiente:

"Estima la Sala que la interpretación dada por el señor Procurador al precitado fallo de inexequibilidad, no se acomoda jurídicamente a los principios y fundamentos que lo motivaron, según los cuales no es difícil comprender que los artículos 261 a 268 de la Ley 167 de 1941 son inexequibles en todo lo relativo a las acciones por perjuicios con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública". "Es decir, que la jurisdicción administrativa no tiene a, partir de la ejecutoria de ese fallo (20 de junio de 1955), competencia para conocer de tales acciones, ni la justicia ordinaria puede, en las que se hayan promovido con posterioridad al mismo fallo, o se promuevan en lo sucesivo (tal es el caso que se contempla), seguir los trámites señalados en dichos artículos" (Caso Fernando S. Ortega P. contra la Nación).

Por otra parte, la tesis relacionada con el punto que tiende a demostrar que cualquiera que sea la acción que se ponga en movimiento (sea la de indemnización por trabajos públicos —artículo 263 del C. C. A.—o sea la de reivindicación de un bien —artículo 955 del Código Civil)— debe estar sujeta al término perentorio de dos años, conforme lo establece el primero de los artículos citados, tampoco tiene asidero jurídico porque sabido es que la acción de dominio (reivindicatoria) es autónoma; se halla claramente definida en

nuestro derecho sustantivo y ella no permite hibridismos con otras normas legales, con el objeto de crear doctrinariamente un nuevo tipo de acción para resolver los litigios que se plantean en nuestros estrados judiciales, con motivo de denominada "expropiación indirecta o irregular" por parte de la Nación, cual es la ocupación permanente con motivo del establecimiento de un servicio público.

Ya esta Sala en un negocio similar al que aquí se estudia (Caso Juan N. Vélez, fallado por el mismo Tribunal de Pereira, G. J., 2186-2187, pág. 356 y ss. T. 86) sostuvo lo siguiente:

"De acuerdo con reiterada jurisprudencia de la Corte, definitivamente consagrada en la sentencia de inexequibilidad de las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, fechada el 20 de junio de 1955 (artículos 259, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267 y 268), la acción indemnizatoria deriva de la ocupación PERMANENTE de la propiedad privada con trabajos públicos, conlleva necesariamente una declaración de dominio. Este fue el principio fundamental del fallo de inexequibilidad de que se trata, en cuyas motivaciones se dice lo siguiente:

"El fenómeno jurídico de la expropiación no puede confundirse con el procedimiento para decretarla, que es previo en la expropiación regular, y **ex post facto** en la indirecta, como consecuencia del principio fundamental según el cual ningún acto individual del Estado es posible si carece de fundamento legal. En uno y otro procedimiento se ventilan o discuten cuestiones de fondo: el dominio del expropiado, el valor de la indemnización en la expropiación indirecta, y además las circunstancias determinantes de la primacía del interés público, en el caso concreto del propietario, en la expropiación regular".

".....

"Por otra parte, el dominio del expropiado, sea en la expropiación **regular** o en la acción del artículo 69, no ejerce en la litis la simple función de presupuesto procesal, sino de presupuesto de la acción, según la diferencia que entre las dos nociones ha señalado reiteradamente la Corte, a saber:

"Los presupuestos procesales no son otra cosa que las condiciones necesarias para que se forme válidamente la relación jurídico-procesal, de modo que se encuentren surtidos los requisitos previos que permitan al juzgador resolver el litigio en forma bien sea favorable o bien sea desfavorable a las súplicas del libelo inicial del procedimiento. Mientras que la **legitimación en causa** atiende a que el sentenciador pueda proveer en sentido favorable a lo pedido en la demanda, por ser el actor titular verdadero de la acción propuesta y el demandado la propia persona contra la cual es concedida la acción por las normas jurídicas...." (G. J., número 21-47, página 924).

"Así en el caso del artículo 269 acusado son estos los presupuestos de la acción: **que el actor como en la acción reivindicatoria, sea el verdadero propietario y que la administración sea poseedora de la cosa.** Porque si bien es cierto que la administración no se ampara o no debe ampararse en la presunción de propiedad que se deriva de la posesión actual, no es menos cierto que a **falta de la plena prueba de** propiedad en el actor, la sentencia debe ser absolutoria, de la misma manera que la acción de dominio. La única diferencia entre la acción reivindicatoria y la consagrada en el artículo 269, está en que no se pide la restitución, **sino el resarcimiento de perjuicios en toda la extensión que comporta el concepto de expropiación como ya se ha visto".** (G. J. número 2154 Tomo LXXX, páginas 244 a 259).

Y en auto proferido en el juicio en cita se había dicho:

"Según el Código Civil, el artículo 955, es de dominio la acción que se ejercita contra el que ha enajenado una cosa para la restitución, no de la cosa misma, sino de lo que haya recibido por ella, y para la indemnización de todo perjuicio, si la enajenó a sabiendas de que era ajena. De igual manera y por análogas razones, **es de dominio la acción para que el actual poseedor sea condenado a pagar el valor de la cosa que no puede restituir por haber sido incorporada definitivamente a un servicio público".** (G. J. números 2186-2187, pág. 363).

Sobre este mismo punto puede verse la sentencia de septiembre 21 de 1955 (Tomo 81, G. J., números 2157-2158, página 339 y siguientes).

Estima la Sala que ya este proceso tiene en la demanda una interpretación definida. Se trata en ella de ejercitar la acción indemnizatoria por causa de ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, la cual, por sus propias modalidades entraña una verdadera acción de dominio enderezada no ya a la restitución de lo ocupado porque ello no es posible tratándose ,como aquí se trata, de la destinación del inmueble a un servicio público, sino al pago consecuencial del valor de ese mismo bien.

Establecido, pues, que la acción ejercitada por la demandante Bernardina Cárdenas de López es la de dominio (artículo 955 del Código Civil) cuya

prescripción es la extraordinaria de 30 años (artículo 2.538 ibídem) o la de 20 años, si se empezara a contar desde la vigencia de la Ley 50 de 1936, corresponde estudiar seguidamente si los presupuestos de la misma se hallan reunidos para alcanzar la eficacia jurídica que se propone con su ejercicio.

PRESUPUESTOS DE LA ACCION

Para que haya lugar a la reivindicación o acción de dominio se requiere en quien la ejercita, según la doctrina, lo siguiente:

a) Propiedad del demandante.

b) Posesión por parte de la demandada.

c) Identidad de la cosa.

En consecuencia, deben analizarse dichos elementos, a fin de determinarse la capacidad jurídica y la capacidad procesal de las partes que intervienen en este litigio.

a) **Propiedad de la demandada.**— El Tribunal Superior de Pereira, en fallo de instancia, absolvió a la entidad demandada en virtud de que la parte actora no acreditó su calidad de dueña del inmueble tendiente a la reivindicación, por cuanto no presentó al juicio la prueba eficaz para demostrar esa condición, de conformidad con la exigencia del artículo 7º de la Ley 200 de 1936.

En esa oportunidad presentó la actora las pruebas siguientes:

1º—Escritura pública número 978 de julio 18 de 1944 de la Notaría Segunda del Circuito de Armenia, para acreditar que es la propietaria del lote, materia de esta litis (folios 1 y 2 del cuaderno número 1); y

2º—El Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia número 652 de 14 de agosto de 1956 en que consta que el título de la citada señora Cárdenas de López está vigente, sin limitaciones, gravámenes o mermas de disponibilidad.

Consideró el Tribunal que con los documentos anteriores no era posible obtener la calidad exigida para poner en movimiento la acción reivindiactoria, por cuanto la escritura de compraventa (artículo 765 del Código Civil) no es anterior, sino posterior a la Ley 200 de 1936; esto es, que no llena el requisito exigido por el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, que habla de "títulos inscritos otorgados con anterioridad a esta ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. Lo cual significa que ese título de compraventa que exhibe la demandante no es por sí solo suficiente a comprobar su derecho de dominio sobre el inmueble en referencia en este litigio con la Nación".

También estimó que el Certificado de tradición y libertad expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia es inhábil para acreditar el derecho de dominio de la señora Cárdenas de López, por cuanto de conformidad con el artículo 1.760 del Código Civil y 2.675 ibídem, aquél no puede admitirse sino como prueba supletoria del dominio cuando se demuestren la pérdida del protocolo y la inexistencia en poder del interesado de la copia legalizada del título y que como no se está en presencia de ese hecho, el referido certificado tampoco constituye prueba adecuada y suficiente para acreditar el derecho de dominio de la demandante sobre el inmueble que es objeto de esta contención. Finaliza el Tribunal manifestando que "ese certificado lo admite la ley en ciertas ocasiones (Código Judicial 635) para comprobar la suficiencia de un título, pero no en los juicios de reivindicación, donde no puede suplir la falta de los títulos respectivos".

En la segunda instancia, como se dijo anteriormente, y dentro de la diligencia de inspección ocular, allegó el actor los documentos exigidos por el artículo 7º de la Ley 200 de 1936, con lo cual llenó la deficiencia anotada por el Tribunal.

A pesar de ello, considera la Sala que el fallador de instancia no estuvo acertado en la apreciación anterior, por cuanto para acreditar la calidad de dueño por parte del demandante en esta acción **sui géneris**, en que no se persigue propiamente la reivindicación del bien al patrimonio privado, sino una indemnización compensatoria por el menoscabo de su propiedad, no se requiere sino el título de propiedad actual del demandante, acompañado de la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del Código Judicial porque, entre otras cosas, aquí no se ha discutido el dominio por parte de la demandante.

En el caso **sub judice** se halla establecido con la escritura pública número 978 de 18 de julio de 1944 de la Notaría Segunda de Armenia y el certificado número 652 de 14 de agosto de 1956 del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados, de la misma ciudad, que la señora Bernardina Cárdenas de López tiene la calidad de dueña del inmueble, materia de este pleito, con lo cual cumple satisfactoriamente el primer elemento de la acción promovida.

Así lo ha expresado la Corte en repetidos fallos,

entre los cuales se transcriben apartes del siguiente:

"Ha expresado en repetidos fallos la Corte que tratándose de la acción reivindicatoria basta con presentar el título que acredite la propiedad, con la constancia de su inscripción en la oficina de registro; la certificación sobre suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del Código Judicial se refiere a casos especialmente señalados por la ley, tales como para reclamar la suma debida por indemnización y pago en caso de expropiación que sobre una entidad privada haga una entidad de derecho público...." (G. J., T. LXI página, 439).

b) **Posesión material en el demandado.** —Para acreditar el segundo elemento de la acción invocada procede la Sala a estudiar las pruebas aportadas por la parte actora, ya que el Tribunal se abstuvo de analizarlas en virtud de las razones que expuso en el fallo de instancia.

Son las siguientes:

1º—Diligencia de Inspección Ocular practicada por el Juez Civil del Circuito de Armenia, con intervención de los peritos Benjamín Valencia Z., y Libardo González que dice textualmente: "...procedió el Juzgado junto con los peritos a identificar el inmueble objeto de la demanda..... y efectivamente fue localizado un solar constante de veinte (20) varas de frente, por cuarenta (40) varas de centro, alindado así: (aquí los linderos). Se constató además: a) Que en el frente del solar que da a la calle diecisiete (17) termina un túnel que hace parte de la obra del ferrocarril por donde viene la carrilera o línea del ferrocarril Armenia-Ibagué; b) Que dicha carrilera atraviesa de sur a norte el solar identificado y objeto de esta diligencia; c) Que la construcción del túnel y la carrilera sobre ese solar impiden en la actualidad la utilización del inmueble para levantar casa o edificio; 4) Que la línea férrea no está en servicio. e) Que el nivel de la calle 17 en el paramento del frente de dicho solar está a bastante altura (los peritos expresarán cuánta) en relación con el nivel del piso del túnel y para habilitar el solar para una construcción comercial serían necesarias obras que no se precisarían si el solar no hubiera sido terraplenado al nivel actual. Por último se deja constancia de que el solar identificado es el mismo a que se refiere la escritura pública número 978 de 18 de julio de 1944, pasada ante el Notario Segundo del Circuito de Armenia, el hecho primero de la demanda y el certificado de tradición...." (Folios 17 y vuelto del cuaderno número 3).

2º—Constancia del Sub-Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia sobre: a) Que los trabajos de la prolongación del Ferrocarril Armenia a Ibagué se iniciaron en Armenia el 4 de marzo de 1947 y el túnel y la banca en una longitud de 20 kilómetros quedaron construídos en el mes de agosto de 1949; y b) Que la banca en el sector urbano de Armenia quedó concluída en el año de 1947 y los primeros meses de 1948 (fl. 4 vuelto del cuaderno citado); y,

3º—Declaraciones de los señores Roberto Castaño Osorio y Agustín Pérez, de las cuales se desprende que a fines de 1947 o primeros meses de 1948, con los trabajos del ferrocarril se produjo la destrucción del cercado del lote y de una enramada o pesebrera para el cuidado de animales, atravesándolo con una carrilera, y privando de esta manera a su dueña de la posesión material del inmueble e imposibilitándolo para utilizarlo en el arrendamiento que le producía la mencionada pesebrera. (Folios 9 y 10 del cuaderno en cita).

De las pruebas relacionadas anteriormente concluye la Sala que, evidentemente, la ocupación de hecho por parte de la Nación (expropiación indirecta) del inmueble, materia de este pleito, cuya posesión detenta la Administración, y en la cual ha realizado obras de carácter definitivo por el fin a que ellas están destinadas, configura el segundo elemento de la acción aquí promovida o sea la **posesión por parte de la demandada.**

c) **Identidad de la cosa.** — El tercer elemento constitutivo del presupuesto de esta acción se halla establecido en forma clara y precisa con la inspección ocular practicada con intervención de peritos por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, y tanto en dicha diligencia como en el peritaje (folio 19 del cuaderno número 3) se concluye que el lote a que se refiere la escritura número 978 de 18 de julio de 1944 de la Notaría Segunda de Armenia es el mismo cuya ocupación definitiva tiene la Nación.

LA PARTE DEMANDADA

Como bien lo consideró el Tribunal, la parte demandada es la Nación, en virtud de lo dispuesto en el Decreto número 3.129 de 27 de octubre de 1954, cuyo parágrafo del artículo 5º establece que el Gobierno Nacional cubrirá la totalidad del pasivo existente en el momento del traspaso a cargo del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Estima la Sala, por lo expuesto anteriormente,

que tanto los presupuestos procesales como los de la acción se hallan reunidos y, por consiguiente, debe procederse a estudiar el aspecto indemnizatorio que cabe reconocer a la demandante por el hecho de la Administración, consistente en la ocupación definitiva de la propiedad de aquélla.

EL PERJUICIO

Los mismos elementos de juicio anteriormente enumerados establecen el perjuicio ocasionado a la señora Bernardina Cárdenas de López, con la ocupación de su propiedad por parte de la entidad demandada, más el lucro cesante consistente en la imposibilidad de explotar la pesebrera destinada para alquiler. Así lo conceptuaron los peritos, quienes estimaron que el valor de la vara cuadrada de dicha zona es de treinta pesos ($ 30.00) y el del lucro cesante a razón de dos pesos ($ 2.00) diarios, a partir de la fecha en que fue ocupado dicho lote con los rieles del ferrocarril.

CONSIDERACIONES FINALES

Observa la Sala que como no ha sido posible precisar exactamente desde qué fecha ocupó definitivamente la Nación (Ferrocarril Armenia-Ibagué) el lote, materia del pleito, que según los expertos quedó inutilizado para ser aprovechado en construcciones de otra índole, a fin de hacer la condena del lucro cesante a partir del día en que le fue imposible a la actora percibir renta por concepto del alquiler de la pesebrera, ya que según los declarantes Roberto Castaño Osorio y Agustín Pérez (folios 9 y 10 del cuaderno número 3) "a fines de 1947 o primeros meses de 1948" se produjo la destrucción del cercado del lote y de una enramada o pesebrera, y según la constancia del Sub-Gerente General de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, "la banca en el sector urbano de Armenia quedó concluída en el año de 1947 y los primeros meses de 1948" (Folio 4 vuelto del cuaderno citado), es del caso, para proceder con ecuanimidad resolver que ellos deban pagarse a partir del primero de enero de mil novecientos cuarenta y ocho, hasta cuando el pago se efectúe.

Con respecto a la prevención de que trata el artículo 269 de la Ley 167 de 1941 (Código Contencioso-Administrativo) solicitada por el apoderado de la demandante; esto es, de que en la sentencia se reconozca la obligación por parte de la dueña del terreno a transferir el título de dominio a la Nación cuando el pago de éste se verifique, es conveniente anotar que aun cuando dicho artículo fue declarado inexequible por esta Corte en sentencia de 20 de junio de 1955, no es posible desconocer las razones de orden jurídico por las cuales es procedente disponer que, pagada la indemnización, debe la demandante hacer la transferencia de sus derechos sobre dicho lote, a favor de la Nación, como se ha allanado a hacerlo.

La razón jurídica de lo anterior radica en que en tratándose de una condenación al pago del terreno, materia de la litis, sería contrario a la equidad que dentro de la acción de dominio aquí ejercitada no se transfiriera el derecho a la entidad que reconoce el perjuicio sufrido, puesto que no es posible decretar su restitución por los graves trastornos que esta medida causaría para el servicio público a que está destinado. Lo acertado es que si el demandante tiene derecho a que se le pague el inmueble que de manera definitiva se ha incorporado al patrimonio público, correlativamente está en la obligación de transferir a la Nación su derecho de dominio sobre el mismo inmueble.

FALLO

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1º — **Revocar** la sentencia de noviembre 19 de 1957 proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en este negocio.

2º—**Declarar** que corresponde a la señora Bernardina Cárdenas de López el dominio del inmueble de que trata el hecho primero de la demanda, alindado como allí se expresa..

3º—No hay lugar a condenar a la Nación a restituír el lote, materialmente, a la propietaria mencionada.

4º — Declarar que el Estado ocupó de manera permanente el inmueble determinado en la demanda, cuya propiedad es de la señora Bernardina Cárdenas de López y en consecuencia, condenar a la Nación a pagarle a título de indemnización por los perjuicios causados la cantidad de treinta pesos ($ 30.00) por vara cuadrada, o sea la suma de veinticuatro mil pesos ($ 24.000) más el lucro cesante a razón de dos pesos ($ 2.00) diarios, a partir del primero (1º) de enero de mil novecientos cuarenta y ocho (1948) hasta cuando el pago se efectúe, con la obligación simultánea

a cargo de la actora de otorgar la escritura correspondiente, traslaticia de dominio, a favor de la entidad demandada.

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

Héctor Martínez Guerra—Roberto Goenaga—Samuel De Sola Roncallo—Jorge Sanabria—Jorge García Merlano, Secretario.

COMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE, PARA CONOCER DE LAS ACCIONES ORIGINADAS EN UN CONTRATO EN QUE ES PARTE LA NACION. — CUANDO SE EXIGEN DETERMINADOS REQUISITOS PARA LA VALIDEZ DE LOS CONTRATOS SOBRE ADQUISICIONES QUE SUPERAN UNA CUANTIA LIMITADA, ES NECESARIO SUJETARSE A AQUELLAS NORMAS, PUES EN CASO DE NO CUMPLIRSE ESAS FORMALIDADES, PROCEDE DECLARAR LA NULIDAD ABSOLUTA DEL CONTRATO PERO NO SU INEXISTENCIA

Si la acción tiene origen en un contrato administrativo en que es parte la Nación, la Corte, en Sala de Negocios Generales, tiene competencia para conocer de ella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

Cabe recordar que la Sala Civil de Unica instancia fue suprimida por la Ley 67 de 1943 y sus funciones se le asignaron a la Sala de Negocios Generales.

Estima, pues, esta Sala que el sobredicho artículo le otorga plena competencia para conocer acerca de la validez, de la nulidad, del incumplimiento y de los efectos y consecuencias que se derivan de los contratos que celebre el Gobierno con particulares.

Las características jurídicas del convenio, origen de la controversia en el caso de estudio, es un contrato administrativo, sinalagmático, de relaciones estrictamente comerciales, de prestaciones y obligaciones mutuas cumplidas en parte, pero que por haberse celebrado por el Gobierno con particulares y estar encaminado a servir necesidades del Estado, se cataloga jurídicamente como contrato administrativo que, para que tenga valor legal, no solamente se requieren la capacidad para obligarse y la voluntad de las partes, sino el cumplimiento de determinados requisitos esenciales que lo diferencian del contrato puramente civil, como una serie de formalidades ad solemnitatem que de no ser satisfechas con plenitud, le cercenan su firmeza. Tales requisitos esenciales para la validez de los contratos administrativos son, entre otros, la de la revisión del Consejo de Estado, entidad encargada por la ley para que declare si esos convenios se ajustan estrictamente a las autorizaciones legales para celebrarlos.

A este respecto sentó la Corte importantísima doctrina en fallo de 2 de octubre de 1951 (Sala de Negocios Generales.— G. J., Tomo LXX, página 675) al enseñar que cuando se exigen determinados requisitos para la validez de los contratos sobre adquisiciones, que superan una cuantía limitada, es necesario sujetarse a aquellas normas, declarando que en ese caso el contrato no ha satisfecho esas formalidades y por tanto no es inexistente sino nulo, de nulidad absoluta.

Sala de Negocios Generales.—Bogotá, dieciséis de diciembre de mil novecientos cincuenta y ocho.

(Magistrado ponente: Dr. Roberto Goenaga).

En libelo presentado el 6 de mayo del año en curso, la Sociedad "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada", domiciliada en esta ciudad y constituída por escritura pública número 3.452 de 2 de junio de 1953 de la Notaría Segunda de este Circuito, por medio de apoderado legalmente constituído, solicita de la Corte —Sala de Negocios Generales— que por los trámites de un juicio ordinario y con citación del señor Procurador General de la Nación, se hagan las declaraciones que a continuación se copian:

"PRIMERA.—Son nulas las Resoluciones números 3.951 de 9 de noviembre y 4283, de 12 de diciembre de 1957, emanadas del Ministerio de Guerra, por la primera de las cuales fue declarada administrativamente la **caducidad** del contrato celebrado entre la firma que represento, por una parte y la Nación, por otra, contrato fechado el 30 de agosto de 1936, y por la segunda, fue confirmada la anterior;

"SEGUNDA.—Que como consecuencia de la ilegalidad en la caducidad de dicho contrato, se de-

clare resuelto el mismo, por haber sufrido cambios fundamentales que lo desvirtuaron, dejándolo sin existencia jurídica, tales como los relacionados con los plazos, forma de pago, etc.;

"TERCERA.—Que la firma contratista cumplió el convenio, a pesar de la negativa del Gobierno a reajustar los precios, sin tener en cuenta el alza de materias primas, cuyo costo subió, debido a las medidas tomadas por el Gobierno sobre importación de mercancías;

"CUARTA. — Que la casa contratista queda exenta de toda responsabilidad civil y administrativa, como consecuencia de la sentencia que declare la nulidad de la caducidad que aquí se solicita".

Los hechos.

Las súplicas anteriores se encuentran apoyadas en los siguientes hechos, que para mayor precisión se transcriben en su integridad:

"**Primero.** — El Comando General del Ejército, autorizado debidamente por el Ministerio de Guerra y la sociedad "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada", celebraron el contrato número 56-22 de 30 de agosto de 1956, que aparece en Diario Oficial que se adjunta;

"**Segundo.** — Este contrato tenía por objeto el suministro de 200.000 camisetas, por parte de mi cliente, para el Ejército;

"**Tercero.**—En la cláusula 3ª, se estipula la forma y tiempo de entrega de tales elementos así: instalamentos de 50.000 camisetas cada uno durante los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1956, o sea un total de 200.000 camisetas entregadas al finalizar el año de 1956;

"**Cuarto.**—En la cláusula primera del contrato se estipula que las camisetas deben ser de hilazas importadas, mercerizadas, etc.;

"**Quinto.**—Aparece de la factura número 146, de 2 de julio de 1956, que la fábrica empezó a entregar al Comando sus mercancías en esa fecha, sin hallarse siquiera firmado o formalizado el contrato, corriendo así con el riesgo, caso de no celebrarse, lo que indica su interés en servirle al Gobierno, so pena de perjudicarse por entregas anticipadas de mercancías. De este hecho se desprende que el contrato fallaba en cuanto a fechas de entrega, como lo estipula su cláusula segunda;

"**Sexto.**—Aparece de la misma factura, que su valor sólo fue pagado por el Comando, Gobierno, el 10 de diciembre de 1956, violándose así lo contenido y convenido en el mismo contrato, cláusula 3ª. Estos cambios muestran claramente las variaciones sufridas en el desarrollo del contrato, por la sola voluntad del Gobierno, sin la intervención del contratista. Las alteraciones en cuanto a fecha de entrega, plazos y pagos, indican la carencia de vida jurídica del contrato original, lo que deja sin piso las Resoluciones acusadas;

"**Séptimo.**—De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto Extraordinario número 1.784 de 9 de junio de 1954, esta clase de contratos requieren un mínimo de requisitos para que sean válidos legalmente. Como aparece del Diario Oficial que se acompaña, el contrato fue aprobado por la Presidencia de la República el 2 de noviembre de 1956, o sea tres meses después del término fijado para su cumplimiento, lo cual le resta valor legal;

"**Octavo.**—En oficio número 2.273 de 17 de julio de 1957, el Comando del Ejército concedió a partir de esa fecha, un plazo de sesenta días más al contratista, plazo éste que cambia de nuevo lo estipulado inicialmente;

"**Noveno.**— Por oficio número 3.145, de 30 de septiembre de 1957, el Comando del Ejército cambia otra vez los plazos estipulados, al afirmar que el contrato ha debido cumplirse en los tres primeros meses de 1957;

"**Décimo.**—Por oficios de 12 de febrero y 17 de julio del 57, la firma que represento pide reajuste de precios, alegando los gravámenes producidos por los Decretos sobre importaciones y sobre salarios mínimos, recaídos en contra de la empresa;

"**Undécimo.**—El acuerdo suscrito por Hilandería Suprema Limitada", de Medellín y la "B. V. D." Industrias (Colombia) Limitada" de Bogotá, demuestra el aumento de precios de las materias primas que aquella casa debía suministrar a la segunda;

"**Duodécimo.**—En oficio dirigido por "Hilandería Suprema Limitada", de Medellín al Comando de las Fuerzas Armadas, se pone de manifiesto la imposibilidad que dicha (sic) tuvo para entregar

oportunamente a mi cliente las materias primas que ésta empleaba en la elaboración de los productos materia del contrato.

"Décimo tercero.—De acuerdo con los Decretos que se acompañan, junto con otros documentos, se demuestra la fuerza mayor que impidió al contratista cumplir con el convenio, caso de que éste existiera legalmente;

"Décimo cuarto.—Aparece del mismo texto de las Resoluciones acusadas que la firma que represento cumplió con la entrega de más de la mitad de las mercancías, materia del contrato, a pesar de los inconvenientes anotados por las medidas del Gobierno y con mengua de sus intereses".

Finalmente, en el escrito de demanda se citan como disposiciones de derecho pertinentes a la acción incoada, los artículos 40, 764 y siguientes del Código Judicial, Ley 95 de 1890, artículo 1º, artículos 73 y siguientes y concordantes y 245 del C. C. A., artículos 1.494, 1.602, 1.603, 1.609 del Código Civil y artículo 2º de la Ley 67 de 1943.

Documentos.

La demanda fue acompañada de varios documentos relacionados con los hechos que se acaban de copiar, y de los cuales habrá de tomarse nota detallada más adelante.

* * *

Por auto de 19 de mayo del presente año se admitió la expresada demanda, y se dispuso, en consecuencia, dar de ella el correspondiente traslado al señor Procurador de la Nación Delegado en lo Civil, quien la contestó en escrito de 8 de junio siguiente en el sentido de oponerse a las declaraciones solicitadas, y manifestando, en cuanto a los hechos, que éstos en su totalidad debían ser probados en el juicio.

* * *

Cumplidas como están todas las ritualidades del juicio ordinario, y como quiera que no se observa ninguna irregularidad que pueda originar nulidad total o parcial de lo actuado, se procede a dictar el fallo definitivo, mediante las motivaciones siguientes:

Competencia.

Como quiera que la acción tiene origen en un contrato administrativo en que es parte la Nación, la Corte, en Sala de Negocios Generales, tiene competencia para conocer de ella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil, invocado en la demanda.

El contrato.

El contrato a que se refiere la demanda fue suscrito entre el Gobierno Nacional —representado por el Ministerio de Guerra— y el señor Andrés Mendoza de la Fuente, en representación de la sociedad "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada", con fecha 30 de agosto de 1936, y quedó distiguido con el número 56|22 del Comando del Ejército. El objeto de este convenio es el de suministrar "al Gobierno", para el servicio del Ejército, 200.000 camisetas "confeccionadas en hilazas importadas, mercerizadas, con media manga, cuello cerrado "T. Shirt" así: 160.000 en color blanco y 40.000 en color habano, y en un todo de acuerdo con la muestra presentada que reposa en la Sección de Adquisiciones del Comando del Ejército, a razón de $ 2.05 cada camiseta".

El valor del contrato, en total, es el de $ 410.000. moneda corriente.

En la cláusula primera de la convención constan otros detalles sobre la forma, tallas, etc. de las camisetas y su empaque.

En la cláusula 2ª se establece la forma en que el contratista debe hacer entrega de la mercancía. Dice así:

"En el mes de septiembre.....	50.000
En el mes de octubre.....	50.000
En el mes de noviembre.....	50.000
En el mes de diciembre del presente año (saldo)	50.000
TOTAL.....	200.000"

En la cláusula 3ª se fija la forma de pago del valor del contrato por el Gobierno, con cargo al Presupuesto de Vestuario y Equipo "del presente año", "previa la presentación de las cuentas de cobro respectivas, con la constancia del recibo de las 200.000 camisetas a entera satisfacción, en el almacén de Vestuario de Tropa, en los Talleres de Intendencia.... Se deja constancia de que los pagos se verificarán de acuerdo con la reserva legal que expida la Contraloría General de la República, y cuando el presente contrato se encuentre debidamente perfeccionado".

Por la cláusula 4ª se establece lo relativo a las reservas presupuestales y subordinación a las apropiaciones mediante certificado que habrá de expedir la Contraloría General de la República.

La cláusula 5ª dice así: "El Gobierno se reserva el derecho de declarar caducado administrativamente el presente contrato, por medio de resolución del Ministerio de Guerra, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, si ocurriere alguna de las causales siguientes:

"a) Incapacidad finañciera de la Sociedad B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada;

"b) Disolución o liquidación de la misma Sociedad, y

"c) Incumplimiento de la misma a una cualquiera de las obligaciones aquí estipuladas. En este último caso, el contratista pagará al Gobierno, por vía de multa, la cantidad de cuarenta y un mil pesos ($ 41.000.00) moneda legal, equivalente al diez por ciento (10%) del valor total del contrato".

La cláusula novena dice así:

"Novena.—El presente contrato requiere para su validez de los siguientes requisitos: aprobación del señor Brigadier General, Director General de los Servicios de las Fuerzas Armadas; visto bueno del Jefe del Departamento de Control y Ejecución del Presupuesto; de la aprobación de los señores Ministros de Guerra y de Hacienda y Crédito Público; concepto favorable del honorable Consejo de Ministros, y aprobación del Excelentísimo señor Presidente de la República. También llevará la posterior refrendación de la Auditoría Fiscal de la Contraloría General, según lo ordenado en su Resolución número 1.229 de abril 22 de 1954".

Este contrato fue publicado en el número 29.243 del Diario Oficial, de fecha 4 de enero de 1957, junto con el visto bueno y la aprobación dada por el Consejo de Ministros, del Director General de los Servicios de las Fuerzas Armadas, del señor Presidente de la República (el cual lleva fecha 2 de noviembre de 1956) y el correspondiente registro en la Contraloría General de la República. El Diario Oficial en referencia fue acompañado a la demanda en ejemplar debidamente autenticado (folio 39). Es de observarse también que la aprobación por el Consejo de Ministros se hizo con fecha 31 de octubre de 1956.

De acuerdo con estas constancias relativas al perfeccionamiento del contrato, se tiene que los contratistas, para dar cumplimiento a la Cláusula Segunda debieron entrar a la ejecución de lo pactado antes de haberse llenado todos los requisitos necesarios para la plena validez del contrato, ya que la primera entrega de 50.000 camisetas debía hacerse en el curso del mes de septiembre, y la segunda, en el mes de octubre siguiente de 1956, y ya se ha visto que las últimas legalizacionc previstas en el pacto se cumplieron a fines del mes de octubre y principios de noviembre de dicho año.

La acción incoada.

El Gobierno Nacional —Ministerio de Guerra— por Resolución número 3.951 de 9 de noviembre de 1957, declaró la caducidad administrativa del contrato relacionado, con base en el hecho de que el contratista "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada" dejó de cumplir sus obligaciones, "ya que faltan por entregar 77.534 camisetas de las 200.000 que se estipula en el mencionado contrato", y condenó a la misma Sociedad al pago de la cantidad de $ 41.0000.00 moneda corriente que se impuso como multa en la cláusula penal contenida en la referida convención.

Esta Resolución fue confirmada por medio de la de fecha 12 de diciembre del mismo año, distinguida con el número 4.283, que decidió del recurso de reposición interpuesto por la sociedad contratista.

El actor sostiene que la declaración de caducidad carece de fundamento; toda vez que existe a su favor el fenómeno liberatorio de la fuerza mayor, y que el Ministerio unilateralmente modificó los términos del contrato, en cuestiones que le son fundamentales.

De acuerdo con las transcritas peticiones del libelo de demanda, la sociedad "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada" pretende esta declaración judicial de nulidad de las expresadas providencias administrativas, y, la consecuencia sobre Resolución del contrato número 56|22 de 30 de agosto de 1956, con el efecto de que la parte actora "queda exenta de toda responsabilidad civil y administrativa" que pudiese derivarse de aquel contrato.

Las pruebas.

Todas las pruebas que la demandante consideró indispensables para acreditar los hechos, fueron acompañadas al escrito de demanda, toda vez que el término probatorio del juicio transcurrió sin haberse solicitado de su parte la práctica de nuevas probanzas. Asimismo, la parte demandada

permaneció inactiva durante esa etapa procesal.

Obran en el expediente :

a) Una copia auténtica y debidamente registrada de la escritura pública número 3.452 de 2 de junio de 1953, de la Notaría Segunda de esta ciudad, por medio de la cual se protocolizó el acta de constitución de la sociedad comercial "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada", acta elevada a escritura pública ante el Cónsul General de Colombia en la ciudad de Panamá con fecha 22 de abril de 1953, bajo el número 15 (folios 1 a 6 frente y vuelto).

b) Certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá sobre registro del extracto notarial correspondiente, de fecha 18 de abril del presente año, y donde además consta que el representante de dicha entidad es el Presidente de ella, señor Andrés Mendoza de la Fuente. Dicha inscripción, lleva el número 17.107 de 4 de marzo de 1954, y se encuentra vigente. Por lo demás, consta de dicho extracto que el Presidente de la Sociedad lleva la representación legal de ésta, y es reemplazado en su ausencia por el primero y segundo Vicepresidente, en su orden. Como Vicepresidente primero y segundo fueron elegidos, respectivamente, Jorge Mendoza de la Fuente y Samuel Taub.

c) El poder conferido por este último al doctor Hernando Bermúdez para representarlo en este juicio, y la sustitución hecha por el doctor Bermúdez en el doctor Jorge Medina del referido poder.

d) Copia al carbón, debidamente autenticada de la Resolución número 3.951 de 9 de noviembre de 1957, dictada por el Ministerio de Guerra, cuya nulidad se demanda, y que en lo pertinente dice así:

"El Ministerio de Guerra,

en uso de sus facultades legales y

CONSIDERANDO:

Que con fecha 30 de agosto de 1956, el Ministerio de Guerra, por conducto de la Jefatura de los Servicios del Comando del Ejército, celebró con la firma B. V. D. INDUSTRIAS COLOMBIA LIMITADA representada por el señor ANDRES MENDOZA DE LA FUENTE, en su carácter de Presidente de la Junta Directiva, el contrato marcado con el número 56|22 para el suministro de 200.000 camisetas, confeccionadas con hilazas importadas, mercerizadas con media manga, cuello cerrado, en colores blanco y habano, marcadas con un sello estampado en la parte inferior trasera del cuello, con la leyenda "EJERCITO DE COLOMBIA 1956", todo por un valor de $ 410.000.

Que el contratista se obligó a efectuar la entrega de las camisetas, según consta en el texto del contrato, en la siguiente forma: 50.000 en el mes de septiembre; 50.000 en el mes de octubre; 50.000 en el mes de noviembre y 50.000 en el mes de diciembre de 1956.

Que la Contraloría General de la República por medio de certificado de reserva número 1.061 de fecha 16 de octubre de 1956 constituyó la reserva por valor de cuatrocientos diez mil pesos ($ 410.000.00) con destino al cumplimiento del Contrato número 56|22 entre el Ministerio de Guerra y B. V. D. INDUSTRIAS (COLOMBIA) LIMITADA.

Que con facturas números 004251 de noviembre 10 de 1956; 005126 de diciembre 7 de 1956; 000100 de enero 31 de 1957; 000927 de mayo 2 de 1957; 001217 de junio 6 de 1957; y 002573 de octubre 23 de 1957, el Ministerio de Guerra —Comando del Ejército— canceló a la firma B. V. D. INDUSTRIAS (COLOMBIA) LTDA.—, la cantidad de 122.466 camisetas que había entregado esta última en los almacenes de Intendencia del Ejército. En consecuencia, el Ministerio de Guerra, ha dado cumplimiento en cuanto ha habido lugar, de acuerdo con lo estipulado, y ha estado listo a cumplir, en cuanto a lo demás, con las obligaciones a su cargo que del contrato se desprenden, de conformidad con lo previsto en los artículos 1.928 y 1.929 y sus concordantes del Código Civil en relación con el artículo 182 del Código de Comercio.

"Que no ha ocurrido lo mismo respecto de la firma vendedora, la cual dejó de cumplir en cuanto se refiere a las entregas de mercancía, la cual debía hacerse en los cuatro últimos meses del año de 1956, según se desprende de la cláusula segunda del contrato 56|22, por lo cual ha dejado de cumplir el contrato, ya que, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1.884 del Código Civil 'el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato', precepto cuya ejecución se pormenoriza y complementa con lo dispuesto en los artículos 1.603, 1.605 y 1.870 del mismo estatuto legal conforme a todo lo cual la obligación del vendedor de entregar lo que es materia del contrato se extiende a todo ello, quedando incumplido el pacto en su totalidad por la no entrega oportuna por éste del todo o parte de lo estipulado; entrega que ha de hacerse por el vendedor no en el tiempo indefinido o en época cuyo límite quede a su libre arbitrio, sino dentro del plazo prefijado en la convención, como el mismo Código

Civil lo ordena en sus artículos 1.551, 1.880 y 1.882, quedando el contratista vendedor —si así no lo hiciere— sujeto al pago a favor del comprador de los perjuicios que a éste le siguieren de su incumplimiento, conforme al mandato contenido en los artículos 1.608 y 1.615 del mismo Código, y desde luego, al pago de la multa estipulada para este evento, en la cláusula 5ª del contrato 56|22.

"Que del informe rendido al señor Comandante General de las Fuerzas Armadas, por el señor Jefe del Estado Mayor del Ejército, con fecha 22 de octubre del presente año, cuyos pormenores se encuentran en la carta correspondiente en originales, respaldados por los documentos y antecedentes del contrato, y de su nó cumplida ejecución por parte de la casa vendedora, se sigue en forma indubitable que, por culpa manifiesta de dicha casa, no desvirtuada sino más bien aceptada por comunicación de fecha julio 27 del presente año, ya que faltan por entregar 77.534 camisetas de las 200.000 que se estipula en el mencionado contrato, ocasionando con tal incumplimiento al Ministerio de Guerra y al Ejército Nacional, graves perjuicios.

"Que según lo estipulado en la cláusula quinta del contrato 56|22 el Gobierno se reservó el derecho de declararlo caducado administrativamente mediante resolución del Ministerio de Guerra, si ocurriere, entre otras cosas, la causal de incumplimiento de la casa contratista a una cualquiera de las obligaciones en él estipuladas, de conformidad con lo previsto en el artículo 254 de la Ley 167 de 1941, y de acuerdo con lo resuelto por la Junta Técnica de Adquisiciones del Comando del Ejército, en su reunión del 20 de septiembre del año en curso según consta en el Acta número 9 de la misma, en cuyo evento la referida casa se obligó a pagar al Gobierno Nacional, por vía de multa, la suma de cuarenta y un mil pesos ($ 41.000.00) moneda colombiana.

RESUELVE:

"1º—Declarar la caducidad del contrato 56|22 de fecha agosto 30 de 1956, celebrado entre el Gobierno Nacional —Ministerio de Guerra— y la casa B. V. D. INDUUSTRIAS (COLOMBIA) LIMITADA, representada por el señor ANDRES MENDOZA DE LA FUENTE en calidad de Presidente, cuyo plazo último de entrega venció el 31 de diciembre del año de 1956, mas el plazo prudencial otorgado por el Comando del Ejército, para la entrega de los efectos contratados, sin que, por culpa de la casa contratista, se haya dado hasta el presente cumplimiento cabal ha (sic) dicha entrega.

"2º—Declarar incursa a la firma B. V. D. INDUSTRIAS (COLOMBIA) LIMITADA en la obligación del pago al Ministerio de Guerra de la suma de CUARENTA Y UN MIL PESOS ($ 41.000) la cual se le impone como multa o sanción penal estipulada en la cláusula quinta del contrato 56|22; y a cuyo pago se declara afecta la garantía de cumplimiento que con certificado número 6-57-001 y fianza número XI-101.436 otorgó la Compañía de Seguros La Nacional, de lo cual se dará aviso a dicha compañía de seguros, una vez notificada esta providencia para los fines legales consiguientes. Esta suma ingresará al Tesoro Nacional, una vez ejecutoriada la presnte providencia". (Folios 14 a 16).

e) Copia al carbón, debidamente autenticada, de la Resolución número 4.283 de 12 de diciembre de 1957, dictada por el Ministerio de Guerra para decidir el recurso de reposición interpuesto por la firma contratista contra la número 3.951 anteriormente transcrita. En esta proviencia se deniega la reposición impetrada y en consecuencia se "ratifica" en todas sus partes la referida Resolución número 3.951.

En los considerandos de esta providencia se expresa lo siguiente:

"Que el actor no prueba el cumplimiento de las obligaciones de la casa contratista en la oportunidad expresamente estipulada en la cláusula segunda del contrato en mención, sino que por el contrario confirma y ratifica el incumplimiento, al decir 'que el contrato firmado el 30 de agosto necesitaba o requería para su perfeccionamiento una serie de requisitos legales al tenor de lo impuesto (sic) por el Decreto Extraordinario 1.784 de 1954' y más adelante agrega que 'con fecha 2 del mes de julio, es decir casi dos meses antes de la firma del contrato ya se habían hecho entregas a buena cuenta de él'. Si la firma contratista esperaba el perfeccionamiento del contrato, interpretando a su manera los plazos estipulados en él, es inexplicable que no hubiera esperado tal perfeccionamiento, ni siquiera su firma, para hacer entregas según sus propias afirmaciones. El artículo 1.541 del Código Civil preceptúa que 'las condiciones deben cumplirse en la forma convenida'. El artículo 1.602 del mismo Código establece que 'todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales'. No es pues al actor, a quien corresponde interpretar arbitrariamente cada una

de las cláusulas del contrato 56|22. Si en la cláusula del mismo se establece nítidamente la forma de entrega de las 200.000 camisetas, a ella debe estarse.

"Las entregas han de hacerse por el vendedor, no en tiempo indefinido o en época cuyo límite quede a su libre arbitrio, sino dentro del plazo prefijado en la convención (artículos 1.551, 1.580 y 1.882 del Código Civil). Lo que es materia de la obligación se extiende a todo ello, quedando incumplido el pacto en su totalidad por la no entrega oportuna por el vendedor del todo o parte de lo estipulado. (Artículos 1.603, 1.605 y 1.870 del Código Civil)".

Prosigue la Resolución diciendo que el Ministerio de Guerra cubrió al contratista el valor de las entregas que llegó a verificar; que la prórroga otorgada por el Comando del Ejército en oficio 2.273 de 17 de julio de 1957 para que la casa contratista terminara de entregar la mercancía no fue de 90 días sino de 60, plazo que ya había expirado cuando el Comando, en oficio número 3.145 CE-84-SA-400 comunicó a la sociedad contratista su decisión de declarar rescindida la convención. Y que, de otra parte, el otorgamiento de dicha prórroga demuestra "la buena voluntad de parte del Ministerio de Guerra —Comando del Ejército— y los deseos de no causar perjuicios a la firma B. V. D. INDUSTRIAS (COLOMBIA) LIMITADA".

"Que en el ordinal 4º —continúa la Resolución— para sustentar el recurso de reposición, el actor asevera que con fecha 12 de febrero del presente año (la copia o el original de dicha comunicación no aparece), la firma que representa dirigió al Comando del Ejército una comunicación en la que pone de presente 'el alza inmoderada de los productos básicos utilizados por la Fábrica, lo que imponía un reajuste de precios'. Conviene hacer aquí un recuento de los antecedentes del contrato 56|22. En el año de 1955, según consta en el Acta número 2 punto 3º de febrero 8, la Junta Técnica de Adquisiciones del Comando del Ejército adjudicó a B. V. D. INDUSTRIAS (COLOMBIA) LIMITADA 400.000 camisetas y 200.000 pantaloncillos. El valor de cada camiseta era el de $ 2.05. Posteriormente, en el Acta número 23 punto 4º de fecha 8 de septiembre, la misma Junta resolvió modificar la adjudicación según se transcribe en forma textual: '4º — MODIFICACION CONTRATO B. V. D.—En el Acta número 2 punto 3º figura la compra de 400.000 camisetas y 200.000 pantaloncillos a INDUSTRIAS B. V. D. LIMITADA. En vista de que el Sr. Ministro de Guerra no aprobó la negociación sino por 200.000 camisetas, la Junta resolvió modificar de común acuerdo con INDUSTRIAS B. V. D. LIMITADA el contrato respectivo, y se compromete a sostener el precio de $ 2.05 cada una e iniciará la entrega a principios de 1956'. Se explica así, el por qué de las entregas en el mes de julio.

"En el año de 1956 en el Acta número 13, punto 4º de junio 21, la Junta Técnica de Adquisiciones del Comando del Ejército resolvió dar cumplimiento al compromiso adquirido y autorizó la negociación de las 200.000 camisetas que habían quedado pendientes del año anterior, cristalizando con la firma del contrato 56|22 de agosto 30 de 1956."

Al referirse a los argumentos aducidos por el reclamante en relación con las circunstancias de fuerza mayor, en la Resolución de que se trata, se hace transcripción de una nota del Presidente de la B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada", en la cual manifiesta al Ministerio que "este compromiso (contrato 56|22) fue adquirido por nosotros con el señor General y la Junta Técnica que operaba en ese entonces y por lo tanto adquirimos la materia prima necesaria para dar cumplimiento lo que actualmente nos permite ratificar a usted nuestro precio por estas camisetas las que no tendrán alza alguna para el Comando del Ejército en cumplimiento al compromiso a que nos hemos venido refiriendo'. Esta comunicación lleva fecha 17 de mayo de 1956.

Tomando pié en esta carta, argumenta el Ministerio:

"Si la firma contratista, como lo asegura en la comunicación que se acaba de transcribir, había adquirido la materia prima para dar cumplimiento al contrato, no es posible que se pretenda demostrar fuerza mayor y alza inmoderada de los materiales utilizados por la fábrica, cuando ya dichos materiales y materia prima se encontraban en poder de ella desde algún tiempo atrás. Se pretende probar un alza de las materias primas y se acompañan constancias de que ello ha sucedido en el presente año de 1957, cuando el contrato ha debido quedar cumplido a más tardar el 31 de diciembre de 1956". (Folios 17 a 20).

* * *

f) Una comunicación de Industrias B. V. D. de fecha 12 de febrero de 1957 al Comandante del Ejército, en la cual pone de presente algunos hechos "acaecidos después de firmado el contrato

(56|22) en referencia y que han influído directamente sobre nuestros costos, con el fin de solicitar del señor General una reconsideración sobre los precios que en él se estipulan;

"g) Como consecuencia del último decreto Laboral dictado por el Gobierno Nacional sobre salarios mínimos, se ha aumentado para nuestra empresa el costo de jornales en un 40.8% y el de sueldos en un 48.2%.

"2) Por razones de este mismo decreto y de las modificaciones en el Régimen de Importaciones, las materias primas usadas por la fábrica tales como las hilazas, hilo, elásticos, broches, etc., han aumentado de precio en un promedio del 8.81% y el proceso de blanqueo de la tela en un 30%.

"En resumen nuestros costos aumentaron, para los artículos que estamos administrando al Ejército en una cantidad equivalente al 32% sobre los anteriores.

"Por estas mismas razones y después de un detenido estudio el Ministerio de Fomento, aprobó un aumento en los precios de nuestros productos B. V. D. a la venta para el Comercio en general y nosotros esperamos del Comando del Ejército una actuación similar a fin de evitarnos grandes pérdidas..." (Fs. 21 y 22).

g) Nota original número 004568 CE-S4-400 del Comando del Ejército, de fecha 15 de febrero de 1957, en que manifiesta a la firma B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada", en relación con la comunicación que se acaba de anotar, "que no es posible acceder a lo solicitado en consideración a las siguientes razones:

"a) El contrato respectivo ya fue aprobado y por lo tanto no admite reconsideración alguna, y

"b) El presupuesto fijado para el presente año no lo permite por no haber sido prevista esta circunstancia a que ustedes aluden".

h) Otra comunicación distinguida con el número 2273 CE-JS|400 del mismo Comando del Ejército, de fecha 17 de julio de 1957, para la casa B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada que dice en lo pertinente:

"El Comando del Ejército ha extrañado que esa compañía no haya cumplido el contrato número 56|22 suscrito por ustedes el año pasado, sobre suministro de 200.000 camisetas para tropa.

"Este contrato ha debido quedar cumplido en su totalidad desde el mes de diciembre de 1956; en la fecha faltan por entregar 82.977 camisetas, que se necesitan con suma urgencia para atender a las dotaciones del personal.

"En tales condiciones este Comando les concede un plano improrrogable de sesenta (60) días para la entrega total de las 200.000 camisetas contratadas.

"Si vencido este plazo no se ha cumplido con la entrega total de las camisetas, procederemos a aplicar la multa fijada en la cláusula quinta del contrato, y demás sanciones adicionales, con el consiguiente perjuicio para su firma".

i) A este oficio contestó la firma contratista en carta fechada el 27 del citado mes, en que expone al Comando las causas por las cuales no ha podido cumplir el contrato, en la siguiente forma:

"1º.—Abosluta escaséz de algodón en el país. Problema de primer orden y por todos conocido.

"2) Consecuente escaséz de hilazas.

"3º)—Los precios de las hilazas necesarias para la manufacturación de las camisetas para tropa como también de otros títulos nacionales, principalmente de los títulos comprendidos entre 22|1 a 38|1 han subido desde $ 6.00, 6.50, 7.20, 7.50 etc. hasta 9.80.

"4º)—Como ustedes bien podrán comprobarlo, si enviaran un emisario a nuestra planta, hemos estado continuamente y sobre todo del 10 de mayo en adelante (por razones obvias de su conocimiento) en grave y serio peligro de suspender totalmente la manufacturación de los artículos de tejido de punto, más aún, todavía no sabemos si tenemos necesidad de parar compleamente la fábrica.

"Por las razones arriba mencionadas que ustedes se servirán estudiar detenidamente, rogamos a ustedes el favor de hacer las consideraciones del caso. Nos permitimos sugerir que si ustedes están en condiciones de suministrarnos las hilazas nosotros tendremos el mayor gusto en completar dicho pedido". (Folios 25 y 26).

j) Otra comunicación distinguida con el número 3.145 CE-S4-400 de 30 de septiembre de 1957 del Jefe de Servicios del Comando del Ejército, dirigida a B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada, donde, al acusar recibo de la anterior carta, notifican al contratista que "la Junta Técnica de Adquisiciones del Comando del Ejército, en su reunión del día 23 de los corrientes, acordó **rescindir** el contrato por incumplimiento de parte de ustedes. Pues dicho contrato debió quedar totalmente ejecutado dentro de los tres (3) primeros meses del año en curso" (Folio 27).

k) Una copia al carbón del "acuerdo suscrito entre las sociedades Hilandería Suprema Limitada de Medellín y B. V. D. Industrias (Colombia) Limitda, que dice así:

"1º—De común acuerdo entre las dos partes, se ha convenido cambiar el texto del contrato sobre

suministro de Hilaza, de acuerdo al pedido número 0078 de septiembre 13 de 1956 con cambio posterior, como consta en arreglo de fecha junio 7 de 1957 en el cual se aumentó el precio de SEIS PESOS CON 50|100 ($ 6.50) a OCHO PESOS CON 25|100 ($ 8.25) moneda corriente.

"2º—El presente cambio a que se hace mención el aparte primero de este acuerdo se refiere a un nuevo aumento de precios. A partir del 1º de agosto de 1957 dicho precio será de NUEVE PESOS CON 40|100 ($ 9.40) moneda corriente por kilo. En constancia del acuerdo se firma por ambas partes". (Folio 28).

Este documento lleva fecha 2 de agosto de 1957.

l) Una carta de Hilandería Suprema Limitada de fecha 4 de septiembre de 1957 dirigida a B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada, por la cual le comunica que desde "hace 10 días" tiene suspendida la fábrica "por falta de materia prima", ya que el algodón adquirido en los Estados Unidos no le ha llegado de Buenaventura por falta de transporte.

"Por otra parte —se añade allí— por la situación económica extremadamente difícil que estamos atravesando teniendo que comprar el algodón con dólares libres en el mercado, después la misma cantidad comprarla en certificados de cambio para las remesas y otra infinidad de tropiesos (sic) todo esto nos obliga de informar a todos nuestros clientes que podríamos despacharles las hilazas solicitadas únicamente por pago anticipado, es decir al recibir el cheque, efectuar el despacho". (Folio 29).

ll) Una carta de Hilandería Suprema Limitada al Comando del Ejército, de fecha 8 de abril de 1958, en la cual le expresa lo siguiente:

"Por la presente nos referimos a la solicitud de los señores B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada fábrica de ropa de Bogotá, motivando los obstáculos que impidieron en cumplir con los despachos de hilaza título 24|1 que dicha fábrica nos formuló para los primeros ocho meses del año de 1957 y por una cantidad de 50.000.00 kilos.

"En los primeros dos meses hasta tres meses procuramos de enviarles a los señores B. V. D. la hilaza pedida por ellos, pero no logramos en satisfacer plenamente la cantidad correspondiente a las mensualidades sino que en dichos meses logramos una entrega que llegó a máximo un setenta por ciento.

"En vista de la cantidad de algodón asignada por el INSTITUTO DE FOMENTO ALGODONERO, MINFOMENTO Y MINAGRICULTURA nos alcanzó apenas para dos meses presentamos una licencia de importación de algodón de U. S. A. y en el mismo tiempo presentamos memoriales ante el MINISTERIO DE FOMENTO y Ministerio de TRABAJO exponiéndoles la situación precaria de nuestra fábrica y los graves perjuicios de nosotros ante nuestros clientes y de nuestros clientes ante los compromisos que contrajeron con la clientela de ellos. Por varias veces en el transcurso de los primeros seis a ocho meses intervenimos (sic) para que nos aprobaran la supensión de personal por falta de materia prima. Oportunamente informamos a toda nuestra clientela de la apremiante situación de la fábrica.... Pero el caso y la gravedad de la situación ha sido general y ninguna de las Hilanderías pudo dar abasto, satisfacción y cumplimiento en los compromisos adquiridos". (Folio 30).

m) Copia al carbón con anotaciones originales de cancelación que llevan fechas del 14 y 10 de diciembre de 1956, de las facturas formuladas por B. V. D. Industrias Colombia Limitada el Comando del Ejército Nacional, de fechas 2 y 27 de julio de 1956, por 9.900 y 1.800 camisetas a razón de $ 2.05 cada una, señaladas con los números 146 y 148; número 149 de 14 de julio del mismo año por 2.400 camisetas al mismo precio; número 151 de 6 de agosto del mismo año por 2.700 camisetas al mismo precio; número 153 de 11 de agosto de 1956, por 3.000 camisetas al precio indicado; número 154 de 21 del mismo mes por 2.700 camisetas al mismo precio; número 156 de 31 del mismo mes por 4.200 camisetas, a idéntico precio; y número 155 de 24 del mismo mes de agosto de 1956, por 3.300 camisetas, al mismo precio unitario de $ 2.05. (Folios 32 a 38).

n) Ejemplares autenticados del Diario Oficial, números 29.433 de 16 de julio de 1957 y 29.440 de 23 del mismo mes, donde se hacen las siguientes publicaciones: En el primero, del Decreto Legislativo número 0107 de 18 de junio de 1957, por el cual se adoptan medidas sobre cambio, elevando el depósito previo a un veinte por ciento "para todas las importaciones". (Artículo 8º, modificatorio del 7º del Decreto 367 de 1951); estableció un impuesto del diez por ciento sobre las operaciones de canje de Certificados de Cambio, pagadero en dólares; en el segundo aparece publicado el Decreto número 0112 de 18 de junio de 1957 que estableció la prohibición de importar al país numerosos artículos manufacturados y de materia prima, entre ellos algodón en bruto y en otras formas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La competencia para resolver negocios como el presente, como está dicho atrás, se la da a esta Sala de la Corte el artículo 40 del Código Judicial cuando ordena: "La Sala Civil de Unica Instancia conoce privativamente y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque, la Nación haya transferido, en todo o en parte, sus derechos".

Cabe recordar que la Sala Civil de Unica Instancia fue suprimida por la Ley 67 de 1943 y sus funciones se le asignaron a la Sala de Negocios Generales.

Estima, pues, esta Sala que el sobredicho artículo le otorga plena competencia para conocer acerca de la validez, de la nulidad, del incumplimiento y de los efectos y consecuencias que se derivan de los contratos que celebre el Gobierno con particulares.

Las características jurídicas del convenio, origen de la controversia en el caso de estudio, es un contrato administrativo, sinalagmático, de relaciones estrictamente comerciales, de prestaciones y obligaciones mutuas cumplidas en parte, pero que por haberse celebrado por el Gobierno con particulares y estar encaminado a servir necesidades del Estado, se cataloga jurídicamente como contrato administrativo que, para que tenga valor legal, no solamente se requieren la capacidad para obligarse y la voluntad de las partes, sino el cumplimiento de determinados requisitos esenciales que lo diferencian del contrato puramente civil, como una serie de formalidades **ad solemnitatem** que de no ser satisfechas con plenitud, le cercenan su firmeza. Tales requisitos esenciales para la validez de los contratos administrativos son, entre otros, la de la revisión del Consejo de Estado, entidad encargada por la ley para que declare si esos convenios se ajustan estrictamente a las autorizaciones legales para celebrarlos.

Pero antes de apreciar si el convenio que se estudia está ajustado a todos los requisitos y formalidades esenciales, es pertinente considerar, en primer término, lo que se pide en el libelo y lo que alegan tanto la parte demandante como el Procurador Segundo Delegado en lo Civil.

* * *

Como al principio de esta providencia se transcribieron textualmente las peticiones no es el caso de repertirlas nuevamente, pero sí es conveniente refrescarlas en forma sintética, así: 1º—Que son nulas las Resoluciones emanadas del Ministerio de Guerra por las cuales se declaró administrativamente la caducidad del contrato 56|22; 2º.—Que como consecuencia de la ilegalidad anterior, se declare resuelto el contrato por haber sido desvirtuado, "dejándolo **sin existencia jurídica**" (subraya la Sala); 3º—Que la firma contratista cumplió el convenio, a pesar de que el Gobierno se negó a reajustar los precios sin tener en cuenta el alza de las materias primas, debido a las medidas tomadas por el Estado sobre importación de mercancías; y 4º—Que la casa contratista queda exenta de toda responsabilidad civil y administrativa como consecuencia de la sentencia que declare la caducidad que aquí se solicita. Las Resoluciones acusadas, cuya nulidad se pide son la que declara la caducidad del contrato e impone una multa al contratista por incumplimiento, y la que deniega la reposición impetrada.

Con una serie de documentos aportados al juicio, que también fueron relacionados al principio, y un extenso relato de hechos, se dá a entender que hubo fuerza mayor, que obligó al contratista al incumplimiento del contrato.

El apoderado del demandante en su alegato de conclusión, sustenta la demanda con argumentos y razones relacionados con la fuerza mayor que, según su entender, fue la causa principal para el incumplimiento del contrato.

A su turno, el Procurador Segundo Delegado en lo Civil en su alegato coadyuva las pretensiones del demandante y concluye manifestando que la acción instaurada por la parte actora, debe prosperar.

Para esta Sala de la Corte las alegaciones de las partes son muy importantes y respetables, pero por razones que adelante se expresan, no las comparte.

En efecto:

Al dictar el Decreto Legislativo número 1.784 de 1954 (9 de junio) que sirve de fundamento al contrato, el Gobierno no solamente se atuvo a los mandatos generales del Código Contencioso-Administrativo, sobre revisión de los contratos de administración, sino que agregó otros requisitos especiales, relacionados con la celebración de contratos para adquisiciones por parte de las Fuerzas Armadas. Para mejor entendimiento, estima la Sala conveniente transcribir en seguida, tanto las normas generales del Código citado como las especiales del Decreto Legislativo aludido, y que rezan así:

"Artículo 245.—Inciso 3º.—No podrá ejecutarse ningún contrato antes de su revisión por el Consejo de Estado, cuando la ley exige esta formalidad para su firmeza...."

Normas sobre contratos y adquisiciones en las Fuerzas Armadas. — Decreto Legislativo número 1.784 de 1954:

"Artículo 1º—La facultad constitucional conferida al Presidente de la República para la celebración de contratos, se ejercerá en las Fuerzas Armadas por los siguientes organismos:

"a) Ministro de Guerra;

"b) Las dependencias de los Servicios del Comando General de las Fuerzas Militares....;

"c) Jefatura del Departamento de Servicios Administrativos de las Fuerzas de Policía".

"Artículo 2º—Los organismos señalados en el artículo anterior celebrarán contratos y efctuarán adquisiciones de acuerdo con la siguiente distribución, ...Dirección General de Intendencia, todo lo relacionado con vestuario y equipo...."

"Artículo 4º—Las Fuerzas Armadas, por intermedio de los organismos señalados podrán celebrar directamente contratos y efectuar adquisiciones hasta por la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00).

"Aquellos contratos o adquisiciones que excedan de veinte mil pesos ($ 20.000.00) deberán constar por escrito, y serán perfeccionados por el respectivo organismo y aprobados por el Cuartel Maestre General o la Dirección General de las Fuerzas de Policía, según el caso, y por el Ministerio de Guerra..."

"Artículo 5º—Los contratos o las adquisiciones que excedan de treinta mil pesos ($ 30.000.00), serán perfeccionados por el respectivo organismo y publicados por una sola vez en el Boletín del Ministerio de Guerra, y requieren para su validez (subraya la Sala).

"a) Aprobación del Cuartel Maestre General;

"b) Visto Bueno del Jefe del Departamento de Control y Ejecución del Presupuesto del Ministerio de Guerra o del Jefe de Sección de Control de las Fuerzas de Policía, según el caso.

"c) Aprobación del Ministro de Guerra;

"d) Concepto favorable del Consejo de Ministros;

"e) Aprobación del Presidente de la República; y

"f) Revisión del Honorable Consejo de Estado. (Subrayados de la Sala).

* * *

Pero el Jefe de los Servicios del Comando del Ejército, autorizado por el Decreto Legislativo precitado para esta clase de contratos, y en representación del Gobierno, por sí y ante sí, sin razón que ni se explica ni justifica, no sólo pasó por alto uno de aquellos requisitos esenciales, sino que lo eliminó de un tajo en la cláusula novena del tantas veces mencionado contrato 56|22. Y este requisito esencial es nada menos que el de la revisión por parte del Consejo de Estado. Violó, pues, dicho Ofical del Ejército, tanto las normas generales del Código ContenciosoAdministrativo como las muy rigurosas y taxativas del Decreto Legislativo, que se acaban de transcribir. Para mayor claridad se copia a continuación la referida cláusula novena, que dice: "El presente contrato requiere, para su validez de los siguientes requisitos: aprobación del señor Brigadier General, Director General de los Servicios de las Fuerzas Armadas; visto bueno del Jefe del Departamento de Control y Ejecución del Presupuesto; de la aprobación de los señores Ministros de Guerra y de Hacienda y Crédito Público; concepto favorable del honorable Consejo de Ministros, y aprobación del Excelentísimo señor Presidente de la República. También llevará la posterior refrendación de la Auditoría Fiscal de la Contraloría General, según lo ordenado en la Resolución número 1.229 de abril 22 de 1954". Salta a la vista, con lo que se ha copiado, que ese indispensable requisito de la revisión por parte del Consejo de Estado fue suprimido por causas que no alcanza a comprender esta Sala de la Corte Suprema.

A este respecto sentó la Corte importantísima doctrina en fallo de 2 de octubre de 1951 (Sala de Negocios Generales. Gaceta Judicial, Tomo LXX, página 675) al enseñar que cuando se exigen determinados requisitos para la validez de los contratos sobre adquisiciones, que superan una cuantía limitada, es necesario sujetarse a aquellas normas, declarando que en ese caso el contrato no ha satisfecho esas formalidades y por tanto no es inexistente sino nulo, de nulidad absoluta.

El apoderado de la parte demandante solicita en su segundo pedimento que se declare resuelto el contrato por haber quedado sin existencia jurídica, es decir, si no entiende mal la Sala, que se declare que el contrato precitado es inexistente. Y en la cuarta petición de la demanda suplica que se declare la nulidad de la caducidad de que tratan las Resoluciones acusadas. La Sala interpreta la demanda en esa forma, pero en cambio considera, por lo expuesto antes, que no debe declararse la inexistencia del contrato, sino la nulidad del mismo, así como de las Resoluciones de cadu-

cida, pues éstas se engendraron y nacieron en las estipulaciones de un contrato nulo.

Pero hay más:

Nuestro Código Civil en el Título 20 que trata de la nulidad, obliga a declararla de plano en el negocio que se estudia, cuando ordena: "Artículo 1.740.—Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. Artículo 1.741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas..."

Y el artículo 1.742 de la misma obra, subrogado, artículo 2º de la Ley 50 de 1936, es todavía más imperativo para el fallador: "La nulidad absoluta **puede y debe ser declarada por el Juez** (subraya la Sala), aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...."

Al estudiar la Corte el alcance del artículo precitado en diversas sentencias, ha sentado la siguiente doctrina (V. Código Civil, anotado por Ortega Torres, página 578, 1.958):

"El poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª—Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2º—Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes, y 3º Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél...."

Queda, pues, claramente demostrado que en el caso de autos, han concurrido las tres circunstancias precitadas, a saber: la omisión que pone de bulto, de un requisito esencial para la validez del contrato, como es la revisión por parte del Consejo de Estado; el contrato ha sido invocado en el litigio; y las partes son las mismas: "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada" y la Nación.

En consonancia con las consideraciones que se han dejado expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales—, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. — Es nulo, de nulidad absoluta, el contrato número 56-22, celebrado el 30 de agosto de 1956 entre el Gobierno y la sociedad "B. V. D. Industrias (Colombia) Limitada".

SEGUNDO.—Como consecuencia de lo anterior, son nulas y no producen efecto alguno las Resoluciones números 3.951 de 9 de noviembre de 1957 y 4.283 de 12 de diciembre del mismo año, proferidas por el Ministerio de Guerra, por las cuales se declaró la caducidad administrativa del contrato 56-22 de 30 de agosto de 1956, citado en el numeral anterior.

Cópiese, publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Héctor Martínez Guerra—Samuel De Sola Roncallo—Roberto Goenaga—Jorge Sanabria—Jorge García M., Secretario.



I N D I C E

Págs.

SALA PLENA

Homenaje a la memoria del doctor Eduardo Rodríguez Piñeres. (Noviembre 19 de 1958). Discurso pronunciado por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra al hacer donación a la Corte Suprema de Justicia del retrato al óleo del doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, cuya colocación en sitio de honor de la Sala Plena fue ordenada por la Ley 5ª de 1958. 393

Respuesta del doctor Roberto Goenaga, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para agradecer el obsequio del retrato al óleo del doctor Eduardo Rodríguez Piñeres..... 395

La Corte declara que no es el caso de imponer sanciones disciplinarias a los Magistrados de un Tribunal Superior.—Así lo resuelve la Corte en providencia de Sala Plena, respecto a la queja formulada por Luis Francisco Tapias Rueda (Juez Municipal de Curití), contra los Magistrados del Tribunal Superior de San Gil. — Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 398

[illegible] confirmación del nombramiento de un Magistrado de Tribunal Superior y se ordenan unas investigaciones.—Se deniega la confirmación del nombramiento recaído en el doctor Gaspar Murillo Coutín para Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 400

Sanciones disciplinarias a tres Magistrados del Distrito Judicial de Barranquilla. — Se destituye a los doctores Enrique Roa Calderón y Gabriel Francisco Porras, de su cargo de Magistrados del aludido Distrito; se suspende al doctor Félix Suárez Barrios, de su cargo de Magistrado en el nombrado Tribunal, por el término de treinta días, y se ordena remitir copia al Ministerio de Justicia, para lo de su cargo, de las imputaciones de morosidad formuladas al señor Magistrado doctor Luis Fernando Vives. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 401

Sanciones disciplinarias. — Contra la decisión del Superior, es improcedente interponer recurso de reposición porque la ley no establece otro distinto del de queja.—El procedimiento es susceptible de anulación en la eventualidad de que las actuaciones previas a la expedición del acto disciplinario, adolezcan de ilegalidad o, con mayor razón aún, de inconstitucionalidad manifiesta como lo sería la inaudiencia en juicio de los sancionados. — La Corte mantiene la Resolución anterior.—Así lo determina respecto de la proferida contra los Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla, doctores Enrique Roa Calderón, Gabriel Francisco Porras y Félix Suárez Barrios, a que alude el aparte inmediatamente anterior.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 408

El legislador no puede, so pretexto de orden público o de guerra exterior, confiscar la propiedad privada de los ciudadanos extranjeros. — La Corte declara inexequibles por inconstitucionales las siguientes normas: los ordinales b), c), d), e) y f) del artículo 1º de la Ley 39 de 1945, y el ordinal a) del mismo en la parte que dice: "o a bancos, compañías, sindicatos o consorcios de importación domiciliados en Alemania, controlados, dirigidos o intervenidos por el Reich Alemán"; los numerales 2º, 3º, 4º, 5º y 6º del artículo 2º ibidem, y el numeral 1º del mismo en cuanto se refiere a las entidades comprendidas en la parte declarada inexequible del ordinal a) del artículo anterior, y los artículos 3º, 5º y 6º ibidem, en cuanto se refieren a bienes no pertenecientes al Reich Alemán; finalmente, se declara que

Págs.

no hay lugar a pronunciarse sobre la exequibilidad de los acusados artículos del Decreto 216 de 1946, reglamentario de aquélla.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 412

SALA DUAL

Calumnia e injuria. — Cesación del procedimiento por prescripción de la acción, ocasionada por negligencia e inercia en la instrucción de la mayor parte de estos negocios.—Se confirma el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá —Sala Unitaria—, en la querella adelantada contra Horacio López y otros, por los supuestos delitos de calumnia e injuria. — Magistrado: Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 418

SALA DE CASACION CIVIL

El nombre, uno de los atributos de la personalidad, sirve, en primer término, para individualizar a las personas.—Como ninguna norma legal las obliga a conservar indefinidamente su nombre inicial, el asignado a una persona al registrar su nacimiento o al bautizarla, puede no ser inmutable, siendo aconsejable en caso de que desee variarlo, dirigirse a los funcionarios encargados del registro civil de las personas manifestándoles su voluntad para que tomen nota de tal mutación.—La identidad de una persona es diferente a su estado civil. — La legitimatio ad causam es la identidad de la persona que demanda con aquella a quien la ley confiere la acción incoada. — Poder discrecional de los jueces para apreciar la conducencia de las pruebas pedidas dentro del término probatorio y prudencia que deben observar al decretar las que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.—Asignaciones que corresponden a los hijos naturales en las sucesiones testamentarias.— En el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia, reforma de testamento y restitución, adelantado por Ramona o Mariela Giraldo contra la sucesión de David Bedoya Tabares, se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea. 420

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo C. Posada, en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 428

Modo de comprobar judicialmente la calidad de heredero. — Error de derecho.—Cuándo existe. — Las acciones de dominio o reivindicatoria y la exclusión de bienes no son incompatibles ni se excluyen entre sí y por ello es factible su acumulación en una sola demanda. — Elementos configurativos de la acción de dominio.—En esta clase de acciones, le basta al actor para acreditar su propiedad presentar copia auténtica y debidamente registrada de las escrituras que lo amparan como dueño o propietario, pero no es necesario ni esencial aducir el certificado de libertad del Registrador del Circuito.— La simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión, no es prueba del dominio sobre ellos. — La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el ordinario reivindicatorio adelantado por José Alfonso Niño López y otros contra Elvira Becerra López y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 431

No se accede a aclarar la sentencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 439

Denuncia de obra nueva—.En qué consiste.— Procedimiento aplicable.—La acción de responsabilidad extracontractual y la de servidumbre no son acumulables en un mismo libelo.—Tampoco lo son la de denuncia de obra nueva y la de servidumbres.—Cuál es la vía ordinaria en materia de servidumbres. No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre indemnización por daños y perjuicios ocasionados con motivo de la reconstrucción (demolición y edificación) de edificio colindante, adelantado por Jaime Jaramillo Arango contra Alfonso Corredor. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 440

La causal 6ª sólo incide en casación cuando existe incompetencia de jurisdicción, o cuando las personas que han debido ser empla-

Págs.

zadas en el juicio, no lo fueron en debida forma, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero en ningún caso tal causal dá margen para casar un fallo cuando se ha incurrido en un simple error de máquina o caligráfico en la fecha de una sentencia o en la cita de una disposición legal.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el juicio de sucesión de Juan Manuel Gutiérrez.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 447

Violación de la ley sustantiva a causa de la estimación errónea del acta de inspección ocular y de dictámenes periciales de la primera y segunda instancias. — Cada una de las actas de inspección ocular celebrada en días distintos debe firmarse por los que actuaron en ella.—Requisitos para que la inspección ocular tenga pleno valor.—La identidad del objeto que se reivindica es uno de los elementos de esta clase de acciones. La Corte casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario reivindicatorio adelantado por María de Jesús Peñuela y otros contra Salomón Celis González y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 450

Acción de nulidad de un matrimonio civil celebrado en el extranjero.—Los colombianos pertenecientes a la religión católica, sólo podrán celebrar matrimonio civil cuando se hayan separado de su religión en la forma prescrita en la llamada "Ley Concha", y si así no lo hicieren, el matrimonio celebrado quedará afectado de nulidad absoluta, la cual podrá ser declarada por el Juez Civil competente ante quien tal nulidad sea demandada.—La doctrina más generalizada y aceptada sostiene la competencia del principio LOCUS REGIT ACTUM para regir las formas de celebración del matrimonio.—La reforma institucional de 1936, restableció a la categoría de canon constitucional el principio de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, pero no consagró ningún privilegio o régimen de excepción para los extranjeros domiciliados en Colombia. — Es distinta la situación jurídica de los naturales de Colombia a la de los extrnajeros residentes o domiciliados en nuestro país, cuando unos u otros celebraren su matrimonio en el exterior.—Los conceptos jurídicos que obren en autos, carecen de valor legal en nuestro Derecho Probatorio.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un matrimonio civil celebrado en el extranjero, adelantado por Herber Schwarz contra Janice Wormser de Schwarz.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón 455

El derecho real de hipoteca no sufre menoscabo alguno por el embargo de la finca gravada, decretado en juicio ejecutivo con acción simplemente personal.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de un remate, adelantado por Eduardo Lema V. contra la Mutualidad Nacional, Iván Cano R. y otros.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 463

Diferencia entre el error de hecho y el de derecho en la apreciación de pruebas.—En un mismo cargo no pueden involucrarse la violación directa y la violación indirecta de la ley.—Causal 2ª. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado, **previa reconstrucción**, por Horacio Romero contra Roberto Delgado.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 468

No es por sí misma causal de casación la errónea apreciación de pruebas judiciales, sino medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva.—Límite de la soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas. — Elementos configurantes de la acción de dominio o reivindicatoria. — Prescripción extraordinaria de dominio. — Obligaciones de quien la alega y término de aquélla.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Mercedes Rodríguez Méndez contra Aniceto Guasca.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 476

Interpretación y alcance del artículo 60 de la Ley 63 de 1936, sustitutivo del 568 del Có-

Págs.

digo Judicial. — Si bien aquella disposición no forma parte integrante de las normas de la tarifa para calificar el mérito intrínseco de las pruebas, sí constituye claramente una vía coercitiva para obtener la oportuna satisfacción de los honorarios periciales.—Técnica de casación. — Límite de la autonomía de los Tribunales en la estimación de las pruebas.—Error de hecho. — Cuándo existe. Prescripción adquisitiva de dominio. — Los hechos de explotación económica del prescribiente no se desvirtúan con el dicho de testigos.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pamplona, en el ordinario reivindicatorio adelantado por Vicente Olivares Porras, en su calidad de comunero y para la Comunidad de El Salado, contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) y otros. — Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila..... 480

Los reglamentos internos de las entidades oficiales no pueden entorpecer la marcha del procedimiento judicial, ni tampoco modificar las reglas relacionadas con la eficacia de los términos.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por la parte opositora contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre pago de perjuicios materiales y morales, causados a una persona, por las lesiones que sufrió al caer en un sifón o sumidero sin tapa, adelantado por Néstor D'Allemán contra el Municipio de Bogotá. Magistrado Ponente: Doctor Alfredo Cock Arango 490

Causal 7ª — Técnica de la demanda de casación.—Declaratoria judicial de la paternidad natural. — Cuándo procede. — No puede el fallador estimar debidamente acreditadas las relaciones sexuales estables, cuando las declaraciones de los testigos "hablan en general de que las relaciones sexuales a que aluden eran notorias y estables".—La jurisprudencia tiene dicho que expresiones conceptuales de esta clase no se pueden tener en consideración. — Sería absurdo pensar que si el hecho de las relacionse sexuales estables se demuestra por el dicho de personas veraces, esas declaraciones hayan de desecharse porque aparecen en unas posiciones y no en declaraciones rendidas con las formalidades legales.—Rectificación doctrinaria.—En el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución, adelantado por Guillermo Giraldo Gómez y otros contra Ana Sofía Giraldo Valdés y otros, en el Tribunal Superior de Manizales; no se casa la sentencia recurrida.—Magistrado Ponente: Dr. Julio Pardo Dávila.. 492

Representación del menor como demandado en juicio sobre filiación natural.—A quién le corresponde alegar la indebida representación de una de las partes.—Cargo por errónea apreciación de pruebas.—El debate probatorio no puede reabrirse en este recurso extraordinario.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cali, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Cira Beiruth García, como representante legal de sus menores hijos Walter y Lydia García, contra la sucesión de Hernando Montalvo Murgueitio. — Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez..... 502

Causal 2ª de casación.—Cuándo procede.—En la misma providencia en que se declaran infundadas las objeciones propuestas, el Juez debe aprobar el trabajo de partición; en caso de declararlas primero infundadas por medio de auto interlocutorio, y luego, por sentencia posterior aprobar la cuenta de partición, va contra el principio de la economía procesal pero no incurre en nulidad alguna procedimental. — Habiéndose declarado infundadas las objecinoes por sentencia ejecutoriada, no puede el Tribunal estudiarlas de nuevo, al conocer en el recurso de alzada de la sentencia del Juez a-quo aprobatoria de la partición.—No está erigida en causal de casación, la circunstancia de no haberse podido llevar a cabo una inspección ocular solicitada por una de las partes, por causas ajenas a la voluntad de de los jueces de instancia. — No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el divisorio adelantado por Gonzalo Sandoval Saavedra contra Natividad Saavedra v. de Sandoval y otros.—Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón..... 505

Límite de la autonomía de los juzgadores en

Págs.

la apreciación de las pruebas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución, adelantado por Cenobia Patiño Bustamante, en nombre y representación de su hija menor María Idalí Patiño Bustamante, contra la sucesión de Juan Nepomuceno Montoya y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Alfredo Cock Arango..... 509

Acción de filiación natural.—Naturaleza jurídica de las relaciones sexuales estables y notorias.—Prueba de la posesión notoria del estado de hijo natural y en qué consiste.—Poder de apreciación de los Tribunales en la prueba de indicios.—En la duda, no puede encontrar apoyo la quiebra de la sentencia que, en el recurso de casación, se presume ajustada a derecho.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia, adelantado por Arnulfo Vásquez contra Marta Lenis y otros, en calidad de herederos y como hijos naturales de Carlos Azcárate Becerra.—Magistrado Ponente: Dr. José Hernández Arbeláez 511

Naturaleza y finalidad jurídica de la ley 120 de 1928. — Procesalmente hablando, la reivindicación y la declaración de pertenencia son dos acciones distintas, reguladas por normas diferentes.—Requisitos para la procedencia de la segunda.—La posesión ininterrumpida constituye factor esencial para la viabilidad de la acción de pertenencia.—En estas acciones, por su naturaleza, no se discuten propiamente cuestiones de derecho sino de hecho, y los opositores para fundar su oposición no están obligados legalmente a presentar títulos de propiedad anteriores a los presentados por el demandante. — Error de hecho.—En qué consiste.—A la Corte, en el recurso extraordinario, le está vedado proceder oficiosamente, a una nueva calificación probatoria.—La demanda es la parte principal de todo proceso y a sus términos debe ajustarse el sentenciador.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el juicio de pertenencia adelantado por Aurelio Ordóñez E. contra el Personero Municipal de La Unión y otros. Magistrado Ponente: Dr. Ignacio Escallón.. 520

Cuando a una acción principal se le acumula como consecuencial otra acción, si el Tribunal es competente para conocer de la primera y no de la segunda, debe fallar en el fondo, y no abstenerse so pretexto de que no es competente para conocer de la consecuencial.—Exígelo así la economía procesal y la necesidad que hay de evitar que los juzgadores, para ahorrarse trabajo, continúen con la extraña y exótica costumbre de inhibirse de fallar, todas las veces que encuentren la más mínima deficiencia en la acumulación de acciones.—Confesión de la paternidad natural en la contestación de la demanda.—El adjetivo inequívoco o inequívoca no está definido por la ley. — Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Abigaíl Cely R., como madre natural de la menor Nelly Cely, contra Alfredo Cubides G.—Magistrado Ponente: Dr. Arturo Valencia Zea..... 526

El mandatario judicial acreditado para actuar en representación de una de las partes durante el juicio, no necesita facultad expresa para interponer, sustentar u oponerse al recurso de casación. — La ilegitimidad de la personería adjetiva, como causal de nulidad procesal y motivo de casación.—La nulidad por falta de citación y emplazamiento, como causal de casación, no puede ser invocada sino por la parte no citada y emplazada.—Son totalmente distintas y contradictorias o excluyentes, las acciones de falsedad de una ecsritura y la de simulación del contrato de venta contenido en ella, cuando bajo el nombre de nulidad se inician en un mismo proceso. — Facultades del fallador para interpretar la demanda cuando no es suficientemente clara en sus peticiones. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre nulidad de una escritura, adelantado por Francisco Vásquez contra Isabel Castrillón de Vásquez y otro. — Magistrado Ponente: Dr. Arturo C. Posada..... 531

Págs.

SALA DE CASACION PENAL

La doctrina del derecho procesal moderno, con justificada uniformidad, proclama la autonomía tanto de la acción penal como de la civil encaminada al resarcimiento de perjuicios.—La característica de ambas acciones impide de suyo que se interfieran aunque, por su naturaleza, la primera necesariamente tiene que condicionar el desenlace de la segunda, por razón de que si no se acredita el hecho generador de aquélla con sus debidas notas de ilícito, el daño por resarcir tampoco puede afirmarse desde el punto de vista jurídico.—Causal 4ª de casación penal.—Se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra José Urbano Patiño. por el delito de falsedad en documentos públicos. — Magistrado Ponente: Dr. Simón Montero Torres 539

Si una sentencia definitiva y ejecutoriada se funda en una declaración u otra prueba que luego resulta ser falsa, no sólo hay lugar a la revisión del proceso sino que es necesario investigar para reprimir debidamente el delito de falsedad.—Incurre también en falsedad el juzgador cuando decide sin prueba, o deduciendo, por error simplemente dialéctico, un hecho de un testimonio que no incrimina al procesado. — La técnica se hizo para servir al derecho y no el derecho para servir a la técnica.—Límite de la autonomía de los juzgadores para apreciar la prueba.—Se ordena la revisión del proceso que se adelantó en el Juzgado Primero Superior de Policía de Bogotá contra Jorge o Aníbal Castro o Arce, como infractor del numeral 20 del artículo 7º del Decreto 0014 de 1955.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 544

Escala progresiva en cuanto a las consecuencias de las lesiones para efectos de ajustar las penas a esa evaluación.—Toda herida— si es de alguna importancia— tiene un proceso evolutivo, el período de la enfermedad, que se toma como índice para fijar el tiempo en que el ofendido se incapacita para el trabajo. — Las expresiones "enfermedad" e "incapacidad", se confunden en la terminología penal.—En casos de efectos múltiples de las lesiones, el juzgador debe atender la de mayor gravedad, por mandamiento del artículo 377 del C. Penal.—La perturbación funcional también admite grados.—Es injurídico deducir la pena de una disposición distinta de la que concierne al delito subjudice.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Marco Tulio Granada Castaño, por el delito de lesiones personales.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 548

El juzgador debe examinar a fondo, antes de declararse la prescripción de la acción penal, las cuestiones sustantivas planteadas en los procesos con el objeto de proferir el sobreseimiento definitivo, la absolución u otra declaración análoga, si existe fundamento para ello, a la declaración de prescripción. Se confirma la providencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual declaró prescrita la acción penal seguida por dicha entidad contra el doctor Julio César Martínez, relativa a un posible delito contra la fe pública.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez.... 552

Tres categorías de abusos de autoridad.—Omisiones que pueden llegar a constituir abusos de autoridad calificados.—Antecedentes del artículo 171 del C. P. — Consumación.—El dolo en los delitos de abuso de autoridad por omisión.—Se condena al doctor Patricio Villalba como responsable del delito de abuso de autoridad, cometido cuando desempeñaba el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas..... 556

Los hechos o circunstancias influyentes "en la determinación de la sanción" deben alegarse dentro de la causal 2ª, como fundamentos previos para la demostración, dentro de la causal 1ª, de que la ley penal fue indebida o erróneamente aplicada.-No se interpreta erróneamente la ley sustantiva, si al asesino se le aplica la pena del artículo 363 del C. Penal; y si se presentan reparos a la individualización, el recurrente debe demostrar la manera como la sentencia ha violado

Págs.

los arts. 36 y 39 del referido estatuto.—El fallador debe tener en cuenta lo prescrito en los arts. 36 y 39 del C. P., pero no está obligado a aplicar el mínimo de la pena, "cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad", pues el texto del artículo 39 es meramente facultativo y debe aplicarse en relación con el artículo 36.—La sola anotación de defectos o informalidades es insuficiente para la procedencia de la causal 4ª, si no se hace una referencia concreta y precisa a las normas que erigen tales defectos en motivos de nulidad. — Por qué no constituyen nulidad ciertos defectos u omisiones.—La alevosía y la insidia, como circunstancias agravadoras de la pena, son comunicables al instigador o mandante. — No se casa el fallo proferido por le Tribunal Superior de Pereira, en el proceso adelantado contra Pablo Alvarez y otro, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez..... 562

Cambio de radicación.—Si el ejercicio del derecho de defensa del sindicado se dificulta, esto es por sí solo motivo suficiente para decretar el cambio.—Iniciativa de éste originada en las Autoridades u órganos de justicia.—Qué indica.—Se conceptúa favorablemente al cambio de radicación del proceso que se adelanta contra Héctor Elías David Rodríguez y otros, por el delito de homicidio y otros cargos, en uno de los Juzgados Superiores de Medellín. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez... 567

Cambio de radicación.—La ley no lo subordina a reglas absolutas. — Si la influencia de que gozan los acusados determina graves irregularidades en el proceso, la iniciativa del cambio se justifica plenamente. — Se emite concepto favorable al cambio de radicación del proceso que se adelanta en el Distrito Judicial de Santa Marta, contra Mario Pinedo Barros, Coronel Ignacio Rengifo, Teniente Luis E. Apontc, Francisco Robles y Víctor Sotomayor, por los delitos de despojo, falsedad y detención arbitraria . Magistrado Ponente: Doctor Pedro Pacheco Osorio 569

Amnistía.—Para probar una circunstancia extintiva de la responsabilidad, no son idóneas simples declaraciones extrajudiciales. — Se confirma la denegación del beneficio de amnistía proferida por el Tribunal Superior Militar en el juicio que por el delito de robo se adelanta contra Guillermo Rodríguez Sánchez y otros.—Magistrado Ponente:. Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 571

Los particulares, en estricta técnica, sólo pueden pedir o ejercitar sus acciones ante las autoridades, pero no pueden "comisionarlas" válidamente para que éstas les presten protección o les hagan efectivos sus derechos.—Es censurable la conducta del abogado que procede a estas "comisiones" a sabiendas.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en las diligencias adelantadas contra el doctor Mario Bejarano Muñoz, por faltas contra la moral profesional.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 572

El título, la posesión y la investidura, son los presupuestos que deben concurrir en un funcionario público, para ser lo que se denomina en la doctrina "Funcionario de Derecho".—La existencia material del primero y el último de los anteriores requisitos es esencial al carácter de funcionario.—Usurpador de funciones—.Los actos públicos que realice el usurpador, son jurídicamente inválidos.—Quien haya obtenido el título y la posesión, no es sino un funcionario en potencia mientras no adquiera la investidura. El título deficiente o inválido de un funcionario, no afecta la validez de los actos públicos que realiza. — Responsabilidad penal del funcionario de hecho. — Para que se practiquen las pruebas que definan el problema de la competencia, se revoca la cesación del procedimiento decretada por el Tribunal Superior de Ibagué ,en el proceso adelantado contra Gustavo Rodríguez Olaya (como Juez Penal del Circuito del Espinal), por el delito de prevaricato. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 575

Las "causas de responsabilidad" son las originadas en delitos (o faltas) que sólo pueden cometer miembros de la administración

Págs.

pública en su carácter de tales.—En el supuesto caso de falta de pruebas suficientes para llamar a juicio, lo pertinente, legal y jurídico, es el sobreseimiento temporal y no el definitivo.—Se revoca el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Ibagué, en el proceso adelantado contra el doctor Luis Enrique Lis, por varios cargos que se le atribuyeron en su carácter de Juez Civil del Circuito del Fresno. Magistrado Ponente: Doctor Pedro Pacheco Osorio 577

En los juicios en que interviene el Jurado no es pertinente alegar la falta de consonancia de la sentencia con los cargos deducidos en el auto de proceder (Causal 3ª).—Causal 1ª. Técnica de la demanda.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto en el proceso adelantado contra Jacinto Sigindioy y otros, por el delito de homicidio. Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 580

Alcance y obligatoriedad del artículo 153 del C. de P. P.—La cesación del procedimiento pueden declararla el Juez A QUO, el Juez AD-QUEM y la Corte de casación.—El único recurso contra sentencias ejecutoriadas es el extraordinario de revisión.—No se repone el auto proferido por la Corte el día veinte de agosto último, en el proceso adelantado contra José Manuel Duarte Espinel, por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas..... 582

Alcance de la omisión de una de aquellas formalidades no comprendidas expresamente entre las que producen la nulidad de la actuación.—El cuestionario, en los juicios en que interviene el jurado, es un acto sustancial del juzgamiento.—El propósito de matar debe figurar en el cuestionario sobre homicidio intencional.—Técnica de la demanda de casación.—Se requieren tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, para que pueda hablarse de doctrina probable.-Condiciones que se exigen para que sea admisible la modalidad del artículo 28 del C. Penal.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá en el proceso adelantado contra Evangelista Gómez Rocha, como responsable de las heridas que le ocasionaron la muerte a Hermenegildo Abril. Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 589

Cambio de radicación.—Cuándo es aconsejable. — Circunstancias excepcionales. — Se conceptúa favorablemente para cambiar la radicación del proceso contra los responsables de las infracciones penales que puedan haber ocurrido con motivo, ocasión o pretexto del juicio de quiebra de la Empresa Azucarera de Berástegui. — Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino..... 593

Delito de peculado.—Una cosa es el delito y otra muy distinta la mayor o menor pena que se aplica por el hecho criminoso.—En el peculado el QUANTUM de la pena se fija atendiendo al valor real de lo que sustrajo el infractor.—Se invalida la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Buga, en el proceso adelantado contra Manolo Chavarro Gaitán, por el delito de peculado.—Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Carreño Mallarino 595

Requisitos para que pueda imputarse como delictuosa la omisión de un funcionario en declarar un impedimento.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Augusto Tinoco Pérez (ex-Fiscal del Tribunal Superior de Cartagena), por los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones.—Magistrado Ponente: Dr. Antonio Vicente Arenas 601

La alevosia.—Condiciones para que concurra en delitos contra la vida o la integridad personal. — Naturaleza subjetiva de dicha "agravante" o elemento intensificador del ánimo delictuoso.—La alevosía debe entenderse como un medio preordenado al delito y no ya como simple aprovechamiento de condiciones propicias que surgieron inesperadamente.—La reincidencia no puede predicarse sino de quien habiendo sido condenado recae en el delito, sea de la misma especie (reincidencia específica o propia), o de otra distinta (genérica o impropia).—El dicho de una persona no es desatendible por

Págs.

la sola vinculación a una de las partes del proceso penal, sino en cuanto revele interés en favorecer o perjudicar a cualquiera de ellas.—La fuga no se desnaturaliza porque se efectúe cuando el proceso se halle al conocimiento de funcionario distinto del que ordenó la detención del sindicado. — Elementos requeridos para su ocurrencia.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de San Gil, en el proceso adelantado a Moisés Murillo Marín, por los delitos de lesiones personales y fuga.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 605

Técnica de la demanda de Casación Penal.— No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en el proceso adelantado contra Víctor Manuel Avella por el delito de homicidio.—Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 610

En forma reiterada, la Corte ha sostenido que no son incompatibles los procesos que se adelanten para esclarecer, por una parte, si una persona se ha hecho acreedora a las sanciones administrativas previstas por la Ley 69 de 1945, y si ha incurrido, por la otra, en una infracción penal. — En cuanto decretó la nulidad de la actuación, se revoca la providencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado contra el doctor Antonio Torres Stevenson, por faltas cometidas en el ejercicio de la abogacía. — Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio 613

Como no hay "calificación del sumario" en los juicios breves a que se refieren los artículos 8º y ss. de la Ley 69 de 1945, no es procedente el sobreseimiento definitivo, sino la sentencia absolutoria, aunque dichos fallos son, en sustancia, equivalentes. — En todos los casos en que la sentencia fuere absolutoria en estos juicios, el juzgador debe pasar copia de lo pertinente a los jueces penales, para que se averigüe si se cometió un delito de FALSA DENUNCIA denominado CALUMNIA por legislaciones y expositores extranjeros. — Con la aclaración de que se trata de una sentencia absolutoria, se confirma el sobreseimiento definitivo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el proceso adelantado contra Samuel Castrillón, por faltas contra la moral en el ejercicio de la abogacía.—Magistrado Ponente: Dr. Pedro Pacheco Osorio..... 614

Interpretación y alcance del artículo 382 del Código Penal.—Un veredicto en que se diga que el delito se cometió porque el procesado creía en la infidelidad de su mujer, no queda comprendido en las precisas cláusulas del 2º inciso de la citada disposición.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el proceso adelantado contra Nepomuceno Cruz Parra, por el delito de homicidio (uxoricidio). — Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 616

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez en el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 620

Veredicto contradictorio.—La elaboración de un cuestionario tiene una importancia decisiva porque circunscribe el caso SUB-JUDICE y hace el planteamiento destinado a encauzar el debate.—Carecen de validez los procesos que se adelantan sin observar las formas que les conciernen. — **No es posible afirmar respecto de un mismo agente que tuvo ánimo de matar y que actuó sin voluntad propia, ni es lo mismo presentar síntomas de anormalidad que "padecer de grave anomalía".** — La Corte invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior Militar, en el proceso adelantado contra Marco Aurelio Alarcón por el delito de homicidio.— Magistrado Ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 622

Indulto y amnistía.—Todo asesinato es atroz, aunque pueda, en casos particulares, escapar a esta calificación.—Se concede indulto al reo Camilo Leal Bocanegra, por los delitos de homicidio y contra la propiedad a que se refiere el fallo de segunda instancia proferido por la Jefatura del Estado Mayor General de las Fuerzas Armadas. — Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 625

Nulidad constitucional. — Proceso inconcluso.

Págs.

Interpretación del artículo 356 del Código de Procedimiento Penal. — Omisión de careos.—Negativa de pruebas en las audiencias o con ocasión de éstas.—Normas para sanear los procesos de omisiones u otras fallas.—No es improcedente dentro del estudio de los fundamentos de la causal 4ª de casación penal, el análisis o el comentario de la procedencia de pruebas estimadas inconducentes por los instructores o juzgadores. — Violación de la oficiosidad procesal-probatoria o sistema inquisitivo.—Se invalida el fallo proferido por el Tribunal Superior de Cartagena, en el proceso adelantado contra Miguel Mendoza y Jacinto Torres, por los delitos de homicidio y robo.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Eduardo Mejía Jiménez 627

SALA DE CASACION LABORAL

En los contratos a término indefinido, el preaviso dado para terminar el contrato, no exime de ilegalidad la ruptura.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Superior de Popayán en el ordinario laboral adelantado por Silvio Paredes contra la sociedad de responsabilidad Limitada "Farmacia y Droguería Colón". — Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo..... 649

Accidente de trabajo.—El certificado médico no prueba que la incapacidad sufrida tenga por causa un accidente de trabajo. — Prima de servicios.—Auxilio monetario por enfermedad no profesional. — Trabajadores de construcción.—Producción y apreciarión de pruebas en materia laboral. — Ratificación de declaraciones extrajuicio. — Técnica de casación. — Se casa parcialmente la sentencia proferida por el extinguido Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Luis Alberto Amaya contra la Sociedad "Restrepo, Manrique y Gutiérrez, Ltda." y otra.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 656

La prestación de servicios personales estructura el contrato de trabajo, aunque el trabajador no se someta al régimen administrativo del patrono. — Contrato-realidad y contrato-forma.—El escaso rendimiento del trabajador no desvirtúa la subordinación. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trábajo de Quibdó, en el ordinario laboral adelantado por el doctor Próspero Ferrer Ibáñez contra el Banco del Comercio S. A., Sucursal de Quibdó.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García.. 684

Cuantía de la demanda de reconvención para efectos del recurso de casación.—Recurso de hecho.—Se considera bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Rafael Botero González contra Joaquín Castro.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes 692

Conciliación—Prestaciones e indemnizaciones. Terminación por mutuo consentimiento del contrato de trabajo. — Preaviso.—Casación por violación de normas distintas de las del derecho laboral. — En el ordinario laboral adelantado por Lawrence Wright Tipton contra la sociedad Construcciones Moore Ltda., se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá. — Magistrado Ponete: Dr. Luis Fernando Paredes A. 694

La Corte pronuncia el correspondiente fallo de instancia después de casar la sentencia recurrida, proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Lawrence Wright Tipton contra la sociedad "Construcciones Moore Ltda.-"Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 710

El hecho de que el trabajador carezca de derecho a pensión jubilatoria especial no impide que pueda llegar a tenerlo a la jubilatoria ordinaria.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Luis A. Nieto contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, domiciliada en Bogotá, y otro.-Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 712

Págs.

La consignación de lo que el patrono crea deber no puede hacerse bajo término o condición.—Finalidad y naturaleza de esta consignación. — Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Cali, en el ordinario laboral adelantado por Edgar Medina C. contra la sociedad "José Fernández & Compañía Limitada."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 717

Presunción de contrato de trabajo. — Demostrada la prestación de servicios personales y la remuneración, la subordinación o dependencia se presume. — Demanda contra una sociedad de hecho que después se constituye legalmente.—Indemnización moratoria.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Manizales, en el ordinario laboral adelantado por Medardo Noreña Gaviria contra "José J. y Luis Carlos González R. Ltda."—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 724

Salarios "a destajo" o por tarea. — Errores in procedendo en casación laboral.—Autos para mejor proveer.—No se casa el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Pedro J. Gutiérrez Loaiza contra la sociedad Morrison Knusden & Cía. de Colombia, S. A. — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 733

Auxilio de invalidez por incapacidad permanente total proveniente de enfermedad no profesional.—Se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordiario laboral adelantado por Leopoldo Mancera Rodríguez contra la Federación Nacional de Cafeteros.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 738

Cuando el patrono en uso de la cláusula de reserva, resuelve pagar en dinero el preaviso, este pago debe hacerse en el momento de terminación del contrato, junto con las demás prestaciones a que hubiere lugar. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Seccional del Trabajo de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Enrique Hernández Arbeláez contra "Cervecería Germania, Rudolf Kohn, S. A." Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 741

Acción de cobro de unas prestaciones sociales.—Ténica de casación. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Rafael Pantano contra la "Cooperativa Vecinal de Suba Ltda." — Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García..... 745

La cuantía fijada en la demanda, sin objeción de la contraparte, es la que determina si el juicio es susceptible de recurso de casación. Recurso de hecho.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario laboral adelantado por Jaime Escobar Isaza contra el doctor Francisco Antonio Vélez Arango. Magistrado Ponente: Dr. Luis Alberto Bravo 748

El término del preaviso no puede ser inferior al de 45 días señalado en la Ley.—La cláusula de reserva no hace desaparecer el plazo presuntivo en los contratos de duración indeterminada. — El rompimiento del contrato de trabajo puede generar perjuicios morales y materiales.—En el ordinario laboral adelantado por Jorge Giraldo Arcila contra la sociedad "Construcciones Tissot & Cía., Ltda.", se casa parcialmente el fallo proferido por el Tribunal Superior de Tunja.—Magistrado Ponente: Dr. Luis Fernando Paredes A. 750

Momentos procesales para tasar la cuantía de una litis.—La indemnización por retención indebida de los salarios, está comprendida dentro de lo que la jurisprudencia ha denominado indemnización por mora. — Objeto de esta última.—Recurso de hecho.—Se estima bien denegado el recurso de casación interpuesto contra el fallo proferido por el Tribunal Superior de Bogotá, en el ordinario laboral adelantado por Pablo Enrique Mesa contra la empresa "Calzado Progress".

Págs.

Magistrado Ponente: Dr. Jorge Vélez García 762

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Competencia de la justicia ordiaria para conocer de los juicios de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos. — Es obligación del actor comprobar los elementos de la acción.—No se hacen las declaraciones pedidas en la demanda sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, formulada por Manuel de J. Hoyos y otro contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 765

Es procedente y jurídica la acumulación de acciones que tienen por origen una misma causa o título y, por consiguiente, no son opuestas ni contradictorias y se ventilan por el mismo procedimiento, aunque se ejerciten por varias personas.—La ineptitud sustantiva de la demanda no es una excepción. — Responsabilidad civil extracontractual de las entidades de derecho público por hechos de sus agentes que causan daños a terceros. — Ningún agente del orden público necesita esperar órdenes de sus superiores para evitar que se cometa un delito o impedir que se continúe consumando. — La división entre actos de imperio y actos de gestión para establecer la responsabilidad directa del Estado, es doctrina ya revaluada por los expositores y nuestra jurisprudencia.—La Corte ha estimado que la solidaridad que consagra el artículo 2344 del C. C., procede también cuando la responsabilidad es indirecta. — Se reforma la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, en el ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales de todo orden, sufridos por varias personas con motivo de los sucesos criminosos ocurridos en la ciudad de Rionegro (Antioquia), adelantado por Miguel Arbeláez Gómez y otros contra la Nación y el Departamento de Antioquia.—Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola Roncallo..... 769

Indemnización de perjuicios ocasionados por accidente de tránsito.—A quién corresponde esencialmente la acción indemnizatoria por la culpa aquiliana o extracontractual y a quién puede afectar el perjuicio, tratándose de una cosa mueble.—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Superior de Pasto, en el ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por accidente de tránsito, adelantado por Diego Nicholls y otra contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 791

Necesidad de la prueba de la calidad de dueño y suficiencia del título del demandante, en juicio sobre ocupación de la propiedad por trabajos públicos.—Se deniegan las peticiones formuladas en la demanda sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, promovida por Alberto Herrera V. y otro contra la Nación. — Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 798

Interpretación gramatical, lógica y jurídica del artículo 26 del Código de Minas y Petróleos, en desacuerdo con la del Ministerio del Ramo.—Se hacen algunas de las declaraciones solicitadas en la demanda ordinaria sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas y reducción de cánones superficiarios, instaurada por la sociedad International Petroleum (Colombia) Limited, contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria 802

A la justicia ordinaria corresponde el conocimiento de los negocios sobre indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada y los otros perjuicios que con ella se causen por el trabajo público, y a la jurisdicción contencioso-administrativa el de los asuntos que versen únicamente sobre indemnización por daños.-Mas cuando la ocupación y los daños son conexos, o sea cuando con motivo de aquella se causen éstos, entonces las dos indemnizaciones por los dos actos son acumulables y de ellas conoce la justicia ordinaria.—Nulidad. — Se niega la declaración de nulidad de todos los actos procesales pedida por la parte demandada, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por la ocupación

Págs.

de una zona de terreno con una obra pública, y por los daños consiguientes, adelantado por Rafael Cadavid C. contra el Municipio de Andes.—Magistrado Ponente: Dr. Samuel de Sola Roncallo..... 810

Obra pública.—**Características de ésta.—Las entidades de derecho público no pueden usar o tomar a su arbitrio los inmuebles de propiedad particular, so pretexto de ejecutar obras de interés social, porque el derecho de propiedad está garantizado por la Constitución; solamente pueden realizarlas por los modos y mediante los requisitos que la propia Carta y las Leyes establecen.**—Se revoca el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios con ocasión de trabajos públicos, adelantado por Salomón Rojas contra el Municipio de Tuluá.—Magistrado Ponente: Dr. Jorge Sanabria..... 813

Error aritmético.—**Se corrige el cometido en sentencia dictada en juicio sobre pago de una pensión vitalicia por servicios prestados en el Magisterio.**—Así lo hace la Corte, respecto de la decretada en el juicio que adelantó Ana Escobar de A. contra el Departamento de Antioquia.—Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra..... 822

Naturaleza específica de la acción indemnizatoria por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos.—**Requisitos mínimos para acreditar la propiedad por parte del demandante en esta clase de acciones.**—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira, en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios por trabajos públicos, adelantado por Bernardina Cárdenas de López contra la Nación.—Magistrado Ponente: Dr. Héctor Martínez Guerra.. 824

Competencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte, para conocer de las acciones originadas en un contrato en que es parte la Nación.—Cuando se exigen determinados requisitos para la validez de los contratos sobre adquisiciones que superan una cuantía limitada, es necesario sujetarse a aquellas normas, pues en caso de no cumplirse esas formalidades, procede declarar la nulidad absoluta del contrato pero no su inexistencia.—En el ordinario sobre nulidad de un contrato y de unas Resoluciones Administrativas, adelantado por la sociedad "B. V. D. Industrias (Colombia) Ltda." contra la Nación, se hacen las declaraciones solicitadas en la demanda.—Magistrado Ponente: Dr. Roberto Goenaga..... 832

NOTA — Con el presente número se termina el Tomo LXXXIX de la GACETA JUDICIAL. El número 2206 estará destinado para el Indice del Tomo.

ERRATAS ADVERTIDAS

Título, renglón 1º, página 552, dice "DECLARASE" en vez de DECLARARSE.

Página 552, columna 2ª, renglón 19, dice "Juilo César Martínez", en vez de **Julio César Martínez.**

Página 512, columna 1ª, renglón 12, dice "suspeditar" en vez de **supeditar.**

Título, página 813, renglones 3º y 4º, dice; "OBRAS DE INTERES CIAL", en vez de OBRAS DE INTERES SOCIAL.

GACETA JUDICIAL

Organo de la Corte Suprema de Justicia

DIRECTOR: DOCTOR CARLOS MANUEL GUTIERREZ E.

RELATOR DE LA CORTE

TOMO LXXXIX BOGOTA — 1960 NUMERO 2206

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LXXXIX (Nos. 2202 A 2205, SEPTIEMBRE, OCTUBRE, NOVIEMBRE Y DICIEMBRE DE 1958) DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

— 1 —

ABOGADOS (Actuaciones profesionales)

Es censurable la conducta del abogado que hace peticiones a las autoridades de Policía, a sabiendas de su incompetencia, para asuntos que deben tramitarse ante las autoridades jurisdiccionales. (Casación Penal. Nov. 5/58. Nos. 2203-2204-2205)....573, 2ª

— 2 —

ABOGADOS (Determinación de sus honorarios profesionales)

Los contratos de cuota litis son aquellos en que el abogado conviene en recibir una cuota parte del bien que defiende ante la justicia. En este caso el abogado recibe la parte del bien, si el ejercicio de la acción tiene buen éxito, de lo contrario no recibe nada.

Al lado del contrato de cuota litis existe aquel en virtud del cual se señala un precio sin mirar el valor del bien o bienes que son objeto de la acción. Aquí generalmente nada se deja a la suerte; el abogado recibe la totalidad de la remuneración hayan tenido o no hayan tenido éxito sus gestiones.

Cuando fuera del honorario fijo se pacta un honorario abierto para el caso de que en el adelantamiento de la acción judicial encomendada surjan oposiciones, pero sin hacer referencia al valor total de los bienes que forman o puedan formar su contenido, no debe confundirse el honorario abierto con el de cuota litis.

La determinación de los honorarios de los abogados cuando ellos no fueron previamente estipulados, se fijan por el procedimiento del artículo 2.054 del Código Civil. No debe olvidarse que el artículo 2.063 de aquella obra dice que "las obras inmateriales o en que predomine la inteligencia sobre la mano de obra como una composición literaria o la corrección tipográfica de un impreso, se sujetan a las disposiciones especiales de los artículos 2.054, 2.055, 2.056 y 2.059".

Bien, el citado artículo 2.063 ordena que en estos casos se aplique el artículo 2.054 que dice que cuando no se ha fijado precio se presumirá que las partes han convenido en el que ordinariamente se pague por la

misma especie de obra y a falta de éste, por el que se estimare equitativo a juicio de peritos.

En este sentido esta Corte en casación del 29 de mayo de 1923 (G. J., tomo XXX, pág. 52) dijo: "El artículo 2.054 del Código Civil referente a la fijación del precio por la confección de una obra inmaterial es aplicable a la fijación de precio de servicios profesionales".

No existe ninguna costumbre o uso para fijar los honorarios de abogados, pues, para ello sería necesario que existieran tipos de juicios que implicaran el mismo género de trabajo, una misma actividad y una misma vigilancia o cuidado. La experiencia demuestra que cada juicio tiene sus particularidades, sus especiales modalidades que es imposible afirmar que los honorarios de un abogado se determinen por el uso o la costumbre. En consecuencia, la prueba más idónea para determinarlos es la prueba pericial. (Casación Civil. - Septiembre 12/58. Nº 2202).....99, 1ª y 2ª y 100, 1ª y 2ª

— 3 —

ABOGADOS (Efectos del sobreseimiento para el denunciante)

En todos los casos en que se sobresea definitivamente a favor de un abogado, por faltas cometidas en el ejercicio de su profesión, o se dicte sentencia absolutoria, el juzgador debe pasar copia de lo pertinente a los jueces penales, para que se investigue el posible delito de calumnia en que pudieron incurrir el autor o autores de la denuncia. (Sala Penal. Septiembre 30/58. Nº 2202).. 219, 1ª y 2ª

— 4 —

ABOGADOS (Procesos penal y por faltas contra la ética profesional)

Esta Sala ha sostenido en forma reiterada que no son incompatibles los procesos que se adelanten para esclarecer, por una parte, si una persona se ha hecho acreedora a las sanciones administrativas por la Ley 69 de 1945, y si ha incurrido, por la otra, en una infracción penal, pues dicha ley autoriza el seguimiento simultáneo de ambos juicios al disponer en su artículo 9º que aquellas se impongan "sin perjuicio de la acción penal", y en el artículo 11 que "cuando de las piezas que obran en el juicio sumario a que se refieren los artículos anteriores aparezca que se ha podido cometer un delito, el Tribunal pasará copia de lo conducente al Juez de la competencia para que inicie la investigación a que haya lugar". (Casación Penal. Diciembre 11/58. Nos. 2203-2204-2205)....613, 2ª

— 5 —

ABOGADOS (Responsabilidad extracontractual en el desempeño de su encargo)

Ni el que contrata un abogado para que le represente en un litigio o en otra actividad propia de su instituto es amo, ni el abogado que acepta el mandato y lo ejerce es criado, pues la ley ni siquiera quiso clasificar este contrato, es decir el de prestar servicios como abogado, en la casilla del arrendamiento de servicios, como resulta del tenor del artículo 1.144 del Código Civil que dice: "Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato".

En esto la ley colombiana no ha hecho otra cosa que seguir la tradición romana que

lo estatuyo de la misma manera y por circunstancias especiales de que dan cuenta los textos.

Así: "dicit Paulus, libro octavo ad edictum: secut evenit, cum in rem suam procuratorem praestamus...". (Esta obligación que suele nacer entre el señor y el procurador, da lugar aunque algunas veces no se haya contraído una obligación de mandato a la acción de mandato; lo que ocurre porque el procurador obra como en su propia cosa...). (Paulo libro VIII sobre el edicto, reproducido en el Digesto de Justiniano, Libro III, Título III. De Procuratoribus et deffensoribus, Ley 42 v. 3).

Resulta de lo anterior, que no procede contra el "endosante al cobro" de una letra, la acción de perjuicios por culpa extracontractual, por ser el endosatario mandatario de aquel y no su dependiente ni mucho menos su criado. (Casación Civil. Septiembre 19/58. Nº 2202).....122, 1ª

— 6 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Consumación)

En lo que atañe a la consumación, es oportuno repetir, con el mismo Soler, que la infracción penal se perfecciona "cuando en consideración a ese acto debido pueda afirmarse que ha sido dolosamente omitido, retardado o que habiendo mediado pedido o interpelación el funcionario ha rehusado cumplirlo". (Casación Penal. Octubre 10/58. Nos. 2203-2204-2205).....561, 1ª

— 7 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Dolo genérico)

Debe tenerse en cuenta que el dolo en los delitos de omisión previstos en el artículo 172 es solamente el genérico, consistente en la voluntad de omitir aquello que el funcionario sabe está obligado a hacer, sin que se requiera para estructurar la infracción ningún dolo específico, como el móvil de la simpatía o la animadversión que, en caso de concurrir, convertiría el abuso de autoridad simple, por omisión, en abuso calificado (prevaricato), también por omisión.

De ahí que la Corte en reciente providencia (12 de septiembre del presente año) hubiera dicho que "en los delitos propios de omisión (se trataba también de una omisión por parte de un Magistrado del Tribunal), los matices de la acción criminal son muy característicos y de muy discutida fundamentación en la doctrina jurídica. Como la función de la voluntad es negativa, en tales casos, los elementos integrantes del dolo no coinciden, rigurosamente, con los que configuran la acción delictuosa bajo la forma positiva del comportamiento. Pero lo esencial en tales delitos es que el agente se abstenga de producir el acto esperado, a pesar de saberse obligatorio". (Casación Penal. Octubre 10/58. Nos. 2203-2204-2205).561, 1ª y 2ª

— 8 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Modalidades)

De los abusos de autoridad ha dicho Carrara con su acostumbrada mestría que son indefinidos e indefinibles, pues no es posible encerrarlos dentro de límites precisos. Ellos van desde la omisión intrascendente que se sanciona con mínima pena pecuniaria hasta los abusos calificados que entrañan graves trasgresiones contra la administración pública. La ley penal colombiana contempla las siguientes categorías de abusos de autoridad:

a) Hechos constitutivos de delitos autónomos que tienen, como uno de sus elementos esenciales, el abuso de autoridad o de poder. A este grupo de abusos calificados pertenecen el peculado, la concusión, el cohecho, el prevaricato, la detención arbitraria, etc.

b) Acciones injustas o arbitrarias que se ejecutan con ocasión de funciones oficiales o excediéndose en el ejercicio de ellas, y

c) Omisiones referentes a actos cuya ejecución es obligatoria para los funcionarios públicos. (Casación Penal. Octubre 10/58. Nos. 2203-2204-2205).....560, 1ª y 2ª

— 9 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Por omisión)

No puede afirmarse que "al estudiar los diversos códigos" no se encuentre el artículo 168 del Código Penal, ni que esta disposición "es criolla pura, nuestra, sin antecedentes", pues ello indicaría carencia de información al respecto. Si se revisa el Código Penal Argentino, uno de los que sirvieron de modelo para la redacción del actual Código Penal Colombiano, se encontrará en el capítulo que trata de los "Abusos de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos" un artículo —el 249— sustancialmente idéntico al de nuestro Código.

En atención a esa identidad y a que el código argentino, lo mismo que el colombiano, emplea las expresiones "omitir, rehusar y retardar", resulta pertinente recordar el comentario del prestigioso tratadista Sebastián Soler, quien al referirse a esa disposición dice que ella "tutela pura y simplemente el desenvolvimiento normal y diligente de la administración, para lo cual se castiga la incuria genérica, el retardo en el cumplimiento de los actos, aunque no se trate de actos de autoridad en sentido estricto". Ese incumplimiento —sigue diciendo— "debe referirse a los actos de la función y no a los que el funcionario debe personalmente realizar para cumplirlos y cuya transgresión suele estar prevista como infracción disciplinaria" (como no asistir a la oficina y otras faltas análogas). (Casación Penal. Octubre 10/58. Nos. 2203-2204-2205).....560, 2ª y 561, 1ª

— 10 —

ABUSO DE AUTORIDAD (Por omisión)

No siempre las "omisiones" pueden juzgarse con el tratamiento benigno del artículo 172, pues de acuerdo con los términos de la disposición, ella solamente se aplica "siempre que el hecho —de omitir, rehusar o retardar— no tenga señalada otra sanción más grave". Algunas de las omisiones que pueden llegar a constituír abusos de autoridad calificados son las siguientes: si para omitir o retardar un acto a que legalmente está obligado, el funcionario público induce o constriñe a otro a darle o prometerle dinero o cualquiera otra utilidad, comete delito de concusión. (Artículo 156). Si el funcionario admite dinero o dádivas o acepta promesas remuneratorias "para omitir o retardar un acto propio del cargo", comete delito de cohecho (artículo 161). Si el funcionario "rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", comete delito de prevaricato (artículo 168). (Casación Penal. Octubre 10/58. Nos. 2203-2204-2205) 560, 2ª

— 11 —

ACCIDENTE DE TRABAJO (Valor probatorio del certificado médico)

La realidad objetiva del documento o certificado que el médico de la empresa aspiró a reflejar en él, no puede ser otra que la de que el trabajador estaba incapacitado para trabajar, pero en manera alguna puede aceptarse ni deducirse de él la existencia y calificación del accidente de que fue víctima el trabajador, como un accidente de trabajo, obligando al juzgador a tenerlo como verdad frente a todo otro medio de convicción y a otorgarle un evidente valor probatorio, pues si bien puede ostentar una autenticidad for-

mal, carece de autenticidad intrínseca porque el empleo de la frase "accidente de trabajo" que allí se utiliza, no sirve para avaluar la verdad que pudiera estimarse por el recurrente, en cuanto a la conclusión relativa a la causa laboral del accidente sufrido por el demandante, pues el concepto de los hechos y circunstancias en que consiste o se configura un accidente como de trabajo, se reputa como "qoestio juris", que debe deducirse de la existencia de los hechos y circunstancias establecidos en el juicio (qoestio facti). Por lo tanto, con respecto al certificado médico, a quien se hace referencia, hay que separar claramente el hecho que él trata de establecer y su recta apreciación; esta facultad de determinación o apreciación forzosamente ha de entregarse a la soberanía del juzgador, máxime si lo que recoge son informes, es decir, en suma juicios, técnicos o no. (Casación Laboral. Nov. 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....666, 2ª

— 12 —

ACCION CIVIL (En el proceso penal)

La doctrina del derecho procesal moderno, con justificada uniformidad, proclama la autonomía tanto de la acción penal como de la civil encaminada al resarcimiento de perjuicios. Aquella es autónoma porque aunque se genera en el delito, tomado en su acepción simplemente formal, y recibe el impulso de la función punitiva del Estado, formulada como derecho y como obligación, no se subordina a que materialmente se pruebe la ilicitud, ni mucho menos a una culminación irrevocablemente condenatoria. La otra reviste esa misma peculiaridad porque aunque también tiene su origen en el reato y el impulso lo recibe del derecho que corresponde a cada cual para que se le indemnice del daño sufrido, tampoco se subordina a la comprobación efectiva de ese daño que como enunciado le ha servido de fundamento para su ejercicio. Semejante característica de ambas acciones impide de suyo que se interfieran aunque, por su naturaleza, la primera necesariamente tiene que condicionar el desenlace de la segunda, por razón de que si no se acredita el hecho generador de aquella con sus debidas notas de ilícito, el daño por resarcir tampoco puede afirmarse desde el punto de vista jurídico.

Estos principios, como es obvio, se recogen en la legislación penal vigente, como que de otra manera no se explicaría que tantos procesos diligenciados en el ejercicio de la acción penal culminaran en sobreseimiento definitivo, en absolución y en no pocos casos con declaración expresa de que no ha existido delito y que por lo tanto no hay lugar a proseguir el procedimiento; ni mucho menos que el inciso 2º del artículo 100 del Código Penal disponga que la muerte del procesado aunque extingue la acción penal no impide, en cambio, que se "haga efectiva la indemnización de los perjuicios sobre los bienes del causante", ni que el 101 de la misma obra indique que "la extinción de la responsabilidad civil proveniente de una infracción, se regirá por el Código Civil", ni que en la ley procedimental se disciplinen las dos acciones por separado y conforme a criterios distintos, ni que el inciso 2º del artículo 25 de la predicha ley autorice el ejercicio de la acción encaminada a resarcimiento de perjuicios fuera del proceso penal, ante los Jueces civiles y, por último, que el artículo 122 del mismo estatuto señale que la acción penal no se entraba ni perturba ni se detiene siquiera por razón de las contingencias y alternativas que pueda sufrir la civil, enderezada a conseguir la indemnización de los perjuicios que pudo causar el delito al particular.

Aplicados estos principios que la ley y la doctrina consagran, a un proceso por falsedad en documentos públicos, bien fácil se deduce que aun en la suposición de que fuera

inadmisible la constitución de parte civil en el mismo, o que se hubieran acogido las partes civiles constituídas sin el previo requisito del interés legítimo o en forma irregular, ello no significaría ninguna alteración, pretermisión o desconocimiento de las formas del juicio que debían seguirse para el juzgamiento del acusado por el delito contra la fe pública a virtud del cual se le condenó en las dos instancias. Esas formas quedaron garantizadas y no podían sufrir ninguna consecuencia como reflejo de lo que pasara en la esfera de la acción civil, la que por ser autónoma y no poder interferir a la penal, cualquiera que fuese la condición de su ejercicio, ni directa ni indirectamente podía alterar el ámbito del predicho juicio. Las anteriores sólidas e incontrastables razones son de suyo suficientes para llegar a la conclusión de que no se configuraría ninguna nulidad constitucional en proceso tal por los motivos que se acaban de anotar, y de consiguiente que sería improcedente alegar en evento igual la causal 4ª del artículo 567 del C. de P. P. (Casación Penal. Octubre 2/58. Nos. 2203-2204-2205).....542, 1ª y 2ª

— 13 —

ACLARACION (De sentencia)

La facultad de aclaración, como ha sido resuelto en diversas ocasiones, está limitada a conceptos o frases que tomados conjuntamente con el cuerpo del fallo puedan interpretarse en sentidos diversos y tiene por objeto determinar cuál de esos sentidos es el que el juzgador ha tratado de establecer, pero en ninguna forma hay lugar a este recurso de aclaración con respecto a frases aisladas, lo que carecería de razón.

Y si lo que se pretende es asignarle un sentido determinado que no resulte del conjunto del fallo, la Corte carece de facultad para ello, por cuanto no le es permitido por el artículo 482 del Código Judicial, revocarlo ni reformarlo. (Casación Civil. Nov. 7/58. Nº 2202).....145, 2ª

— 14 —

ACUMULACION (De acciones que tienen origen en una misma causa o hecho)

El Fiscal representante de la Nación al alegar de bien probado, manifestó que proponía la excepción perentoria consistente en la indebida acumulación de acciones, porque el apoderado de los actores en su propio nombre y en el de muchas personas, había demandado a la Nación y al Departamento en una misma demanda, debiendo haberlo hecho mediante tantas cuantos son sus poderdantes, y pedido después la acumulación de los juicios, para no contrariar el artículo 209 del Código Judicial, excepción que el excepcionante no denominó por su nombre y que desde tiempo inmemorial fue bautizada con el de excepción de ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido. En apoyo de su tesis cita una jurisprudencia de la Sala contenida en la sentencia de 4 de octubre de 1932, publicada en el tomo 41, página 124, que dice: "Aun cuando el artículo 209 del Código Judicial no lo dice expresamente, debe entenderse que la acumulación de acciones en él prevista, tiene cabida solamente cuando la parte demandante es una misma en todas las acciones, así como la parte demandada, ya que en el conjunto de la demanda la parte actora tiene que ser idéntica, lo mismo que la parte opositora. De lo contrario, esto es, si respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros, no habrá en el juicio la unidad requerida, y, antes bien, podría decirse que habría varios juicios reunidos. Y lo que se dice de los demandantes cabe decir también, con igual razón de los demandados. Lo que se acaba de exponer aparece con entera claridad de los términos del artículo 269 del

código abolido, que corresponde al 209 del actual".

En sentencia de 19 de agosto de 1954, de la Sala de Casación Civil, páginas 345 a 353 de la G. J., número 2.145, dijo, entre otras cosas, la Corte:

"5.—Demanda en forma. — La demanda, que es la petición con la cual se inicia un juicio, debe reunir ciertos requisitos formales exigidos principalmente en los artículos 205, 217, 222, y 737 del Código Judicial. El Juez debe ordenar de oficio la corrección de toda demanda que adolezca de vicios formales y la parte demandada puede proponer oportunamente la excepción dilatoria de inepta demanda (Código Judicial, arts. 333 y 738). Pero si el Juez no ha ejercido aquel poder, ni la parte demandada ha propuesto la excepción dilatoria, y en el momento de ir a fallar el negocio se encuentra una demanda con un defecto formal de tal índole que haga imposible un pronunciamiento en el fondo del negocio, el deber del juzgador es declarar su inhibición para decidir la controversia, por causa de este impedimento procesal. Tal sería el caso de una demanda en que ejercitándose una acción real no se han señalado los linderos y demás circunstancias que individualicen el inmueble en que radica el derecho, o el de una demanda en que se han acumulado indebidamente acciones opuestas y contradictorias entre sí, o el de una demanda adelantada por vía procesal inadecuada legalmente. La jurisprudencia nacional en casos como estos ha hablado impropiamente de una excepción perentoria (ineptitud sustantiva de la demanda o petición de modo indebido), cuando en rigor se trata de un impedimento procesal por falta del presupuesto correspondiente (demanda en forma). Como es obvio, no basta cualquier defecto formal de la demanda para justificar la inhibitoria del juzgador, sino uno de tanta gravedad como en los casos citados por vía de ejemplo".

Dé acuerdo con la doctrina anterior, la excepción referente a una indebida acumulación de acciones en una misma demanda, es en realidad como todo defecto atañedero a la parte formal de tales escritos, una excepción de inepta demanda que, en caso de operar, equivale a señalar la falta de un presupuesto procesal que por mucho tiempo fue bautizado por los cultores del derecho con el nombre de ineptitud sustantiva de la demandada o petición de modo indebido. Mas ya sea que se la considere como excepción perentoria o como falta de demanda en forma, si ella prospera inhibe para fallar en el fondo las acciones que motivan la litis, la Sala tiene el deber de analizar si hay fundamento para afirmar que se ha omitido el presupuesto procesal aludido.

En reiteradas ocasiones ha sostenido la Corte y, especialmente, en el fallo de esta Sala de 2 de junio de 1938, publicado en la GACETA JUDICIAL número 1.942, páginas 361 a 365, que el artículo 209 del Código Judicial autoriza para que por medio de una sola demanda puedan diversas personas demandar a otra u otras, cuando las acciones incoadas son semejantes por tener una misma causa, y, por consiguiente, no son opuestas ni contradictorias y se ventilan por el mismo procedimiento, pues si el artículo 397 ibidem permite en esos casos acumular los juicios similares que se presenten por separado, para evitar que se divida la continencia de la causa, no hay razón ninguna para que no pueda efectuarse de antemano la acumulación objetiva aludida, pues ella entraña una economía procesal en que están interesados los litigantes y el órgano de la justicia.

Esta doctrina, posterior a la aducida por el excepcionante para sustentar lo que él estimó una excepción de fondo, como fácilmente se advierte, no está en contradicción con la anterior porque cuando ella habla de parte demandante o demandada, al tenor del artículo 202 del Código Judicial, hay que en-

tender el grupo de personas o litigantes que sostienen las mismas pretensiones, y porque al significar que es inadmisible la acumulación de que se trata cuando "respecto de unas acciones hay unos demandantes y respecto de otras otros", lo que quiere decir es que la acumulación es inaceptable cuando el conjunto de demandantes hacen peticiones disímiles, o sea instauran acciones diferentes que no tienen la misma causa. Empero, admitiendo en gracia de discusión, que no se compaginan las jurisprudencias mencionadas, la Sala insiste en acoger la posterior y, por tanto, concluye que no ha lugar la falta del presupuesto procesal que el representante de la Nación adujo como excepción perentorias. (Negocios Generales. Octubre 20/58. Nos. 2203-2204-2205) . . 778, 2ª, 779, 1ª y 2ª y 780, 1ª

— 15 —

ACUMULACION (De las acciones de nulidad por falsedad y simulación)

Cuando bajo el nombre de nulidad se inicien en un mismo proceso las acciones de falsedad de una escritura y la de simulación del contrato de venta contenido en ella, aunque el demandante las respalde en el artículo 1.740 y concordantes del Código Civil, son totalmente distintas y contradictorias o excluyentes, porque la de simulación descarta la falsedad del instrumento, y ésta excluiría a aquella. (Casación Civil. Diciembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205) 537, 2ª

— 16 —

ACUMULACION (De las acciones de petición de herencia y reivindicación)

La acción de petición de herencia y la de reivindicación, son acciones que responden en nuestro régimen civil a distintos conceptos jurídicos y que se hallan gobernadas por normas diferentes. . . . . .

En efecto, la petición de herencia, según enseña el artículo 1.321 del Código Civil, es en resume una acción que compete al heredero de igual o mejor derecho a fin de que el putativo sea condenado a restituír la posesión de los bienes del causante o una cuota de ellos. Es en definitiva, como lo ha dicho la Corte en sus fallos, una controversia ventilada entre el demandante y el demandado con el fin de establecer a cuál de ellos corresponde el todo o en más parte el título de legítimo sucesor del causante en calidad de heredero suyo. Como se ve la naturaleza de esta acción está indicando que no puede ser instaurada sino por el heredero, cuyo carácter de tal, no es transmisible.

A su vez, la reivindicación, es al tenor del artículo 946 del Código Civil una acción de dominio cuyo objeto es una cosa singular, determinada y cierta, cuya procedencia está subordinada a la comprobación judicial de los cuatro elementos fundamentales que jurídicamente la configuran. Son, pues, dos acciones distintas, pero que pueden ser acumuladas y ejercitarse simultáneamente, teniendo en cuenta que el criterio y la doctrina sobre acumulación de acciones compatibles, es hoy más amplio que antaño, en virtud del principio de la economía procesal así llamada por los doctrinantes y la jurisprudencia contemporánea. (Casación Civil. Septiembre 17/58. Nº 2202) . . . . . 112, 2ª y 113, 1ª

— 17 —

ACUMULACION (De las acciones reivindicatoria y de exclusión de bienes)

Las acciones de dominio o reivindicatoria y la exclusión de bienes, consagradas expresamente por los artículos 950 del Código Civil y 947 del Código Judicial, en su orden, ni son incompatibles ni se excluyen entre sí y por ello es factible su acumulación en una sola demanda. No solo no hay inconveniente legal alguno en ello, sino que así debe ha-

cerse en obsequio del principio de "la economía procesal", cuyo concepto jurídico, como dicen los doctrinantes y los expositores contemporáneos, tiene hoy día una mayor amplitud que antaño, en el vasto campo del derecho procesal. (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205) 435, 1ª

— 18 —

ACUMULACION (De una acción consecuencial a una principal)

Es verdad que la llamada doctrina de los presupuestos procesales se ha generalizado en su aplicación jurisprudencial hasta el punto de que se admite por buena en derecho la inhibición de los Jueces para conocer y decidir de un litigio cuando a estos les falta competencia para decidir de alguna de las excepciones incoadas, o cuando no hay capacidad de una de las partes para comparecer en juicio o para legitimar el poder con que obra, o la demanda no está en forma.

Pero en cuanto el fallador se coloca en la discriminación de condiciones o requisitos internos o intrínsecos para cada uno de estos presupuestos, ya no es tan general la tesis como para tenerla por doctrina ejemplar.

Aquí se concreta la Corte a lo que fue nervio decisorio del fallo de instancia y que es el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial, en cuanto prevé como requisito de acumulación de acciones en una misma demanda (acumulación originaria) "que puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial".

Al fallador le bastó para el efecto de sentirse inhibido para fallar, la circunstancia de que al lado de una acción de filiación natural se hubiese presentado en instancia la solicitud de fijación de una pensión alimenticia mientras tanto.

Lo efectivo y sustantivo de las acciones ejercitadas en la demanda es la filiación natural. La de alimentos es insustancialmente adjetiva al lado de aquella. Si la de filiación prosperare, la alimentaria fluiría de ella como elemental consecuencia. Solo faltaría regular la cuantía "según las facultades y circunstancias" del padre, como dice el artículo 62 de la Ley 153 de 1887, pero ya no sería discutible el derecho a obtenerlos por parte del hijo. Esto era así, aun antes de que los naturales figuraran con dignidad en la familia.

No se entiende pues cómo el ordinal 2º del artículo 209 del Código Judicial pueda aplicarse en el sentido de que lo adjetivo y consecuencial, como acción meramente contable y cuantitativa impida estudiar el derecho sustancial que la explica y sustenta y que por falta de competencia para lo que fluye se desconozca la evidente competencia para debatir la causa primaria.

En general debe tenerse como principio institucional de derecho procesal aquel de que lo **útil no se vicia por lo inútil.** Normas elementales de economía procesal le prestan sentido y fin al enunciado principio.

La Corte no extiende en este fallo esa consideración a casos en que la acción para la cual el Tribunal sí tenga competencia esté acumulada originalmente con acción o acciones tramitables por cuerdas distintas y que no sean consecuencia de aquella, que si de ello se tratara, en su caso se vería si el contenido del razonamiento doctrinario de hoy podría extenderse o no a esa hipótesis vecina, aunque distinta. (Casación Civil. Diciembre 9/58. Nos. 2203-2204-2205) .....527, 2ª y 528, 1ª

— 19 —

ACUMULACION (No lo son las acciones de denuncia de obra nueva y responsabilidad extracontractual)

La denuncia de obra nueva reviste el carácter jurídico de las acciones posesorias por cuanto se pide el amparo de la justicia con

el fin de suspender trabajos que envuelven perturbación posesoria para el querellante. De ahí que la ley civil la contemple y organice dentro del grupo de las acciones posesorias especiales de que trata el Título XIV, Libro II del Código Civil.

Pero no está dentro del ámbito de esa especial protección posesoria que quien ejerce el dominio sobre un solar o edificio pueda impedir que el dueño del terreno vecino lo utilice y construya normalmente de acuerdo con sus prospectos económicos que, a la postre, redundan además en beneficio general. Por ello no es obra denunciable la que se adelanta en el solar contiguo, mientras no invada en forma alguna la propiedad del querellante.

Que no sea denunciable la obra nueva, en ningún modo significa que si causa daños al vecino, más allá de lo que el sentido social de convivencia permite y acepta razonablemente, el perjuicio haya de quedar sin indemnización. El punto será regido entonces por las normas aplicables a las relaciones de vecindad, conforme a los principios que prohiben dañar a otro y miden la responsabilidad extracontractual en sus diversas hipótesis, todo lo cual queda envuelto en la continencia de la causa ventilable en juicio ordinario.

Más cuando se trata de negar o de regular un derecho real de servidumbre, así sea también por causa de relaciones de vecindad, no es posible desatender los imperativos de las leyes de procedimiento, que señalan trámite especial para esta clase de juicios, sea que verse "la demanda sobre imposición, variación o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes", o, consiguientemente, sobre la afirmación o negación de servidumbre (872 C. J.).

Otro tanto sucede con la denuncia de obra nueva, en su caso, desde luego que el Título XXIX determina el trámite especial a que están sujetas las acciones posesorias consagradas en el Título XIV del Libro II del Código Civil (888).

Si, por consiguiente, se pide indenmización por daños originados en responsabilidad extracontractual, ventilable en juicio ordinario, y a la vez se hacen súplicas en materia de servidumbres, que exigen trámite especialmente previsto por la ley, la acumulación, en los términos del artículo 209 del Código Judicial, resulta inadmisible por falta del requisito derivado de la naturaleza misma de las cosas y por ello ineludible, de que las acciones "puedan sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial". (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205).....444, 2ª y 445, 1ª

— 20 —

ACUMULACION (No lo son las acciones de denuncia de obra nueva y servidumbre)

Aunque se tratara de denuncia de obra nueva, la demanda habría de cursar el trámite especialmente previsto por el Título XXIX del Código Judicial, no acumulable tampoco a la acción de servidumbre, que también requiere trámite especial diferente del juicio ordinario, esto es el señalado por el Título XXVII. (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205).....445, 2ª

— 21 —

ACUMULACION DE ACCIONES (En una misma demanda)

El criterio y la doctrina sobre acumulación de acciones en una misma demanda, es hoy más amplio que antaño por el principio que los doctrinantes modernos denominan la **economía procesal**, puesto que no pudiendo tener los litigios un carácter de indefinidos ni ser admisible ya la tesis de que fallado un litigio es necesario entablar otro para hacer efectivos todos los derechos de la parte que

demanda, lo cual implica mucho tiempo, hasta largos años, que no se compadece hoy con la actividad que preside en la sociedad en todos los órdenes de cosas y con el criterio de que es preciso evitar gastos a las partes que acuden ante la justicia, ese criterio repite la Corte, es el que prevalece actualmente y así en varios fallos, por ese criterio se ha orientado esá superioridad.

Ejercitándose en la demanda tres acciones —reforma del testamento, petición de herencia y reivindicación—, no importa que se estimen como principales, porque en ningún caso son contradictorias, o sea, no se excluyen entre sí recíprocamente. Si pueden aceptarse acciones que sean contrarias, que no son excluyentes con mayor razón son de recibo acciones que entre sí no se excluyen y que pueden prosperar todas en un mismo fallo.

La acción de petición de herencia encarna la reivindicación según el artículo 1.321 del Código Civil y no solamente contra el heredero putativo sino contra terceros según la norma 1.325 del mismo estatuto.

Si se sostuviera que es preciso en primer término, obtener por un fallo judicial la reforma del testamento, y en otro juicio distinto ejercitar la acción de petición de herencia y extremando las cosas en otro juicio diferente la acción reivindicatoria, se iría contra el criterio de la economía procesal ya expuesto y fundamentado y los procesos serían indefinidos. (Casación Civil. Septiembre 10/58. Nº 2202).....61, 1ª y 2ª

— 22 —

AGUAS (Competencia de la rama jurisdiccional para conocer de estas controversias)

La disputa sobre el derecho de aguas, aun cuando estas originalmente sean bienes de uso público y de propiedad de la Nación, no sale de la competencia del fuero ordinario, por el hecho de que el Gobierno por medio de Decretos haya instituído autoridades encargadas de procurar el aprovechamiento por los ciudadanos de esas aguas en forma administrativa, ni tampoco la ley ha excluído a los Jueces y funcionarios del Organo Jurisdiccional de la facultad de decidir sobre derechos ya establecidos con arreglo a las disposiciones del Código Civil.

Esas leyes y esos Decretos no han sido dictados con el objeto de modificar el sistema jurisdiccional del país, en lo que tiende a decidir sobre derechos privados, de donde resulta que, sea que la acción tenga por objeto reivindicar la propiedad como en el caso de que se trate de reivindicar el uso, son competentes los jueces ordinarios. (Casación Civil. Septiembre 23/58. Nº 2202...137, 1ª

— 23 —

AGUAS (Derecho de los riberanos al uso de las que pertenecen al Estado)

Existe una disposición de carácter general en nuestro Código Civil a la cual están subordinadas todas las reglas sobre aguas. Tal disposición es el artículo 677 que establece que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales "son bienes de la Nación de uso público en los respectivos territorios", lo que dicho en forma llana significa que el dominio de ríos y aguas pertenece al Estado.

Pero esa misma norma dispone que no obstante esta domanialidad estatal, el uso y goce de las aguas pertenece a los habitantes que hayan cumplido determinados requisitos y dentro de las limitaciones de la misma ley.

Los artículos 892 a 894 del mismo Código Civil establecen los derechos y obligaciones que otorgan e imponen las leyes en lo tocante al uso y goce de las mencionadas aguas, por parte de los particulares y de manera especial de los dueños de predios riberanos.

El derecho que consagra el artículo 892 citado a tales riberanos, no es propiamente

una servidumbre, porque carece en el hecho de los caracteres propios de este fenómeno que limita el dominio. Según Josserand, notable tratadista francés, constituye "un derecho real **sui generis** destinado para los riberanos", naturalmente en Colombia, en consonancia con las prescripciones reglamentarias, como lo dispone en forma clara el artículo 678 del mismo Código Civil.

Conforme a esta doctrina, la acción propia para reclamar el derecho al uso por parte de quien ha sido privado de él teniendo derecho, según lo que se acaba de indicar, tiene que corresponder a ese derecho especial de carácter real que no es ni puede ser el de propiedad, la que permanece en cabeza del Estado, no solamente por la naturaleza de las cosas sino por declaración expresa del legislador hecha con el objeto de corregir erradas interpretaciones anteriores en el Decreto 1.381 de 1940 que tiene valor legislativo.

En otros términos, el derecho real **sui generis** de que se trata o sea el de "uso y aprovechamiento, de aguas de propiedad del Estado" puede ser reclamado por medio de una acción ordinaria distinta de la de reivindicación del dominio de esas mismas aguas. (Casación Civil. Septiembre 23/58. Nº 2202).. 142, 1ª y 2ª

— 24 —

AGUAS (Derecho de riberanía sobre acueductos)

No se puede invocar derecho de riberanía sobre acueductos artificiales que conducen aguas, para aprovecharse de ellas en su propio predio. (Casación Civil. Septiembre 23/58. Nº 2202).....144, 1ª

— 25 —

ALEVOSIA (Como agravante del delito)

La alevosía, que en el lenguaje corriente es lo mismo que traición, concurre en delitos contra la vida o contra la integridad personal cuando el infractor ha procedido, ora simulando respecto de la víctima sentimientos de amistad que no experimenta, lo mismo que cuando disimula los de odio que labran su espíritu, o bien cuando se oculta a la vista de la persona agredida para sorprenderla y cometer con más cautelosas y efectivas condiciones el delito. Estas dos clases de ocultación, moral la una y física la otra, dan una idea muy precisa de la naturaleza subjetiva de dicha "agravante" o elemento intensificador del ánimo delictuoso.

Tal criterio es el que predomina en la jurisprudencia. Y entonces, si el delincuente ha procurado colocar al sujeto pasivo en situación que favorezca sus planes, como se colige de los términos en que está redactado el ordinal 5º del artículo 363 del Código Penal, y de las circunstancias que allí figuran, todas ellas expresivas de una actividad del agente del delito, no cabe duda de que es acertado el concepto de que la alevosía debe entenderse como un medio preordenado al delito, y no ya como simple aprovechamiento de condiciones propicias que surgieron inesperadamente. (Casación Penal. Diciembre 10/58. Nos. 2203-2204-2205)..... 607, 1ª y 2ª

— 26 —

ALIMENTOS (Necesidad del juicio por)

Para que surja a cargo de una persona la obligación de prestar alimentos a otra es indispensable la tramitación de un juicio por el procedimiento señalado en los artículos 831 y siguientes del Código Judicial. Así se desprende indudablemente de lo establecido en los artículos 411 y siguientes del Código Civil. (Casación Civil. Septiembre 4/58. Nº 2202) 39, 1ª

— 27 —

AMNISTIA

Tanto la Corte Militar de Casación y Revisión como la Corte Suprema de Justicia han dicho que cuando no se pueda determinar la actividad propia y particular de cada uno de los autores y partícipes en la ejecución de delitos atroces y se esté en presencia de sucesos casi multitudinarios, será poco menos que imposible determinar cuáles acusan extrema insensibilidad moral para negarles la amnistía y concederla a los restantes. No sería raro, en estos casos, que alguno o algunos hayan sido ajenos a las modalidades del delito, a los bárbaros o inhumanos medios de ejecución, o a sus innecesarios rigores, y aun hayan reprobado íntima o manifiestamente los excesos, reveladores de insensibilidad moral. (Casación Penal. Septiembre 8/58. Nº 2202).....172, 2ª

— 28 —

AMNISTIA E INDULTO

El otorgamiento de los beneficios de amnistía e indulto no es acto que deje completamente tranquila la conciencia del juzgador, porque la impunidad de atroces delitos cometidos por sectarismo político no encuentra fundamento en la equidad, sino en simples razones de conveniencia pública. Por eso dice Pessina con mucha propiedad que "la amnistía no tiene en cuenta razones de justicia sino de conveniencia general". (Casación Penal. Septiembre 8/58. Nº 2202)..... 172, 2ª

— 29 —

ANORMALES (Responsabilidad penal)

No es lo mismo presentar síntomas de anormalidad que "padecer de grave anomalía". Este es un estado y no algo meramente hipotético o sintomático. El síntoma —en medicina— es apenas un fenómeno que revela la enfermedad y que sirve como elemento auxiliar del diagnóstico.

Hoy, en frente del sistema que establece el Código Penal (artículo 11), no puede sostenerse la irresponsabilidad de los anormales. (Casación Penal. Diciembre 13/58. Números 2203-2204-2205) 624, 2ª

— 30 —

AUTO DE PROCEDER (En los procesos seguidos ante la justicia penal militar)

Según el Decreto 2.900 de 1953, artículos 88, 90 y 96, el auto de proceder es pieza indispensable en los juicios reglamentados en dicho Decreto. De modo que si se prescinde de calificar el mérito del sumario, lo que sin duda constituye una garantía para el procesado, se contraría el principio de interpretación consagrado en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, en relación con el 26 de la Carta, y se incurre en una omisión generadora de nulidad que debe declararse.

Conviene repetir que en tratándose de un trámite en marcha, el auto de proceder es forma propia e ineludible del juicio, con arreglo al artículo 26 de la Constitución. Allí se contiene sin lugar a duda una garantía **pro reo** que es menester otorgar al procesado.

Es esto tan importante, que el artículo 198 del Código de Procedimiento Penal establece como causal de nulidad del proceso, "el no haberse **notificado** en debida forma dicha providencia".

Si la falta de notificación o la notificación irregular del auto de enjuiciamiento acarrea nulidad, con mayor razón de ser nulo lo actuado cuando no se dictó dicho auto, ni otro alguno equivalente y cuando no se estableció en sustitución del sobreseimiento definitivo, ni siquiera un pliego de cargos que sirviera

de base a la pregunta o preguntas que debían someterse al Consejo de Guerra.

Formulada la causal 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, igual a la 4ª del artículo 153 del Decreto 2.900 de 1953, en evento tal, prospera por las referidas razones, sin que sea necesario el estudio de otros cargos. (Casación Penal. Septiembre 15/58. Nº 2202).....203, 2ª

— 31 —

AUTO PARA MEJOR PROVEER (Su alcance)

La reapertura oficiosa del debate probatorio, o la orden y práctica de pruebas de oficio por el Juez Laboral, se desenvuelven dentro de un ámbito que le compete a él exclusivamente, a semejanza de lo que ocurre con los actos para mejor proveimiento a que se refiere el artículo 600 del Código Judicial, en que "las partes no tienen en la ejecución de lo acordado más atribución que la que el Juez o el Tribunal les conceda" porque, como lo ha dicho la jurisprudencia del trabajo, la facultad que otorga el artículo 54 "se refiere exclusivamente al Juez y no a las partes, que deben ceñirse al auto de éste, sin pretender probar ad libitum hechos que tuvieron su momento procesal para ser demostrados". (G. del T. Tº IV, números 29-40, pág. 751). (Casación Laboral. Diciembre 4/58. Nos. 2203-2204-2205).....736, 2ª

— B —

— 32 —

BOSQUES (Concesión de)

El hecho de que el establecimiento y explotación de ciertos servicios públicos como los de transporte, luz, acueducto, etc., cuando no los asume directamente el Estado suele encomendarse a empresas particulares mediante la celebración de contratos por los cuales se otorga el derecho de beneficiarios en determinadas circunstancias, contratos que han sido llamados "concesiones" puesto que por ellos la persona de derecho público cede o concede a una de derecho privado uno de los privilegios que son inherentes a su índole, ha inducido con frecuencia a creer que la "concesión" es siempre un contrato administrativo, cuando lo adecuado es pensar que a veces se otorga por esta vía, sin que ello signifique que pierda su peculiaridad de acto administrativo discrecional y gracioso.

La concesión es un acto administrativo mediante el cual una entidad de derecho público confiere facultad a terceros para que exploten u organicen y exploten por su cuenta y bajo su responsabilidad, ciñéndose a las condiciones que determinen las leyes, decretos o reglamentos estatales, bienes que hacen parte del dominio público o servicios de utilidad general, acto que puede ser unilateral o bilateral según que se produzca o por la sola voluntad del otorgante o por contrato, pero que en todo caso es complejo y tiene el carácter de reglamentario y subjetivo según la clasificación de Jeze.

Este concepto de concesión está acorde con nuestras tradiciones administrativas hispánicas y colombiana porque, en las Ordenanzas de Minería de Nueva España y en la legislación sobre baldíos se habla de la concesión de aquellas y de estos como de un acto gracioso y unilateral del Estado, y en el Código de Minas, en suspenso, y en el de Petróleos vigente, se ordenan los contratos de concesión para la explotación de las minas y subsuelo.

Lo anterior quiere decir que hay concesiones que el Estado otorga por actos unilaterales, como una resolución, y otras por actos bilaterales, como un contrato, pero que en ambos casos son esencialmente iguales, porque en ninguno de ellos pierde la característica de que en cualquier momento el concedente pueda modificar las normas que rigen la explotación del bien o servicio público

concedidos, como está aceptado por el Derecho Administrativo contemporáneo, diferenciándose solo en que cuando se utiliza la vía contractual para otorgarla, hay una mayor estabilidad para el concesionario en lo que atañe a sus derechos, mientras no entren en pugna con el interés público.

Los Decretos números 1.454 de 1942 y 2.971 de 1946 que reglamentaron el beneficio forestal, siempre estimaron la licencia y concesión aludidos como actos unilaterales del Estado que la Sala ha calificado de complejos por ser reglamentarios y subjetivos, unilateralidad que no destruye el hecho de que haya de solicitarlas quien desee obtenerlas, y que se obtenían y obtienen sin necesidad de la celebración de un contrato. (Negocios Generales. Septiembre 2/58. Nº 2202)

305, 2ª y 306, 1ª y 2ª

— C —

— 33 —

CADUCIDAD (En los contratos administrativos)

No siendo la caducidad una pena, ni una medida urgente, salvo en los casos de muerte cuando no se ha previsto que el contrato pueda continuar con sus sucesores, o de incapacidad financiera del contratista presumible cuando se le declara en quiebra judicialmente, o se le abre concurso de acreedores (artículo 254 del C. C. A.), está en interés de la comunidad que se cumpla el contrato y la equidad y la conveniencia aconsejan que antes de que la Administración decrete la caducidad, se dé la oportunidad al contratista para que "rectifique, subsane la falta o faltas de que se le acusa o formule su defensa" tal como lo disponen el artículo 47 de la Ley 37 de 1931 (Ley de Petróleos), en sus dos últimos incisos, y el artículo 39 del Decreto 1.382 de 1940.

La Sala considera que la previa notificación al contratista de las causales que a juicio de la Administración existen para decretar la caducidad del contrato, es indispensable antes de tomar tan grave medida, y que le debe ser concedido al contratista un plazo razonable para que "rectifique, subsane la falta o faltas de que se le acusa o formule su defensa", ya que si esto ocurre, la continuación en la ejecución del contrato puede ser más conveniente para el correcto funcionamiento de los servicios públicos o la construcción de las obras de que se trata.

Los derechos preponderantes e incuestionables que tiene el Estado en los contratos administrativos según lo ha admitido la doctrina en todos los países, no pueden llegar hasta desconocer los del contratista y hacer tabla rasa de las normas y principios vigentes y del acuerdo de las partes consignado en cláusulas claras.

Verdad es que la igualdad de las partes, la autonomía de la voluntad y la consiguiente inmutabilidad de las cláusulas en los contratos han sufrido serios impactos por los avances de la jurisprudencia, especialmente a partir de la primera conflagración universal. Universal no solamente por su extensión en el espacio sino porque sus consecuencias llegaron a todas las esferas del saber humano y así modificó conceptos y reformó postulados de noble y milenaria estirpe; pero la buena fe, la obligación de indemnizar los perjuicios causados, permanecen intangibles, ya que sin ellas no serían posibles las relaciones humanas ni se podría concebir la pacífica convivencia de los asociados.

Las necesidades colectivas en los servicios públicos no sirven adecuadamente cuando se sale de las claras normas de la ley, para entrar abiertamente por los escabrosos senderos de la arbitrariedad. Porque no es solamente la indemnización que le corresponde pagar al Fisco Nacional por los errores, ineptitudes y actitudes desobligantes de sus funcionarios, sino por el creciente descrédito que sufre la Administración Pública, con las

fatales consecuencias, de que los particulares rehuyan contratar con el Estado o lo hagan en forma gravosa, ya que entre los cómputos del contratista están los posibles perjuicios, por los desmanes de los funcionarios, poco amigos del freno de la ley que la democracia impone y por la manera tardía y descuidada como se atienden y estudian las solicitudes y reclamaciones que formulan dichos contratistas. (Negocios Generales. Septiembre 8/58. Nº 2202)....315, 2ª, 317, 2ª y 318, 1ª

— 34 —

CAMBIO DE RADICACION (Por graves irregularidades)

La ley no subordina a reglas absolutas el cambio de radicación de un proceso criminal de un distrito judicial a otro. El artículo 58 del Código de Procedimiento Penal deja tal medida al prudente arbitrio del Gobierno y de la Corte, y solo exige para poder adoptarla el acuerdo de estas entidades, en cada caso concreto, sobre su conveniencia para la recta administración de justicia.

Si la influencia de que gozan los acusados ha determinado graves irregularidades, atribuídas a funcionarios públicos, en virtud de las cúales ha sufrido notório detrimento la marcha normal del proceso, se justifica plenamente la iniciativa que tome el Ministro de Justicia de radicarlo en un distrito judicial distinto del que le corresponde en razón del lugar en que se cometieron los hechos materia de la investigación. (Casación Penal. Octubre 24/58. Nos. 2203-2204-2205). 570, 1ª y 2ª

— 35 —

CAMBIO DE RADICACION (Solicitada por las autoridades)

Como el derecho de defensa del sindicado debe rodearse de las más amplias garantías, las especiales dificultades con que haya tropezado y pueda continuar tropezando su ejercicio, por sí solas serían suficientes para acceder a la solicitud que se haga sobre cambio de radicación del proceso.

La iniciativa del cambio originada en las autoridades u órganos de justicia, y no en los procesados, es, en tales casos, una laudable preocupación porque campee, en su plenitud, el mencionado derecho de defensa por encima de los prejuicios a que pudiera haber dado lugar el escándalo o la alarma social nacidos del delito o delitos. (Casación Penal. Octubre 23/58. Nos. 2203-2204-2205) 568, 1ª y 2ª

— 36 —

CAREOS (No es obligatorio pedirlos)

Los careos no son obligatorios como diligencias de oficio (artículo 376 del Código de Procedimiento Penal), pero no existe razón para negarlos, directa o indirectamente, cuando los solicitan las partes. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) 645, 1ª

— 37 —

CASACION CIVIL (Cuándo existen objeciones a la cuantía)

Cuando existe reclamo sobre la cuantía del juicio sujeto a esta condición, no procede el recurso de casación mientras no se haya establecido dicha cuantía. (Casación Civil. Septiembre 18/58. Nº 2202).....118, 2ª

— 38 —

CASACION (En caso de prosperar cargos de una de las partes)

Cuando el recurso es doble y la Corte encuentra fundado uno de los cargos formula-

dos, no es necesario estudiar los demás cargos ni la otra demanda. (Casación Civil. Septiembre 16/58. Nº 2202).....109, 1ª y 2ª

— 39 —

CASACION (La Corte no puede valorar de nuevo el material probatorio)

No está por demás repetir que el recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se trata de un recurso extraordinario establecido principalmente con el fin primordial de unificar la jurisprudencia y de enmendar los agravios que por el sentenciador de instancia se hayan inferido a la ley sustantiva. No se trata en casación de reabrir el debate, que quedó clausurado con la sentencia de segundo grado, se trata solo de examinar si esa sentencia adolece de alguna falla que atente contra la ley. En este recurso se enjuicia la sentencia del Tribunal y la acusación debe versar sobre puntos concretos. En tratándose de errores de hecho cometidos por el sentenciador y que indirectamente traen como consecuencia la violación de alguna norma sustantiva, es necesario, de toda necesidad, que el recurrente demuestre con toda evidencia que ese error aparece de modo evidente; y debe demostrar también, cuál es el motivo que determina ese error de hecho. Pero no se trata aquí de que se pueda renovar el debate sobre la estimación que haya hecho el actor en el juicio de las diversas pruebas presentadas. Si el sentenciador estudió el material probatorio que ha debido tener en cuenta y si de ese estudio no aparece manifiesto error de hecho, entonces no puede pretenderse que la Corte, en Casación, pueda entrar en la consideración, en general, de las pruebas, pues esto, se repite, se surtió en la instancia. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205)... 484, 2ª

— 40 —

CASACION (Poder para recurrir)

Si bien en todo juicio, por regla general, hay dos instancias, y la segunda se surte hasta que "se resuelve el recurso o la consulta", es lo cierto que el litigante que confiere una representación, si no la limita expresamente, se entiende que ella va hasta la terminación del negocio. La voluntad de las partes en todo juicio es la de que su apoderado agote en él todos los medios que la ley procesal les confiere en guarda de sus derechos.

De ahí por qué el artículo 263 del Código Judicial dispone que "El poder **otorgado para un juicio** (subraya la Sala) se entiende conferido para el de la ejecución de la sentencia que puede subseguir".

De suerte que si en los negocios amparados con el recurso de casación, el apoderado para el juicio tiene representación para pedir la ejecución de la sentencia, que es posterior al fallo de casación, con mayor razón la tiene para interponer, sustentar u oponerse a este recurso de carácter extraordinario.

Esta por lo demás ha sido doctrina de la Corte, que en auto de 14 de diciembre de 1955, dijo: "...la ley no requiere que se faculte expresamente al mandatario judicial para recurrir en casación, lo que sí se exigía en la ley de casación anterior al Código Judicial vigente".

Y repitió doctrina expuesta en providencia anterior, que reza: "La ley no exige en parte alguna que para ejercitar el recurso de casación el apoderado necesita facultad expresa. Por el contrario, la manera como está redactado el artículo 522 del Código Judicial antes citado confirma el concepto de que el apoderado judicial goza de las facultades necesarias para interponerlo y representar a su poderdante ante la Corte en etapa subsiguiente. (Casación Civil. Diciembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....533, 2ª y 534, 1ª

— 41 —

CASACION (Por errónea apreciación de indicios)

El convencimineto judicial formado en uso de los poderes que para valorar los medios de prueba es concedido al fallador de instancia no queda en órbita dentro de la casación como recurso extraordinario y estricto. No es posible supeditar lo resuelto por el sentenciador en lo íntimo de su conciencia, cuando el fallo recurrido ante la Corte viene con el amparo de la presunción según la cual el derecho fue aplicado acertadamente en la instancia.

Es lo que generalmente sucede con la prueba de indicios (casación, 12 de junio de 1958).

Si los indicios a que la demanda se refiere no formaron convicción en el ánimo del sentenciador, no aparece que su juicio obedeciera al desconocimiento objetivo de alguna prueba que demostrara exactamente lo contrario, con lo que está exento de error manifiesto de hecho. Y como en la prudencia del juzgador descansa el sistema legal para la valoración de la gravedad, precisión, concordancia y nexo del hecho índice con el indicado, no es posible tampoco deducir error de derecho cuando el sentenciador usa precisamente de las facultades que por ley se le confían en el ámbito probatorio.

No menos discrecional para el Juez de la instancia es el poder de apreciación de los testimonios calificados que exige la prueba de la oposición notoria del estado civil; si no le son fidedignos o por falta de carácter irrefragable no le llevan a la certeza, ningún análisis ulterior ante la Corte es susceptible de conducir en casación a la quiebra del fallo recurrido, aun en el supuesto de que el nuevo empleo de principios ponderativos de la prueba dejara margen a vacilaciones. Es obvio que en base tan deleznable como la duda no podría encontrar apoyo la destrucción de una sentencia que, como viene expuesto, en el recurso extraordinario se presume ajustada a derecho. (Casación Civil. Diciembre 4/58. Nos. 2203-2204-2205) ..... 518, 1ª y 2ª

— 42 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

La errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí misma causal de casación, sino medio por el cual, puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. (Casación Civil. Noviembre 22/58. Números 2203-2204-2205) 478, 1ª

— 43 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

Las normas sobre pruebas otorgan al sentenciador facultades de apreciación para enjuiciar y valorar los medios aportados al proceso por las partes según las reglas de la sana crítica, sin que el juicio al respecto pueda modificarse en el recurso extraordinario de casación, a no ser que se demuestre error de hecho o error de derecho que justifiquen la infirmación de la sentencia recurrida.

De ahí que la Corte considere que no puede alegarse con éxito, como motivo para casar una sentencia, la circunstancia de no haberle reconocido el Tribunal a la prueba testimonial la eficacia probatoria señalada en el artículo 679 del Código Judicial, cuando después de haber hecho con sentido crítico el examen de la referida prueba ha llegado a la conclusión de no reunir aquella las calidades necesarias para formar la convicción del sentenciador. (Casación Civil. Noviembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205) ....478, 2ª y 479, 1ª

— 44 —

CASACION (Por errónea apreciación de pruebas)

No es de recibo en casación la reapertura del debate de pruebas ni aun con el propósito de descubrir errores que, por lo mismo, no son manifiestos. Ni tampoco para revaluar los medios a la luz de principios ponderativos que las partes consideren superiores a los que el Tribunal encontrara adecuados. Con razón más poderosa todavía si se trata de inferencias sobre hechos que por su naturaleza no admiten prueba directa y por ello mismo se refugian en la conciencia del sentenciador. Su convicción prevalece ante la Corte. (Casación Civil. Noviembre 27/58. Nos. 2203-2204-2205).....504, 1ª y 2ª

— 45 —

CASACION (Por no haberse practicado una inspección ocular decretada)

Si por causas ajenas a la voluntad de los Jueces de instancia, no pudo llevarse a cabo la inspección ocular solicitada por una de las partes durante la primera instancia del juicio, esta circunstancia no da margen para infirmar el fallo, ni está erigido tal hecho en causal de casación, las cuales taxativamente determina el artículo 520 del Código Judicial. (Casación Civil. Diciembre 2/58. Nos. 2203-2204-2205) 508, 1ª

— 46 —

CASACION (Técnica de)

Cuando el recurrente habla de violación de las normas sustantivas, de su errónea interpretación y de su no aplicación, que son nociones jurídicas distintas, debe expresar claramente los conceptos de tales infracciones. Todas estas fallas no solo son contrarias a la técnica de este recurso, sino que dificultan por la falta de método y de claridad el estudio de la demanda. (Casación Civil. Septiembre 17/58. Nº 2202).....112, 1ª

— 47 —

CASACION (Técnica de)

El recurrente está obligado no solo a enunciar el cargo sino a decir, con claridad, cuál es el concepto de la violación de la ley: si es directa o indirecta, y si ella proviene por falta de aplicación o por indebida aplicación. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Números 2203-2204-2205) 498, 1ª

— 48 —

CASACION PENAL (Demanda de)

Como la ley no consagra ni autoriza una tercera instancia en ningún juicio penal, resulta inaceptable que se acuda a la Corte para remediar situaciones que solo pudieron tener oportuna solución en el desarrollo normal del proceso.

La casación es un recurso extraordinario contra la sentencia de segunda instancia, y requiere, por lo mismo, una demanda ajustada a las reglas establecidas para acusarla. Cada cargo que en ella se le haga debe estar fundado en la causal que corresponda, y la petición tiene que ser armónica con su fundamento y finalidad. Si la impugnación no se encuentra prevista en ninguno de los casos que la norma enumera; o figura en otra no invocada; o se concreta a criticar la prueba, olvidando que, el Jurado decide en conciencia, entonces no podrá decirse que hay demanda sino, cuando más, un alegato que ha perdido la oportunidad de ser considerado. (Casación Penal. Diciembre 10/58. Números 2203-2204-2205)...610, 2ª y 611, 1ª

— 49 —

CASACION (Demanda de)

La demanda destinada a criticar una sentencia no adquiere más capacidad ni llena mejor su objetivo porque se acumulen reparos de variada índole para impugnarla, o que el cargo fundamental se extienda a causales que ofrecen motivos distintos del que en realidad existe y resulta jurídicamente adecuado. Ello va contra el método y la técnica aconsejables en la sustanciación del recurso extraordinario de casación. (Casación Penal. Noviembre 22/58. Nos. 2203-2204-2205) ... 592, 1ª

— 50 —

CASACION (Demanda de)

Una demanda de casación ha de presentar siquiera un mínimo de alegaciones y demostraciones, pues, no tratándose de un recurso ordinario ni siendo aquella un alegato de instancia, no corresponde a la Corte buscar, de oficio, los recónditos motivos que el demandante haya podido tener en cuenta como aptos para fundamentar la invalidación del fallo recurrido. Por más que se rechace el excesivo formalismo, en lo cual ha sido bien amplia la Sala, la naturaleza de dicho recurso impone aquel necesario y útil mínimo de técnica. (Casación Penal. Noviembre 7/58. Nos. 2203-2204-2205) .....,581, 2ª

— 51 —

CASACION (Deserción del recurso)

Son normas de procedimiento penal que "en el recurso del juicio ninguna providencia se cumplirá mientras no esté ejecutoriada" y que "toda providencia en el proceso penal queda ejecutoriada cuando no se ha interpuesto contra ella recurso alguno dentro del término legal, y no debe ser consultada". (Artículos 195 y 196 del Código de Procedimiento Penal).

Los recursos que pueden interponerse contra las providencias judiciales son los ordinarios de reposición, apelación y de hecho y los extraordinarios de casación y revisión. Existe, además, un grado de jurisdicción llamado de consulta que impide ejecutar sentencias no recurrridas cuando por expresa disposición legal deban someterse al estudio del respectivo superior.

Si las providencias que se dictan en el proceso penal solamente quedan ejecutoriadas cuando no se ha interpuesto contra ellas recurso alguno en la oportunidad legal y no deban consultarse, resulta a todas luces inadmisible la tesis que propugna el Ministerio Público, conforme a la cual si el recurso de casación, ya concedido y admitido, debe declararse desierto por no haberse presentado demanda, es el caso de considerar ejecutoriado el fallo de segunda instancia "desde la notificación" por el Tribunal. Si la afirmación fuera exacta resultaría que la actuación de la Corte, desde el auto de fijación en lista, estaría siempre afectada de nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Si se interpone recurso extraordinario de casación contra una de las sentencias de que tratan los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, dentro del término señalado en la disposición primeramente citada, no puede considerarse ejecutoriada sino cuando se niega el recurso, o cuando concedido se abandona por desistimiento, o se declara inadmisible o desierto, o cuando se resuelve que no es el caso de invalidar el fallo acusado. Mientras no se produzca alguna de tales situaciones, no se pueden tomar las medidas que para la ejecución de las sentencias señala el Libro Cuarto del Código de Procedimiento Penal.

En materia penal el único recurso que puede interponerse "contra las sentencias

ejecutoriadas" (artículo 571 del Código de Procedimiento Penal) es el extraordinario de revisión. En este caso sí, a diferencia del anterior, la interposición del recurso no es obstáculo para que se ponga en ejecución el fallo, cuya firmeza no depende de la suerte que corra esa acción reparadora de un posible error judicial. En la revisión se ataca la autoridad de la cosa juzgada. En la casación se debate la legalidad de una sentencia cuya firmeza depende de la suerte que corra el recurso. No puede decirse, pues, como lo hace la Procuraduría, que si el recurso queda desierto, la sentencia adquiera, con retroactividad, una firmeza que no tenía. (Casación Penal. Noviembre 10/58. Nos. 2203-2204-2205) .....588, 1ª y 2ª

— 52 —

CASACION (En materia penal militar)

Si el recurso se interpuso estando ya en vigor el referido decreto 0250, la Sala no podría estudiar otras causales de casación que las invocadas por el demandante, y aun respecto de estas no le sería dado examinar sino los motivos y cargos presentados por el recurrente. Pero si el Tribunal Militar concedió el recurso cuando la norma reguladora de la casación militar era el decreto 2.900 de 1953 (noviembre 3), es a este al que tiene que atenerse la Sala para resolver si se casa o no se casa la sentencia recurrida.

Según el artículo 152 ibidem, si la Corte encuentra viable una causal no alegada, o si una cualquiera de las que se han invocado fuere viable por una razón no aducida en la demanda, podrá invalidar el fallo del inferior y sustituírlo por uno que se ciña a las respectivas disposiciones legales. (Casación Penal. Septiembre 15/58. Nº 2202).....
202, 1ª y 2ª

— 53 —

CASACION (Unificación jurisprudencial)

Con un solo fallo no se "unifica" la jurisprudencia nacional, que es el objeto del recurso de casación (artículo 519 del Código Judicial), pues para que pueda hablarse de doctrina probable se requieren tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho (artículo 4º, Ley 169 de 1896). (Casación Penal. Noviembre 22/58. Nos. 2203-2204-2205).....592, 1ª

— 54 —

CASACION LABORAL (Debe referirse el cargo a normas del derecho laboral)

El artículo 86 del Código de Procedimiento del Trabajo al definir el objeto de este recurso, declara que la casación en esta rama se establece con el fin principal de unificar la jurisprudencia nacional del trabajo. Se sienta en esta norma, entre otros, el importante principio de que la misión unificadora y defensiva del recurso solo se entiende en relación con los preceptos que tengan verdadera categoría de leyes nacionales del trabajo, pues claro que, la finalidad es específica o característicamente limitada a las leyes laborales; de donde se sigue que esta Sala de Casación Laboral no tiene ingerencia en violaciones de carácter civil o de cualquiera otra rama del derecho, a no ser que la cuestión de esta última naturaleza tenga tan íntima conexión con la primera que prácticamente se confundan o identifiquen en sus consecuencias. (Casación Laboral. Abril 11/58. Nos. 2203-2204-2205)..698, 2ª

— 55 —

CASACION (Por errores in procedendo)

Sostienen la jurisprudencia y la doctrina

del trabajo que en la casación laboral (a diferencia de la civil) no pueden examinarse "errores in procedendo" cuando estos, como es el caso de la presente acusación, se formulan de manera aislada, sin indicar expresamente de qué modo inciden aquellos errores respecto de la violación de normas sustantivas de derecho laboral. Quiere ello decir que las irregularidades procesales —concretadas en transgresiones de disposiciones de procedimiento— no se consideran per se como causales de violación, sino como infracciones-medio determinantes de la violación final de la ley sustantiva, con la condición necesaria de que, en la secuencia de violaciones de medio a fin, el recurrente señale tanto las normas instrumentales como las normas sustantivas que considere violadas. (Casación Laboral. - Diciembre 4/58. Nos. 2203-2204-2205).....736, 1ª

— 56 —

CASACION (Técnica de)

No es admisible en casación citar el precepto de una ley como infringido y sus "concordantes" sino que es indispensable concretar el texto de cada norma que se considere violada, para que el cargo sea estimable. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Números 2203-2204-2205).....771, 1ª

— 57 —

CAUSAL 1ª DE CASACION CIVIL

Doctrina constante de la Corte y de los tratadistas ha sido que en el cargo de violación directa de la ley sustantiva, en cualquiera de los tres supuestos en que ella puede ocurrir, según los términos del artículo 520, ordinal 1º del C. J., a la Corte solamente le compete considerar una cuestión puramente legal, pues los hechos se tienen como los halló demostrados el Tribunal. Se trata únicamente de decidir si ante esos hechos, hubo la violación directa de las normas sustantivas citadas por el recurrente. No hay nada que toque con la apreciación de las pruebas por parte del Tribunal. Casación Civil. Septiembre 25/58. Nº 2202).....166, 1ª

— 58 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Manera de proponerla)

Cuando el recurrente formula el cargo por error de hecho o manera equivocada de apreciar la prueba sobre la mala fe, y luego al concretarlo dice que la sentencia violó directamente los artículos 768, 769 y 1.515 del Código Civil, la tacha es contradictoria, porque, o hubo un error de hecho en la apreciación de la prueba y una violación indirecta de la ley sustantiva por consecuencia de aquel, o una violación directa, pero no las dos al mismo tiempo.

Si el Tribunal le dio el valor de plena prueba sobre la mala fe a una que es incompleta, tal estimación constituye error de derecho y no de hecho, como equivocadamente pueda sostenerse.

La violación directa de la ley, no toca con la mala apreciación de los medios de juicio por el fallador de instancia, sino que parte de la valoración que les dio. Siendo plena la prueba de la mala fe, no puede haber violación directa de los artículos 768, que excluye la buena fe en el poseedor que no tiene la persuasión de haber recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla, ni del 769, que exige la plena prueba de la mala para desvirtuar la presunción contraria por él establecida. (Casación Civil. Noviembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205).....474, 2ª y 475, 1ª

— 59 —

CAUSAL 1ª DE CASACION (Por haberse fallado el juicio sin decidirse las objeciones a la cuantía)

El hecho de no haber decidido el incidente sobre tasación de la cuantía antes de dictar el fallo de fondo puede ser una irregularidad, una informalidad, pero en forma alguna constituye un caso de violación directa de ley sustantiva, ni aun indirecta, tanto porque el artículo 393 del Código Judicial no es una disposición sustantiva, como porque la fijación de la cuantía no incide en el resultado final del juicio en que discute derechos, salvo que se tratara de fijar competencia que no es el caso por cuanto ésta fue señalada en la demanda principal. (Casación Civil. Junio 25/58. Nº 2202).....117, 1ª

— 60 —

CAUSAL 2ª DE CASACION CIVIL (En qué consiste)

La causal segunda del artículo 520 del Código Judicial procede en casación cuando en la sentencia recurrida se hubiese fallado sobre asuntos ajenos a la controversia (ultrapetita); o cuando ha dejado de resolverse sobre cuestiones que han sido objeto del litigio (mínima-petita); o cuando el sentenciador hubiese dejado de decidir sobre excepciones oportunamente alegadas como medio de defensa. (Casación Civil. Diciembre 2/58. Nos. 2203-2204-2205).....507, 1ª

— 61 —

CAUSAL 6ª DE CASACION CIVIL

La causal sexta de casación se refiere concretamente a que la sentencia haya incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448 del Código Judicial. Y este texto legal se refiere únicamente a las siguientes nulidades: la incompetencia de jurisdicción, la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes, o en quien figure como su apoderado o representante, y la falta de citación o emplazamiento en la forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio. (Casación Civil. Septiembre 3/58. Nº 2202).....32, 1ª

— 62 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Errores caligráficos o de máquina)

Como es sabido, el Código Judicial vigente al reglamentar en el Capítulo VI el recurso de casación, adicionó la Ley 169 de 1896, en el sentido de establecer como motivo de casación el mencionado en el numeral sexto del artículo 520.

Fue propósito del legislador al establecer como nuevo motivo de casación el previsto en el precitado numeral 6º del artículo 520, evitar se dictase fallo definitivo, o que este llegase a adquirir la fuerza de cosa juzgada, cuando el procedimiento del juicio se hallaba viciado por graves defectos u omisiones.

Pero como reiteradamente lo ha dicho esta Corte, la causal sexta solo incide en casación cuando existe incompetencia de jurisdicción, o cuando las personas que han debido ser emplazadas en el juicio, no lo fueron en debida forma, o cuando existe la ilegitimidad de personería, pero en ningún caso tal causal da margen para casar un fallo cuando se ha incurrido en un simple error de máquina o caligráfico en la fecha de la sentencia recurrida.

Un simple error caligráfico o de máquina en la fecha de la sentencia, como lo ha dicho la Corte repetidas veces, no puede en ningún caso invocarse como motivo de casación. Entre otras sentencias, puede citarse, la dictada por la Sala de Casación con fecha 8 de noviembre de 1923, en la cual dijo la Corte, refiriéndose al error de pluma cometido en

la fecha de una diligencia de remate, que tal circunstancia no podía aducirse con fundamento para pedir la nulidad ni del juicio ejecutivo ni del remate. Así como tampoco, el error simplemente caligráfico cometido por el sentenciador en la cita de un artículo legal, puede invocarse como violación de la ley sustantiva, según lo declaró esta misma entidad, en fallo de casación de 15 de diciembre de 1923, G. J. tomo XXX, página 253. (Casación Civil. Octubre 22/58. Números 2203-2204-2205).....448, 2ª y 449, 1ª

— 63 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Falta de citación o emplazamiento)

Habiendo sido notificado debidamente el demandado del auto que ordena darle traslado de la demanda y de la denuncia del pleito, no se puede hablar de falta de citación o emplazamiento, que propiamente toca con aquellos demandados a quienes no se ha podido notificar del auto admisorio de la demanda por ser desconocida su residencia, por ser personas inciertas o por ocultarse (artículo 317 del Código Judicial). El artículo 199 ibidem dice que traslado es el conocimiento que se da a las partes demandadas... para que expongan lo que tengan a bien. El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo el proceso a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlo o para estudiarlo, según el caso. El artículo 312 ibidem manda hacer personalmente al demandado la notificación del auto que le confiere el traslado de la demanda. El 739 ibidem, en relación con el juicio ordinario de mayor cuantía, dice que, admitida la demanda, se ordena dar traslado de ella a la persona o personas contra quienes se dirige, por el término de diez días a cada una y en la forma indicada en los artírulos 312 a 318, para que dentro de él, la contesten. En caso de denuncia del pleito, si el Juez la halla fundada "la manda notificar al demandado, señalándole un término de cinco días, si reside en el mismo lugar, para que se presente a estar a derecho en el juicio".

La nulidad por falta de citación y emplazamiento, como causal de casación, no puede ser invocada sino por la parte no citada y emplazada, que lo sería la demandada, según lo ha sostenido la Corte en constante doctrina.

Dada la índole de este recurso, si la nulidad procesal no fue alegada en instancias, no cabe en casación, por ser medio nuevo, y a su vez no ser la casación una tercera instancia. (Casación Civil. - Diciembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....535, 1ª y 2ª

— 64 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Ilegitimidad de la personería adjetiva)

Como lo dice el artículo 520 del Código Judicial en su ordinal 6º, las nulidades que pueden invocarse como causal de casación son aquellas de que trata el artículo 448 del mismo estatuto. Y de estas, la de ilegitimidad de la personería de cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado, mira solamente a la personería adjetiva o a la facultad de representar en el juicio a las partes y no a la mal llamada personería sustantiva, que toca con el fondo mismo de la cuestión sometida al juzgador, como que constituye el presupuesto de la acción, conocido con la denominación de la legitimación para obrar. (Casación Civil. Diciembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....534, 2ª y 535, 1ª

— 65 —

CAUSAL 6ª DE CASACION (Por haberse fallado el juicio sin decidirse las objeciones a la cuantía)

La nulidad por haberse dictado fallo de

segunda instancia sin haberse decidido las objeciones a la cuantía de la demanda, no encaja en la causal contemplada por el numeral 6º del artículo 520 del Código Judicial, como es obvio, y en diferentes oportunidades lo ha resuelto esta Corporación. (Casación Civil. Junio 25/58. Nº 2202)...117, 1ª

— 66 —

CAUSAL 7ª DE CASACION CIVIL (Cuándo ocurre)

El caso previsto en la causal séptima, de las que dan motivo al recurso de casación es de muy escasa ocurrencia, porque esa causal en el fondo se refiere a casos que constituyen verdadera denegación de justicia. Se necesita, para que la causal prospere, que el Tribunal se haya abstenido de conocer de un asunto de su competencia y lo haya declarado así en el fallo. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205)....497, 2ª

— 67 —

CAUSAL 1ª DE CASACION PENAL (Circunstancias determinantes de la pena)

Cuando el hecho imputado es, evidentemente, constitutivo de asesinato, bajo una de sus formas más graves, el Tribunal sentenciador está obligado a aplicar la pena prevista para el caso en el artículo 363 del Código Penal. Si así lo hace, no interpreta erróneamente o aplica de modo indebido la ley penal. Otra cosa es que, al cumplirse el proceso de la individualización de la pena, no tenga en cuenta los claros derroteros que, para hacerla, dan los artículos 36 y 39 del Código Penal. De ser así, estos habrían sido los erróneamente interpretados o indebidamente aplicados, y solo por su referencia al artículo 363, este habría sido indirectamente violado. Pero si el recurrente ni siquiera citó los mencionados artículos 36 y 39, tal omisión hace incompleta o deficiente su alegación respecto a la causal 1ª. (Casación Penal. Octubre 21/58. Nos. 2203-2204-2205).. 565, 1ª

— 68 —

CAUSAL 2ª DE CASACION PENAL (Circunstancias determinantes de la pena)

Si los reparos a la sentencia giran alrededor de hechos o circunstancias que habrían sido indebidamente apreciados u omitidos, a pesar de ser factores influyentes "en la determinación de la sanción", el recurrente debe alegar la causal 2ª y no la 1ª. En otros términos, de acuerdo con la técnica de casación y dentro del estrecho marco de la causal 1ª, la Corte no puede saber, sin previa demostración hecha con base en la referida causal 2ª, si la buena conducta anterior del procesado, su limpio pasado judicial, el precario medio social en que le ha tocado actuar, la falta de ilustración y la situación de violencia existente en el medio en que se ejecutó el hecho, tenían tal arraigo probatorio en los autos, que fuera preciso deducirlos o aceptarlos, como fundamentos ciertos e intocables de una determinada individualización de la condena, ceñida al mínimo contemplado en el artículo 363 del C. Penal. (Casación Penal. Octubre 21/58. Nos. 2203-2204-2205) 565, 1ª

— 69 —

CAUSAL 3ª DE CASACION PENAL (Desacuerdo del fallo con el veredicto)

Si el Jurado afirmó para uno de los procesados, respecto del delito de homicidio, la responsabilidad de un cómplice no necesario y en cambio en el fallo acusado se sostuvo complicidad necesaria y en esa suerte el inculpado fue condenado con aplicación del artículo 19 del Código Penal y no del 20 que es el que a su caso se acomoda de acuerdo con los términos de la respuesta del Tribunal popular, el recurrente en casación debe invo-

car no la primera sino la causal 3ª. Si así no lo hace cierra a la Sala la posibilidad de examinar esa causal, ya que el artículo 568 del Código de Procedimiento Penal dispone que no se podrán tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes. (Casación Penal. Septiembre 23/58. Número 2202) 215, 2ª

— 70 —

CAUSAL 3ª DE CASACION (En juicios con intervención del Jurado)

La Sala no encuentra motivos para modificar su reiterada jurisprudencia de que, en tratándose de juicios en que ha intervenido el Jurado, es improcedente la alegación de la causal 3ª, en cuanto referida a la falta de consonancia del fallo con los cargos deducidos en el auto calificador. (Casación Penal. Noviembre 7/58. Nos. 2203-2204-2205) .... 580, 2ª y 581, 1ª

— 71 —

CAUSAL 4ª DE CASACION PENAL (Cuando el veredicto es incompleto)

Si se estima trunco el veredicto del Jurado, lo oportuno no es invocar la causal 1ª, sino la 4ª para que se declare la consiguiente nulidad del juicio por violación de sus formas propias, garantizadas en el artículo 26 de la Constitución. Pero si en la demanda no se invocó esa causal sino que se adujo con exclusividad la primera, deja por este aspecto a la Sala en imposibilidad legal para examinar esa eventual nulidad de carácter supralegal. (Casación Penal. Septiembre 23/58. Nº 2202) 215, 2ª

— 72 —

CAUSAL 4ª DE CASACION (Estudio de pruebas)

No comparte la Sala la posición rigorista del Ministerio Público, cuando sugiere que es improcedente, dentro del estudio de los fundamentos de la causal 4ª de casación, el análisis o el comentario de la procedencia de pruebas estimadas inconducentes por los instructores o juzgadores. Raras veces podría debatirse con acierto y eficacia el fundamento o la sin razón de los cargos sobre que se asiente la nulidad alegada con base en la referida causal, si la Corte careciera de esta necesaria facultad; y toda nulidad está ligada, directa o indirectamente, a cuestiones de hecho, que, en un sentido o en otro, son también probatorias. Lo que ocurre es que la referencia a las pruebas tiene una finalidad distinta e impone diversos criterios de apreciación de las mismas, según se trate de la causal 2ª o de la 4ª. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) 645, 2ª

— 73 —

CAUSAL 4ª DE CASACION (Manera de proponerla)

Cuando con base en la causal 4ª, objeta el demandante que el ofendido no fue muerto en establecimiento comercial de propiedad del reo, como lo dice la cuestión formulada a los Jueces de hecho, ni pudo el mismo reo actuar con insidia y alevosía, sin haber ejecutado materialmente el crimen; y que es una grave irregularidad capaz de invalidar, por sí sola, la actuación procesal, el hecho de no haberse identificado debidamente la partida de defunción del occiso; todo esto, fuera de defectos tales como la falta de fecha, de la indicación del lugar y de la firma del Juez en las cuestiones que se presenta-

ron al Jurado, pero no se hace una alegación completa sobre los defectos anteriores, sino que, prácticamente se limita a anotarlos, sin referencia concreta y precisa a las normas constitucionales o procesales conforme a las cuales tales defectos serían constitutivos de nulidad, no puede estimarse bien fundamentada la causal 4ª de casación. (Casación Penal. Octubre 21/58. Nos. 2203-2204-2205) .. 565, 2ª

— 74 —

CERTIFICADOS (De Direcciones Municipales de Higiene)

Los certificados originarios de una Dirección Municipal de Higiene, tienen el carácter de documentos auténticos, por provenir de funcionarios en ejercicio de cargos por autoridad pública y dotados por ende de facultades legales para certificar sobre hechos relacionados con el cumplimiento de sus funciones. (Casación Civil. Septiembre 2/58. Nº 2202) .....:20, 2ª y 21, 1ª y 2ª

— 75 —

CESACION DE PROCEDIMIENTO (Concepto del Ministerio Público)

Entre el artículo 112 del Código Penal y el 153 del Código de Procedimiento Penal no existe incompatibilidad: el primero se limita a ordenarle al Juez el cumplimiento de un deber; el segundo le indica el procedimiento que debe seguir. Proceder de oficio quiere decir "por propia obligación, en virtud del deber que le impone su ministerio y sin instancia ajena" y no omisión de trámites esenciales. Por consiguiente el Juez puede determinarse a ordenar la cesación del procedimiento por propia iniciativa, sin que nadie se lo solicite, pero antes de resolver en el fondo debe oír, para mejor ilustrar su criterio, la voz del Ministerio Público, por ser éste el representante de la sociedad y el titular por excelencia de la acción penal, como lo hace de ordinario cuando le corresponde decidir, aunque sea oficiosamente, los puntos más importantes del proceso, como calificar el mérito del sumario, conceder la libertad a los sindicados, dictar sentencia de primera instancia en los juicios sin intervención del jurado y de segunda en todos los casos, etc. Lo propio acontece cuando por muerte del procesado, prescripción, desistimiento, matrimonio posterior, etc., debe declararse que se ha extinguido la acción penal o que no hay lugar a ella.

En todos los casos en que la acción penal no puede iniciarse o proseguirse, por impedirlo una norma especial y sustantiva, el Juez está obligado a declarar la cesación del procedimiento, precisamente porque éste no puede seguir en virtud de haberse extinguido o por no haber existido jamás la acción penal. Si en tales circunstancias el concepto del Ministerio Público fuere desfavorable, el Juez está obligado a dar preferente aplicación a las normas sustantivas y especiales contenidas en el Código Penal y puede, por consiguiente, separarse del concepto del Ministerio Público, ya que en caso de incompatibilidad prevalecen las normas del Código Penal sobre las de procedimiento penal.

Pero, aparte de las anteriores, el artículo 153 prevé otras causas distintas para decretar la cesación del procedimiento, a saber: cuando "aparezca plenamente comprobado que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal". En estos casos no se puede aplicar el mismo criterio porque no hay ni puede haber ningún precepto sustantivo que consagre en tales eventos la extinción de la acción penal, o que no hay lugar a ella, pues el objeto de su ejercicio es precisamente establecer si el hecho imputado ha existido o no, si lo cometió o no el reo, y si la ley lo considera o no como infracción. Y como este es el objeto del proceso en su totalidad, una declaración sobre

tales extremos solo puede hacerse normalmente en el auto de sobreseimiento definitivo o en la sentencia, que son los que, también normalmente, ponen fin al proceso y extinguen la acción penal.

Síguese de lo que se acaba de decir que lo establecido en esta parte del artículo 153 es una manera excepcional de ponerle fin al proceso y a la acción penal cuando, no obstante hallarse aquel en curso y estar ésta vigente, se ha acreditado cabalmente la inutilidad de proseguirlo. Y como la única norma que autoriza ese procedimiento sui generis es dicho artículo 153, no hay otra alternativa que aplicarlo en su integridad, para lo que entonces sí resulta obligatorio el "previo dictamen favorable del Ministerio Público".

No puede argüirse contra lo anterior que de esa guisa la facultad de decisión de los Jueces, reconocida por la Ley Suprema, resulta interferida y limitada por una de las partes: el representante de la sociedad. Porque él no hace otra cosa que oponerse, como titular de la acción penal, a que ésta finalice prematuramente, antes de agotarse la totalidad de los trámites fijados para ello en el Código de Procedimietno Penal, en cumplimiento de la función de "perseguir los delitos" que le fija el artículo 143 de la Constitución Nacional. También el demandante puede impedir con su negativa que el juicio civil termine antes de la sentencia, aunque el Juez considere que existe plena prueba de que es imprescindible absolver al demandado, sin poder afirmarse que así se cercenan los poderes del fallador, de los cuales usará plenamente, como en el proceso penal, en la oportunidad que le señala la ley.

Se ha puesto el ejemplo anterior, porque la providencia que ordena cesar el proceso penal por alguno de los motivos últimamente indicados equivale a la del Juez Civil que acepta el desistimiento del demandante y le pone fin al juicio. La parte actora, en efecto, está integrada en el proceso criminal, al instante de proferir tal providencia, por el Ministerio Público y el Juez, pues a "ellos la acción penal corresponde exclusivamente", al decir del artículo 95 del Código de Procedimiento Penal. De esta suerte, si ambos desisten de la acción, por estimar "que el hecho imputado no ha existido, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal", debe cesar el procedimiento contra el reo. Pero si uno cualquiera de ellos se opone, expresa o implícitamente a dicha solución, aquel debe continuar, como acontece en el juicio civil cuando solo desiste una de las personas que forman la parte demandante. Por eso es necesario para aplicar el referido artículo 153, en el aspecto que se examina, el "previo dictamen favorable del Ministerio Público", que se identifica con su manifestación de desistencia.

De lo dicho es preciso llegar, en síntesis, a las siguientes conclusiones: 1ª Para dictar la providencia a que se refiere el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal, cualquiera que sea el motivo invocado, debe oírse previamente al Ministerio Público; 2ª Cuando su fundamento radica en que la acción penal no podía adelantarse o proseguirse, por disponer alguna norma de derecho penal sustantivo que no hay lugar a ella o que se ha extinguido, no es menester para proferirla que el concepto del representante de la sociedad sea favorable, y 3ª Cuando se funda en que el hecho imputado no ha existido, o que no lo ha cometido el reo, o que la ley no lo considera como infracción penal, el Juez no podrá dictarla sin que su colaborador fiscal haya dado previo concepto favorable. (Casación Penal. Noviembre 10/58. Nos. 2203-2204-205) .....585, 2ª, 586, 2ª y 587, 1ª y 2ª

— 76 —

CESACION DE PROCEDIMIENTO (Puede decretarla la Corte cuando conoce del recurso de casación)

La sentencia sobre prescripción de la acción penal y la consiguiente cesación del procedimiento puede y debe dictarse —dice el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal— "en cualquier estado del proceso". Lo cual quiere decir que en el momento mismo en que se compruebe plenamente la inexistencia del hecho imputado, o que el procesado no lo ha cometido, o que la ley no lo considera como infracción penal, "o que la acción penal no podía iniciarse o proseguirse", el Juez debe dictar sentencia en que así lo declare. "El Juez" de que habla la ley no es solamente el que conoce del proceso en primera instancia. Lo es también el que conoce en segunda y del mismo carácter participa la Corte de Casación. Por consiguiente, la sentencia sobre cesación del procedimiento pueden dictarla el Juez **a-quo**, o el Juez **ad-quem**, o la Corte como Tribunal de casación.

Es cierto que la sentencia de que se viene hablando "debe ser consultada", pero ello no quiere decir que cuando no pueda serlo no deba dictarse. A nadie se le ocurriría sostener que la Corte no pueda dictar sentencia sobre cesación del procedimiento en los negocios de que conoce en única instancia por no tener superior jerárquico con quien consultar esa decisión. Cuando la ley dice que la sentencia "debe ser consultada", presupone que quien la dicta tiene superior ante el cual pueda surtirse ese grado de jurisdicción. Si no lo tiene, ello no quiere decir que deba abstenerse de dictar la sentencia. Solamente así se cumplen las finalidades de la disposición consignada en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal sobre la inmediata cesación del procedimiento "en cualquier estado del proceso" en que las causas para decretarla se presenten. (Casación Penal. Noviembre 10/58. Nos. 2203-2204-2205) 587, 2ª y 588, 1ª

— 77 —

CESANTIA (Cálculo por fracción de año)

Dispone el artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo que, como su auxilio de cesantía, el patrono está obligado a pagar a sus trabajadores, al terminar el contrato de trabajo, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

Entre los diversos sistemas usados para efectuar la liquidación figuran dos que, por conducir a igual resultado numérico, son indiferentes, a saber: 1) al sumar los días de los meses trabajados por su número de jornadas o "designación calendario" (enero 31 días, febrero 28, marzo 30, etc.), dividir por 365 días, o (2) al tomar los meses trabajados de 30 días y dividir por 360, se llega con precisión a un idéntico resultado numérico. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Número 2202) .....262, 1ª y 2ª

— 78 —

CESANTIA (No es concurrente con la jubilación restringida)

La ley dispone que cesantía y jubilación se excluyen. Sin embargo, cuando la jubilación ocurriere después de un tiempo de servicios mayor de veinte (20) años, el trabajador recibirá, a más de la jubilación, la cesantía correspondiente al mayor tiempo servido (artículo 266).

La Sala estima que la disposición del literal anterior **in fine**, no se hace extensiva a la jubilación reducida de que trata el artículo 267, o sea cuando la pensión jubilatoria se genera por el despido sin justa causa después de 15 años de servicios. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) ..269, 2ª

— 79 —

CLAUSULA DE RESERVA (Indemnización moratoria)

La tesis sustentada por el apoderado del actor sugiere que el artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo (reformado por el artículo 1º del Decreto 616 de 1954) exige que el preaviso o desahucio, efectivo o compensado en dinero, solo procede "previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar"; y que cuando solo hubo una oferta de pago por estos conceptos, mas no una cancelación efectiva de los mismos, no es procedente aquel desahucio, o mejor, es inválida y sin ningún efecto la aplicación de la "cláusula de reserva" y debe estarse a lo preceptuado por el artículo 64 ibidem sobre la ruptura unilateral e ilegal del contrato.

La anterior argumentación va dirigida a demostrar que no habiendo operado la cláusula de reserva para la terminación legal del contrato, por la ausencia de previa cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones, es de rigor aplicar el artículo 64 sobre lucro cesante. Ello conduciría a establecer una colisión radical entre dos instituciones del Código del Trabajo, a saber: la cláusula de reserva del artículo 48 reformado como antes se dijo, y la consignación establecida por el artículo 65, inciso 2º en caso de desacuerdo. El mismo recurrente parece resolver la aparente oposición con desmedro de la segunda, considerándola como absolutamente inoperante cuando quiera que obra la primera, pues su tesis significaría que en el evento de ser aplicada la "cláusula de reserva", debería preceder una cancelación material, efectiva, real, de todas las prestaciones e indemnizaciones, etc., y que por ello no cabe aplicar —en tal evento— las hipótesis del ordinal 2º del artículo 65. Concluye tácitamente en que, caso de no anteceder tal cancelación, pero aun en el de que anteceda la situación preventiva del artículo 65 en su segundo ordinal, la cláusula de reserva pierde validez y obra el artículo 64 del estatuto laboral. (Subraya la Sala).

La Corte entiende que estas dos instituciones, antes que excluírse, se complementan y armonizan. La una rige autónomamente la terminación del contrato y la otra regula, independientemente, los efectos de esa terminación en la eventualidad de que no hubiere acuerdo entre las partes respecto de la obligación o del monto de las prestaciones. En tal virtud —y para la inteligencia armónica de los dos preceptos— debe entenderse que la previa cancelación de las deudas, prestaciones, etc., equivale a la manifestación expresa de la voluntad patronal de hacer el pago inmediato y entraña la existencia de actos positivos que indiquen ánimo de querer realizar efectiva e inmediatamente esa voluntad de pago, de lo cual pueden surgir dos situaciones.

a) Que el pago efectivamente se realice por existir completo acuerdo entre las partes, o,

b) Que aquellos actos positivos que indican ánimo de pagar se vean detenidos o frustrados en el logro de su objeto por el desacuerdo de las partes sobre el monto de la obligación.

La primera situación —aplicable con o sin cláusula de reserva— es la regla general; quiere la ley que una vez terminado el contrato el patrono satisfaga plenamente las prestaciones laborales. La segunda situación —aplicable igualmente con o sin cláusula de reserva— es la excepción legal, se regula conforme al ordinal 2º del artículo 65, y corresponde a una suprema razón de equidad consagrada por el legislador para impedir que el hermetismo cronológico exigido para el pago de prestaciones resulte lesivo de los intereses de las partes patronal o laboral en el evento de duda justificada acerca de la existencia de la obligación o del monto de éstas.

Es natural que la eficacia de la consignación puede ser discutible y que aun pueda resultar nugatoria; pero los efectos de tal resultado son los que la ley propone y no otros. La utilización legítima de la cláusula de reserva produce la ruptura del contrato en debida forma, en tanto que una consignación irregular podría no producir en bien del patrono la exoneración de la indemnización moratoria. Saca en claro, pues, la Corte, que los artículos 48 y 65, ordinal 2º, no se destruyen recíprocamente sino que se complementan y que las dos instituciones por ellos consagradas pueden coexistir. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) 251, 1ª y 2ª

— 80 —

CLAUSULA DE RESERVA (Tránsito al régimen del Decreto 616 de 1954)

El artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo previó la "cláusula de reserva" con la sola condición de que se hiciera constar por escrito (en el mismo contrato o en reglamento de trabajo), para contratos que fueran de duración indeterminada.

Dicho precepto fue modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo número 616 de 1954, el cual entró a regir el 26 de febrero de dicho año, e introdujo dos reformas así: 1.—Amplió a 45 días el término de desahucio y preaviso, del cual podría prescindir el patrono pagando al trabajador los salarios correspondientes a ese mismo lapso de 45 días, y 2.—Propuso que dicha cláusula de reserva solo sería válida en el caso de que se estipulara expresamente por escrito en el contrato (ya no en el reglamento de trabajo).

Un paso fundamental en la dilucidación del problema planteado es el conducente a establecer, conforme a derecho, cómo quedaba esa reserva inicialmente pactada bajo las condiciones de la ley vigente y que consagraba un término de preaviso o desahucio equivalente al período de los pagos, frente a la ley laboral posterior que introdujo condiciones de ampliación a 45 días de ese mismo término, a efecto de concretar si se producía una nulidad de aquella primitiva cláusula, si era menester que las partes volvieran a convenirla y consignarla dentro del contrato en los términos del nuevo mandato legal, o si, finalmente, la nueva disposición obraba de plano sobre el contrato vigente, en el sentido de incorporar "ipso jure" la ampliación de 45 días a los contratos en curso o que se hubiera consagrado una reserva de inferior período temporal.

La Corte acoge la última posición enunciada, en razón de las consideraciones siguientes:

Es tan expreso y tan claro el artículo 16 del Código para la regulación del asunto, que no ofrece ni la más mínima sombra de dudas acerca de que hubo por ministerio de la ley una incorporación de pleno derecho de la ley nueva, en lo atinente a la cláusula de reserva, dentro de los contratos que estuvieran vigentes en el momento en que se expidió el mandato, y por lo tanto hubo una ampliación automática de 45 días del término de desahucio para los contratos que consagraran un plazo inferior. Tal es el "efecto general inmediato" que se le atribuye a la norma lepal del trabajo, sin que pueda argüirse retroactividad de la misma por cuanto no afectaba situaciones consumadas o definidas o resueltas conforme a leyes anteriores.

Además, siendo como es la legislación social eminentemente tutelar de los derechos de los trabajadores, y habida cuenta de que el artículo 1º del Decreto 616 es, en términos generales, más favorable a aquellos, no cabe duda de que era la norma aplicable en los términos del artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) . . . 247, 2ª y 248, 1ª

— 81 —

COMPETENCIA (De los funcionarios públicos en ejercicio de su cargo)

Es evidente que un Tribunal Superior es un superior jerárquico de un Juez Municipal; pero también es evidente que no lo es en todo sentido o por todos los conceptos. Las instituciones nacionales corresponden al sistema del llamado "Estado de Derecho", que constituye, como dicen los tratadistas un régimen de competencias, perfectamente delimitado, en que cada funcionario tiene señalada la esfera de su actividad y el modo de llenar sus funciones, de tal suerte, que no pueda invadir zonas de otra competencia, ni sobrepasar la propia fijada por la ley. Dentro de tal régimen, es una verdad evidente que el particular puede hacer todo lo que no le esté prohibido en las leyes, al paso que el funcionario público solo puede hacer, al ejercitar su investidura, aquello para que ha sido facultado y de la manera o mediante el procedimiento previsto en las instituciones. Si esta forma de ordenamiento, complejo o integral, pero armónico, no se respeta, aparece la desviación, exceso o abuso de poder.

La jerarquía no es, de consiguiente, un valor en sí o absoluto. Ella está constreñida a situarse dentro de la zona de competencia que la norma o normas le han impuesto, a aplicar el procedimiento como la ley ha previsto y querido que esta competencia se ejerza y a llenar, conforme al precepto, la función finalista que, de suyo, posee o busca obtener todo acto legislativo. (Casación Penal. Julio 28/58. Nº 2202).....192, 2ª

— 82 —

COMPRAVENTA (Acción por vicios redhibitorios)

Promovida una acción redhibitoria, corresponde al actor probar los siguientes extremos: primero, haber existido los vicios al tiempo de la venta; segundo, ser tales que la cosa vendida no sirva para su uso natural, o solo sirva imperfectamente; y tercero, no haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte. (Casación Civil. Septiembre 2/58. Nº 2202).....
21, 2ª

— 83 —

COMPRAVENTA (De derechos herenciales)

La compra de derechos herenciales, ha dicho la Corte, sea en abstracto o vinculada a uno o más bienes no da al comprador, en realidad, sino la acción para hacerse reconocer como cesionario en el juicio de sucesión respectiva, pero no le dá, ni puede darle desde el momento de la compra la propiedad de determinado inmueble (artículo 1.967 del C. C.). (Casación Civil. Septiembre 17/58. Número 2202).....114, 1ª y 2ª

— 84 —

COMPRAVENTA (Demostración del vicio oculto)

La configuración jurídica del vicio oculto se halla determinada en el artículo 1.515 del Código Civil, y para demostrar su existencia le basta al comprador acreditar, como dicen los doctrinantes, o que debido al vicio la cosa no servía para su uso natural o solo servía imperfectamente, de manera de presumirse que si el comprador hubiese conocido el vicio no habría efectuado la compra o la habría hecho por un precio inferior al que dio. (Casación Civil. Septiembre 2/58. Nº 2202)
19, 2ª

— 85 —

COMPRAVENTA (Efectos de la que versa sobre derechos y acciones sucesorios)

Como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, la venta de derechos y acciones en una sucesión que es perfectamente válida no tiene la eficacia suficiente para transmitir al comprador los bienes identificados como cuerpo cierto que se determinen en escritura de venta porque esta determinación solo se puede hacer en la partición. (Casación Civil. Septiembre 10/58. Nº 2202)..... 60, 2ª

— 86 —

COMPRAVENTA (Vicios redhibitorios)

Los comentadores de nuestro Derecho Civil, refiriéndose al artículo 1.915, consideran que si el vendedor de una especie revela al tiempo de efectuarse el negocio los vicios que la afectan, no hay lugar a la acción redhibitoria. Pero que si en cambio, tales vicios son ocultados por el vendedor, la relación jurídico-contractual que surge en tales condiciones, es susceptible de rescisión, pues en el fondo hubo un quebrantamiento de la buena fe, la cual ética y jurídicamente debe ser la norma reguladora de la vida contractual. Presumiéndose aquella en todo contrato, como dicen los doctrinantes. (Casación Civil. Septiembre 2/58. Nº 2202).....21, 1ª y 2ª

— 87 —

CONCESIONES (Manera de otorgarlas. — Su naturaleza y efectos)

Véase el aparte Bosques en el número 32 de este Indice.

— 88 —

CONCILIACION (Los alcaldes municipales no pueden ser conciliadores)

La conciliación, "función de profilaxis procesal", como la llama Shonke, es un medio de arreglo amigable, de frecuente uso en los conflictos jurídicos laborales. Se efectúa, conforme a los artículos 20 y 78 del C. P. T., bajo la vigilancia de un Juez del Trabajo, o, excepcionalmente, si el intento es anterior al juicio, ante un inspector del mismo ramo. El funcionario que interviene en el acto debe instruír a los interesados acerca de sus derechos y obligaciones, y cuando se llega a un acuerdo total o parcial, tiene la fuerza de cosa juzgada entre las partes. Se requiere, por ello, un especial conocimiento de las normas pertinentes, tanto sustantivas como de procedimiento.

La facultad de recibir consignaciones de valores correspondientes a salarios o prestaciones, tiene finalidades y efectos distintos a los de la conciliación, como es obvio, y por tanto no es posible inferir que estando los Alcaldes Municipales investidos de ella en los lugares en donde no haya Jueces del Trabajo, pueden actuar también como conciliadores, tanto menos cuanto que es de presumir que sus conocimientos sobre la materia son muy limitados. La ley solo faculta para ese efecto a los Jueces del Trabajo, o a los Inspectores del ramo. (Casación Laboral. Septiembre 19/58. Nº 2202).....273, 2ª

— 89 —

CONCILIACION (No tiene valor confesorio)

En el curso de un arreglo directo la deferencia decisoria a la otra parte es demostrativa de la conducta leal y del ánimo conciliatorio de la parte que la propone mas sería absurdo considerar que —en presencia

de pruebas más convincentes— se le fuera a conferir valor de verdad real a una decisión contraevidente. No convence por tanto a la Sala el proveído del ad-quem en cuanto en él se consideró como confesión, con el valor de plena prueba, la aludida deferencia decisoria.

Además, implica un golpe de gracia contra las diversas formas jurídicas del arreglo directo, institución que en el Derecho Laboral goza de especial amparo de la ley. En efecto: ésta propicia toda composición amistosa de partes desavenidas con el encarecimiento de que el Juez la procure en una de las etapas del juicio, y con la manifiesta voluntad de que aquellas la busquen y a ser posible la obtengan antes o en el curso de él (artículos 19, 20, 22, 77 y 78 del Código de P. L.).

Si la tesis del sentenciador se abriera paso en la jurisprudencia nacional, sería apenas lógico que el arreglo amistoso entre litigantes en cuestiones del trabajo resultase notablemente constreñido, si no absolutamente desueto, por las obvias inhibiciones de las partes al formularse sus recíprocas posturas, bien dentro de la transacción o de la conciliación a causa del inevitable recelo de que sus aserciones o propuestas fueran tomadas, en juicio, con el carácter de plena prueba confesoria.

Lo anterior no quiere decir que tales posturas deban ser desechadas de plano por el Juez. Ello sería contrario a la libre formación del convencimiento. Mas esos datos no deberán ser asimilados por el juzgador a verdad inconcusa con validez de confesión legal, sino que podrán ser tenidos como acervo indiciario coadyuvante del criterio en la apreciación de los hechos. No podría negarse que tales indicios, siempre que vayan apoyados en otras probanzas, pueden ser un invaluable aporte a la configuración de la verdad real. Pero resulta inadecuado tomarlos por sí solos como confesión. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) . . 263, 1ª y 268, 2ª

— 90 —

CONFESION (En la contestación de la demanda)

Si en un documento tan serio y grave como la contestación de la demanda, preguntada una persona si es padre de otra, responde que no niega que lo sea, en realidad está admitiendo serlo. No negar la paternidad es afirmar que sí cree tenerla. De nada vale el agregar que tampoco admite. (Casación Civil. Diciembre 9/58. Nos. 2203-2204-2205) . . 529, 2ª

— 91 —

CONFESION (Su valor testimonial)

No comete violación de la ley sustantiva el Tribunal que, en relación con los elementos constitutivos de la posesión notoria del estado de hijo natural, acepta una prueba que no es precisamente la que la ley indica, tal como la declaración jurada de personas hecha en forma de posiciones sobre hechos de que tienen conocimiento, la que no pierde por ello la calidad de testimonio. Caso de emanar de los mismos allegados del solicitante o demandante que a la vez son demandados varios de ellos, es perfectamente admisible y produce efectos probatorios iguales por lo menos a las declaraciones de testigos extraños.

En efecto: el artículo 613 del Código Judicial establece que en las posiciones "las preguntas han de versar sobre hechos personales del absolvente o del que tiene conocimiento", de donde resulta que la misma ley le otorga a las declaraciones en posiciones el carácter de testimonio, naturalmente en lo que se refiere a hechos de que tiene conocimiento el absolvente, pues en lo que respecta a hechos personales constituyen obvia-

mente la prueba de confesión. En otros términos: la declaración de posiciones tiene carácter doble en materia probatoria, cuando se interroga sobre hechos del mismo absolvente y hechos que conoce: confesión cuando contesta afirmativamente sobre hechos personales y testimonio cuando esa contestación afirmativa cubre hechos que él no ha ejecutado, que los ha ejecutado otro pero de los cuales tiene conocimiento. (Casación Civil. Septiembre 15/58. Nº 2202)....104, 2ª y 105, 1ª

— 92 —

CONSIGNACION (De lo que el patrono crea deber a la terminación del contrato)

La consignación implica una confesión de deber, y tiene un alcance funcional, que no es otro que el de satisfacer una necesidad inmediata del trabajador, a quien la ley supone económicamente débil, lo cual no se logra por el simple hecho de que el patrono se abstenga de retener el valor de los salarios y prestaciones correspondientes, sino cuando es posible que se le entreguen a aquel las sumas consignadas.

Persíguese, pues, un resultado económico, y por ello la consignación realizada sin verdadero "animus solvendi", más para preservar al patrono de la sanción legal que para cumplir las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, es un acto jurídico aparente, extraño a la buena fe y que carece por lo mismo de efectos liberatorios en orden a la indemnización por mora.

En el caso que se estudia, el fallador no se ciñó a los principios que regulan la institución que consagra el inciso 2º del artículo 65 del CST., al entender que el patrono cumple con sus obligaciones consignando la suma correspondiente a los salarios y prestaciones debidos, aunque en virtud de una condición impuesta por el mismo, no pueda aplicarse inmediatamente esa suma al pago de lo que adeuda al trabajador. (Casación Laboral. Nov. 29/58. Nos. 2203-2204-2205)... 720, 2ª y 721, 1ª

— 93 —

CONSTRUCCION (Obras de)

Para determinar el objeto que caracteriza lo que debe entenderse "por obras o actividades de construcción" según definición contenida en el artículo 309 del C. S. T., debe atenderse de modo importante a su finalidad, pero también a su unidad de conjunto, para poder efectuar la calificación que corresponda en cada caso. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).. 672, 1ª

— 94 —

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (Competencia para conocer de controversias relacionadas con ellos.—Características y formalidades)

Si la acción tiene origen en un contrato administrativo en que es parte la Nación, la Corte, en Sala de Negocios Generales, tiene competencia para conocer de ella, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

Cabe recordar que la Sala Civil de Unica Instancia fue suprimida por la Ley 67 de 1943 y sus funciones se le asignaron a la Sala de Negocios Generales.

Estima, pues, esta Sala que el sobredicho artículo le otorga plena competencia para conocer acerca de la validez, de la nulidad, del incumplimiento y de los efectos y consecuencias que se derivan de los contratos que celebre el Gobierno con particulares.

Las características jurídicas del convenio, origen de la controversia en el caso de estudio, es un contrato administrativo, sinalagmático, de relaciones estrictamente comerciales, de prestaciones y obligaciones mutuas

cumplidas en parte, pero que por haberse celebrado por el Gobierno con particulares y estar encaminado a servir necesidades del Estado, se cataloga jurídicamente como contrato administrativo que, para que tenga valor legal, no solamente se requieren la capacidad para obligarse y la voluntad de las partes, sino el cumplimiento de determinados requisitos esenciales que lo diferencian del contrato puramente civil, como una serie de formalidades ad solemnitatem que de no ser satisfechas con plenitud, le cercenan su firmeza. Tales requisitos esenciales para la validez de los contratos administrativos son, entre otros, la de la revisión del Consejo de Estado, entidad encargada por la ley para que declare si esos convenios se ajustan estrictamente a las autorizaciones legales para celebrarlos.

A este respecto sentó la Corte importantísima doctrina en fallo de 2 de octubre de 1951 (Sala de Negocios Generales. G. J. Tomo LXX, página 675), al enseñar que cuando se exigen determinados requisitos para la validez de los contratos sobre adquisiciones, que superan una cuantía limitada, es necesario sujetarse a aquellas normas, declarando que en ese caso el contrato no ha satisfecho esas formalidades y por tanto no es inexistente sino nulo, de nulidad absoluta. (Negocios Generales. Diciembre 16/58. Números 2203-2204-2205) ....841, 1ª y 842, 2ª

— 95 —

CONTRATO DE TRABAJO (A término indefinido)

El plazo, en el contrato de trabajo, lo fijan las partes y, en su defecto, la ley.

En el caso de autos el contrato de trabajo quedó sujeto al plazo presuntivo, esto es, a "términos sucesivos de seis en seis meses", de acuerdo con lo prescrito en el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo.

El contrato de la clase expresada se entiende prorrogado en las mismas condiciones anteriores, "por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono con su consentimiento expreso o tácito después de la expiración del plazo presuntivo...". (Artículo 49 ibidem).

El plazo obra automáticamente, de modo que si el que rige la convención es legal, termina el día señalado por la ley, sin que al efecto haya necesidad de aviso previo, requisito no establecido en la legislación laboral.

Pero, si expirado el plazo del contrato celebrado por término indefinido, el trabajador continúa prestando sus servicios con la aquiescencia tácita del patrono, se produce el fenómeno de la reconducción, en virtud del cual el contrato queda prorrogado, por ministerio de la ley, por un lapso de tiempo igual al precedente. (Casación Laboral. Octubre 4/58. Nos. 2203-2204-2205) 652, 1ª

— 96 —

CONTRATO DE TRABAJO (Contrato realidad y contrato forma)

La doctrina y la legislación laborales enseñan que la estructuración del nexo contractual, dentro del derecho del trabajo, se verifica en función de la prestación real de servicios personales, hecha abstracción de las formas externas, como lo son, el sometimiento del statu del empleado a los requisitos de administración interna de la entidad patronal; de tal manera que si aquel rinde a ésta efectivamente sus servicios, la segunda no puede evadirse de satisfacer las obligaciones en favor del primero so pretexto de que, dentro de los procedimientos reguladores de la administración patronal, quien prestó realmente los servicios no adquirió formalmente la calidad de empleado. En este aspecto prevalece por tanto el contrato-realidad, en oposición al contrato-forma. (Casa-

ción Laboral. Noviembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205) 690, 1ª

— 97 —

CONTRATO DE TRABAJO (La cláusula de reserva no es justa causa para la terminación del contrato)

La cláusula de reserva es una manera legal de terminar el contrato de trabajo, pero no es una causa justa, en el sentido preciso atribuído por la ley a ciertos motivos específicos y determinados que, en el orden de la justicia, sirven de fundamento a la extinción unilateral del contrato y que se denominan "justas causas". Existe una diferencia sustancial entre aquel "modus" extintivo del contrato que la ley acoge y estas causas, establecidas por los artículos 62 y 63, que la ley expresamente califica de justas.

Podría objetarse que todo lo legal es justo, y que por consiguiente siendo legal la manera en que se termina el contrato de trabajo, según el artículo 48, esa manera también será justa. Tal tesis equivale a asumir una de las posiciones extremas que surgen, dentro del campo filosófico, al tratar de establecer el paralelismo o discrepancia entre lo legal y lo justo, en el vastísimo ámbito de las relaciones entre el derecho natural como categoría de justicia y el derecho positivo como ley. Sin profundizar en materia tan ardua, es menester afirmar que en el ordenamiento jurídico positivo existen normas que se desvinculan del jusnaturalismo no por ser francamente opuestas a éste sino por ser indiferentes. Es un desideratum que la ley positiva rija no solo las relaciones fundamentales dentro del espíritu de la justicia natural, sino que también regule las situaciones indiferentes a ella, u obscuras, en cuya fijación estén interesados el bien común o la conveniencia social.

En todas estas situaciones consideradas indiferentes o por lo menos de difícil acomodo a la idea de la justicia, el legislador ocurre a la equidad y ordena al juzgador que, por su parte, al aplicar la ley, también ocurra a ella. (Artículo 18, Código Sustantivo del Trabajo, art. 5º, Ley 153 de 1887).

Ya se dijo atrás que la cláusula de reserva es una manera, pero no es una causa. Es sabido que la manera es el modo como se rige una situación jurídica, en tanto que la causa es el antecedente de hecho o de derecho que produce esa situación. La causa se confunde en este caso con la noción de móvil determinante.

El legislador acogió la manera preavisada de concluír una relación contractual de trabajo a término indefinido, inspirado por un criterio de equidad, en una cuestión en la cual el acomodamiento de la idea pura de la justicia resulta difícil sobre manera en vista de la complejidad de la materia, y en que, precisamente por tal dificultad, determinaría injusticias una regulación demasiado asaz elástica, al tiempo que era necesario legitimar situaciones decisivamente vinculadas a la conveniencia social. En punto a la terminación con preaviso del artículo 48 la ley sanciona y legitima el "modus" o manera, pero no hace referencia alguna a la causa. En cambio en la terminación unilateral de los artículos 62 y 63 la ley hace especial énfasis sobre la causa (aunque también señala la manera), lo cual destaca aún más la distinción entre la una y la otra. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202).....265, 1ª y 2ª

— 98 —

CONTRATO DE TRABAJO (Presunción)

Aceptados por el juzgador los hechos constitutivos de dos de los elementos requeridos para la existencia del contrato de trabajo, era apenas lógico y elemental que hubiese deducido la existencia del otro elemento de-

nominado "subordinación o dependencia" que, con los dos anteriores, configura el contrato de trabajo, dando aplicación a la presunción consagrada por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, que dice: "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo"; no otra podía ser la recta solución, si se tiene en cuenta que el hecho indicador necesario para que esa presunción opere — existencia de la relación de trabajo personal— resulta establecida mediante la comprobación hecha por el demandante y aceptada por el juzgador, de que había realizado por sí mismo una actividad en beneficio de la sociedad demandada. Al efecto el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo ha expresado este mismo criterio en distintos fallos y en los cuales se consigna:

"La presunción que las leyes laborales consagran sobre la existencia del contrato de trabajo se establece entre quien presta el servicio y quien lo recibe y aprovecha". (Sentencia de 17 de febrero de 1953). "Con la demostración del servicio y de la remuneración se presume el contrato de trabajo, sin que sea necesario, en general, producir la prueba de la subordinación. (Sentencia de 18 de diciembre de 1953). — "No se puede exigir que los testimonios hayan de pronunciarse necesariamente sobre la existencia del elemento subordinación en la relación laboral, porque equivaldría a desconocer la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya que si fuera necesario demostrar todos los elementos del contrato no existiría tal presunción. Demostrado el servicio personal mediante una remuneración, corresponde al demandado demostrar que el trabajo no era subordinado o no era remunerado, para que pueda concluírse en su favor que no existió contrato laboral". (Sentencia de 19 de mayo de 1954). (Casación Laboral. Noviembre 29/58. Nos. 2203-2204-2205)..729, 2ª y 730, 1ª

— 99 —

CONTRATO DE TRABAJO (Terminación por mutuo consentimiento)

El mutuo consentimiento para dar por terminado el contrato de trabajo, puede constar por escrito o ser verbal, pero las declaraciones de ambos contratantes deben ser coincidentes en el sentido de que la relación laboral se deje sin efecto a partir de determinada fecha, sea que se trate de un contrato por tiempo fijo o por tiempo indeterminado. (Casación Laboral. Abril 11/58. Nos. 2203-2204-2205)..... 707, 2ª

— 100 —

COSTAS (Sanción de no ser oída la parte que las debe)

La Sala mantiene la jurisprudencia de que los autos por los cuales se concede, se admite el recurso extraordinario de casación y se da traslado al opositor no son vinculantes. No lo son en cuanto tales actos jurisdiccionales se emitan contrariando los presupuestos procesales del interés jurídico, el término para interponer el recurso, la cuantía y naturaleza del negocio y la idoneidad de las partes. Mas el reparo formulado no toca sustancialmente con estos aspectos, ni siquiera con el último, como va a verse.

La solicitud de que no sea oída la parte demandada recurrente es extemporánea en el momento de resolver el recurso de casación, según se puede colegir del siguiente breve análisis: el artículo 2º del Decreto 243 de 1951 reformó los artículos 964 y 575 del Código Judicial, mas no se ve que aquella norma hubiera subrogado el artículo 497 ibidem, cuya vigencia, por tanto, se mantiene. El referido artículo 497 del Código Judicial preceptúa: "Si el Juez concede la apelación sin que el recurrente haya pagado las costas, el superior se abstiene de conocer, a

petición de la parte contraria, y ordena que se devuelva la actuación al Juzgado de su procedencia". El momento procesal adecuado para paralizar las actuaciones de la parte demandada fue, por tanto, cuando a dicha parte se le concedió el recurso de apelación sin haber pagado las costas, y, más concretamente, cuando el juzgador de segundo grado entró a conocer del asunto y a oír a la parte renuente a pagarlas. Pero resulta inadecuado, a más de contrario al equilibrio y economía procesales, dejar escapar aquellas oportunidades, como también las que le brindaba el otorgamiento y admisión del recurso de casación, para tratar de aniquilar al adversario en el momento mismo en que dicho recurso va a ser resuelto. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202)..... 259, 2ª y 260, 1ª

— 101 —

CUANTIA (De la demanda de reconvención para efectos de la casación)

Cuando se trata de demandas principal y de reconvención, es preciso, para los efectos del recurso extraordinario de casación que tanto la una como la otra satisfagan los requisitos, legales, pues la demanda, de reconvención es distinta e independiente de la principal y si se tramita conjuntamente con esta, es solo para atender al principio de la economía procesal. No pueden acumularse las cuantías de las dos demandas para los efectos del recurso de casación, ni basta para estos efectos que una de ellas reúna los requisitos de procedencia para que cobije a la otra, sino que es necesario que ambos los satisfagan. De lo contrario, el recurso solo puede versar sobre la que atienda a las condiciones del mismo, tal como lo tiene resuelto la jurisprudencia de esta Sala, como la del extinguido Tribunal Supremo del Trabajo. (Casación Laboral. Noviembre 21/58. Nos. 2203-2204-2205).....693, 1ª y 2ª

— 102 —

CUANTIA (Momentos en que se determina)

Ha sido reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte que para tasar la cuantía de una litis existen dos momentos procesales: a) El momento en que se traba la relación jurídico-procesal por la presentación de la demanda y la respuesta de ésta por el demandado; b) El momento en que el juzgador decide la litis con alcance de ultra o extra petita.

En la primera hipótesis, la estimación concreta del "cuantum" hecho en el libelo de demanda, cuando no ha sido expresamente objetado por el demandado, es el elemento que viene a determinar la cuantía del negocio. En la segunda, el incremento del petitum por las condenaciones en más de lo pedido o por fuera de lo pedido sirve de tasación cuantitativa del mismo. Todavía ha ahondado más la jurisprudencia. En efecto: como existen condenaciones no precisables en cantidad sino en el momento de pagarse (tal es el caso de indemnización por mora o salarios caídos) se ha establecido que su monto, para la apreciación de la cuantía, es el resultante de los salarios correspondientes al tiempo transcurrido entre el día de la terminación del contrato de trabajo y el día de la presentación de la demanda. (Casación Laboral. Diciembre 19/58. Nos. 2203-2204-2205) .....763, 1ª y 2ª

— 103 —

CUESTIONARIO (Redacción contradictoria)

La elaboración de un cuestionario tiene una importancia decisiva, y en forma alguna puede considerarse como cosa de poco momento. Es un acto característico del juicio penal, pudiera decirse que una de sus vértebras de sustentación, porque circunscribe el

caso sub-judice y hace el planteamiento destinado a encauzar el debate.

Cuando la ley indica el tenor del cuestionario, se limita a dar un ejemplo, a trazar un derrotero y no —como es obvio— a exigirle al a-quo que incluya todas las posibles situaciones jurídicas, vengan o no al caso, en una sola proposición. Y si ésta contiene conceptos antitéticos y modalidades que no solo chocan unas con otras sino que se apartan de la realidad procesal, el juzgamiento se traba y el fallo no podrá ser auténtica expresión de la justicia. (Casación Penal. Diciembre 13/58. Nos. 2203-2204-2205) .624, 1ª

— D —

— 104 —

DECLARACIONES (Extrajuicio)

Conforme al sistema del Código de Procedimiento Penal, aplicable a todos los juicios, para que un hecho o circunstancia puedan admitirse como ciertos es menester que se hayan acreditado dentro del proceso, y no fuera de él, con plena prueba (artículo 205), pues su artículo 207 establece "que no se practicará ninguna prueba sino por disposición del Juez o funcionario instructor". Y tratándose concretamente de la testimonial, es preciso que haya podido ser controvertida en su origen, por cuanto el artículo 241 de dicha obra dispone que "el Juez, el funcionario de instrucción, el procesado, su apoderado o defensor, y las demás personas que tengan derecho a intervenir en el proceso, podrán hacer a los testigos, cuando declaren, todas las preguntas y contrainterrogatorios que quieran para esclarecer mejor los hechos". Por todo lo cual se concluye que simples declaraciones extrajudiciales no son idóneas para probar una circunstancia extintiva de la responsabilidad, como es la amnistía. (Casación Penal. Octubre 30/58. Números 2203-2204-2205) 571, 2ª

— 105 —

DELITOS ATROCES (Criterio para distinguirlos)

No ha dicho la ley cuáles deban considerarse delitos atroces. Pero de acuerdo con el sentido natural y obvio de las palabras, son los que se cometen con crueldad, inhumanidad o fiereza. Para calificarlos así debe guiarse el juzgador por un criterio preferentemente subjetivo. No basta que la infracción penal revista gravedad especialísima, bien sea por la importancia del derecho violado o por cualesquiera otras circustancias de orden material, para que pueda considerarse atroz. Se requiere primordialmente que la actividad delictuosa, signo evidente de peligrosidad social, revele, además, por los motivos determinantes, las modalidades de la ejecución, etc., "una extrema insensibilidad moral".

El asesinato, por ejemplo, es delito atroz casi siempre. Pero no obstante ser la forma más grave del homicidio, casos pueden presentarse desprovistos de atrocidad. La Corte ha dicho que son atroces los homicidios cometidos en una cualquiera de las circunstancias previstas en los ordinales 2º a 9º del artículo 363 del Código Penal, pero que puede no serlo el asesinato cuando esa denominación la recibe por los vínculos de parentesco entre víctima y victimario. Y aun dentro de las modalidades de los ordinales 2º a 9º pueden presentarse excepciones, como el homicidio pasional cometido con sevicia, o consumado con crueldad excesiva pero en estado de justa ira. Lo mismo ocurre con las lesiones personales. No es suficiente que el atentado contra la integridad corporal deje como consecuencia graves trastornos mentales o psíquicos, deformidades o desfiguraciones permanentes para que pueda decirse que el delito es atroz. Pero si no solo se ha menoscabado la integridad personal sino que, además, se ha ofendido la dignidad, como

ocurre en cierta clase de mutilaciones, no hay duda de que entonces sí es procedente la calificación de atrocidad. El incendio, los delitos que envuelven un peligro común y en general los que atentan contra la salud y la integridad colectivas, tienen particular gravedad intrínseca que por sí sola no basta para estimarlos atroces. Para que lo sean es preciso que en forma inequívoca revelen en su autor una "extrema insensibilidad moral", como sería el caso de quien incendia para matar o provoca un siniestro ferroviario para destruír sin discriminación vidas humanas, y otros análogos.

Lo anterior lleva a la conclusión de que la "atrocidad" de los delitos no está sujeta a reglas invariables. Es preciso estudiar cada hecho concreto, escudriñar los motivos determinantes, analizar las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que el delito se cometió para poder afirmar con certeza si los autores o partícipes son o no indignos del perdón colectivo que en ocasiones se otorga por razones de conveniencia general. (Casación Penal. Septiembre 23/58. Nº 2202) .... 207, 1ª y 2ª

— 106 —

DEMANDA (Interpretación)

Es doctrina constante de la Corte que, cuando la demanda en sus peticiones no es suficientemente clara, el fallador, debe interpretarla con base en los hechos de la misma de los cuales se derivan aquellas, en las normas de derecho invocadas y en los demás elementos del proceso que contribuyan a fijar con claridad qué es lo pedido por el actor. (Casación Civil. Diciembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205) 536, 2ª

— 107 —

DEMANDA (Por cantidad determinada de dinero o "la que resulte probada")

El actor concretó sus pretensiones a una suma de dinero "o la que resultare probada", suma que aparece como un total procedente de cantidades fijadas sobre cesantía, vacaciones, salarios, etc. Es natural que el término disyuntivo "o la que resultare probada" necesariamente se relacionaba con la modificación en el proceso en más o menos de cualquiera o cualesquiera de los sumandos, uno de los cuales era la cantidad por cesantía; luego es por este aspecto equivocada la aseveración de que solo a esta cantidad hubo de limitar el actor su aspiración máxima por cesantía. Sería ilógico admitir la tesis, harto estrecha, de que cuando se pide un total expresado en cifras, o lo que resultare probado —en más o en menos— no se esté implícitamente haciendo relación a las variaciones de alza o baja que en el juicio puedan padecer los sumandos que producen ese total. Va envuelto en ello una verdad matemática: la de que el total, aumentado o disminuído, es necesariamente el resultado de los sumandos también elevados o rebajados. Luego si se deja subsidiariamente la puerta abierta para que aquel se modifique, es apenas natural que tal modificación solo pueda proceder, en aritmética, del cambio o mutación cuantitativa de los últimos. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) .244, 2ª

— 108 —

DEMANDA (Su corrección)

El planteamiento inicial de un debate no puede ser modificado, sino mediante enmienda de la demanda realizada en los términos y condiciones prescritas en el artículo 208 del Código Judicial. (Casación Civil. Septiembre 17/58. Nº 2202).....113, 1ª y 2ª

— 109 —

DERECHO DE DEFENSA (Indagatoria)

Dice el texto del artículo 356 del estatuto

procesal penal: "No podrá limitarse al procesado el derecho de hacer constar cuanto tenga por conveniente para su descargo o para la explicación de los hechos, y se verificaran CON URGENCIA las citas que hiciere y LAS DEMAS DILIGENCIAS QUE PROPUSIERE para comprobar sus aseveraciones".

La norma, según se desprende de sus términos, es totalmente imperativa, obligatoria; y manifiesta su íntima relación con el derecho de defensa. Cualquiera que sea la finalidad de la indagatoria, respecto a lo cual disienten los doctrinantes; ora se considere como un medio de prueba, bien como parte del derecho de defensa, o como ambas cosas a un tiempo, lo cierto es que las citas hechas en ella por el acusado y las diligencias que proponga, deben verificarse, no como una gracia o favor de los funcionarios, sino en cumplimiento de un deber terminante, categórico, impuesto por la ley.

Puede ocurrir, desde luego, que las citas o diligencias propuestas por el indagado, sean manifiestamente extravagantes, cual es la verificación de un hecho físicamente imposible, caso en el cual carece de fuerza obligatoria el precepto, como es obvio. Otras veces, el vicio o defecto procesal puede sanearse, como sucede, cuando, omitidas o denegadas las pruebas favorables al acusado, se practican o verifican en el plenario, o sea, con posterioridad al auto de enjuiciamiento.

Pero, no tratándose de aquellos casos, o de otros semejantes, la obligación impuesta por la referida norma es de inmediato e indiscutible cumplimiento.

En cuanto a los efectos o consecuencias de su violación, también habrá casos en que esta no incida directamente sobre el derecho de defensa, porque se refiera a hechos meramente circunstanciales o accesorios, de útil, pero no de indispensable conocimiento. No podrá invocarse entonces la nulidad del proceso, por lesión de aquel derecho de defensa, si esta ha sido, por otra parte, garantizada en sus demás aspectos.

Si se trata, en cambio, de hechos fundamentales como los que giran alrededor de la imputabilidad o la no imputabilidad, la responsabilidad o la irresponsabilidad, las circunstancias que obligan a disminuír la pena (el estado de ira del artículo 28 del Código Penal, en lugar de las de asesinato) u otros fenómenos semejantes, que se rozan, esencialmente, con la defensa o descargos del imputado, la omisión en el cumplimiento del referido texto puede conducir, según se presente el caso concreto en su integridad, a la anulación del proceso, sobre la base del artículo 26 de la Constitución. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) 643, 2ª y 644, 1ª

— 110 —

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO (Finalidad y efectos de la acción)

El fin jurídico y económico de que por la justicia se haga la fijación sobre el terreno de mojones para señalar los límites de predios adyacentes no es otro que el de obtener el ordenado y tranquilo desarrollo de las relaciones de vecindad en beneficio directo e inmediato de los intereses particulares vinculados al crecimiento de la riqueza pública. No se discute el dominio, ni siquiera la posesión, precisamente porque el proceso exige que se surta entre los dueños de las tierras limítrofes: ninguno de los propietarios desconoce el derecho de dominio de los otros. La intervención jurisdiccional se justifica entonces por la necesidad de individualizar en el espacio la línea donde termina el señorío de cada uno y empieza el de los demás. Así, el deslinde y amojonamiento en cuanto determina e individualiza al objeto sobre que recae el derecho de dominio tiene aptitud para preparar no pocas veces el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Si, en consecuencia, la demanda de deslinde significa el reconocimiento necesario de dominio ajeno en el predio limítrofe, la determinación judicial ejecutoriada de los linderos sobre el terreno significa igual reconocimiento recíproco de dominio entre las partes que concurrieron a la demarcación, hasta el término de lo que cada una quedó autorizada a poseer. Por ello la fuerza vinculatoria de la sentencia entre las partes y quienes ocupen su lugar jurídico tiene el sello inmodificable de la cosa juzgada material. No cabe entre ellas alegato sobre dominio o posesión por fuera del ámbito señalado en el terreno para cada uno, si no es por causa posterior a la sentencia que puso fin al proceso individualizante de las propiedades. De otra suerte se iría en menoscabo de la paz jurídica y la tranquilidad social en que la cosa juzgada encuentra apoyo.

Si en concreto acontece que la línea limítrofe quedó señalada en definitiva por la justicia, quien puso a las partes en posesión de sus respectivos terrenos, y la ejecutoria fue en oportunidad al registro competente, no hay duda de que el desconocimiento de los linderos por vía de hechos posesorios cumplidos con invasión de lo ajeno confiere al lesionado pleno derecho para reivindicar a fin de que se restablezca y respete el límite puesto por la justicia a los colindantes. (Casación Civil. Septiembre 23/58. Número 2202) .....150, 1ª y 2ª

— 111 —

DICTAMEN PERICIAL (Apreciación del debidamente fundamentado)

Aun cuando el artículo 721 del Código Judicial prescribe que en tratándose de avalúos o de cualquier regulación numérica, el dictamen explicado y fundamentado de dos peritos hace plena prueba, ello no es óbice para que el juzgador apoyándose en razones válidas pueda desechar aquel experticio en virtud de la amplitud de criterio de que goza para la calificación probatoria sin excepción alguna. Dentro de este orden de ideas la norma antes citada, no puede interpretarse como una obligación mecánica que obliga forzosamente al sentenciador a aceptar a todo trance el dictamen de los peritos aun cuando reúna las calidades o exigencias prescritas en el precitado artículo 721. Bien ha dicho por ello la Corte:

"El artículo 721 del Código Judicial no implica necesariamente que el juzgador tenga que darle valor de plena prueba a la exposición pericial". (Casación LI, Números 1.973 y 1.974, mayo 29 de 1941). (Casación Civil. Septiembre 10/58. Nº 2202) ....63, 1ª y 2ª

— 112 —

DICTAMEN PERICIAL (Apreciación en materia penal)

Los juzgadores pueden apartarse de los conceptos periciales, que, según previsión legislativa (artículo 268 del Código de Procedimiento Penal), no constituyen por sí solos plena prueba. Pero, tratándose de esta ciencia nueva de la grafología en que, al decir de Alfredo Binet, juegan papel importante las disposiciones naturales de intuición del grafólogo, no puede pretenderse que el juzgador se convierta en especialista, al hacer la crítica del dictamen correspondiente, para aceptarlo o rechazarlo. Precisamente por ello, porque el perito es auxiliar del Juez en ciencias que éste no conoce o no domina, el Código Judicial le dio las siguientes sabias pautas de apreciación:

"Fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desem-

peñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos a que lleguen". (Artículo 723).

Estas dos disposiciones legales (artículos 268 del Código de Procedimiento Penal y 723 del Código Judicial) son, sin duda, complementarias, no solo por el medio natural de la interpretación sistemática, sino también a virtud de mandato expreso del legislador penal (artículo 7º del Código de Procedimiento Penal).

El tema de la competencia de los peritos y de su imparcialidad, puede y debe discutirse en las oportunidades que la misma ley señala. Se les puede recusar como a los Jueces (artículo 262 del Código de Procedimiento Penal); y su peritación puede objetarse por error, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículo 267 ibidem). A mayor abundamiento cualquiera de las partes puede exigir, dentro del término previsto en el artículo 266 del estatuto procesal, que el perito explique su dictamen, lo amplíe, "o lo rinda con mayor claridad". De esta suerte, se arroja luz sobre los conceptos oscuros o se elimina lo "cabalístico" y "misterioso" de los términos. Si estos remedios procesales no se emplean en las instancias, no es ilógico deducir de tal omisión, en la mayoría de los casos, que se ha aceptado de antemano la versación científica del perito o se tiene fundada confianza en su rectitud. Y estas ocurrencias, como ya se observó, sirven al Juez de bases de apreciación (artículo 723 citado). Bien puede ocurrir, en otros casos que la omisión dicha no signifique verdadero asentimiento. Entonces, la tarea de obtener el rechazo del dictamen pericial se dificulta, y, raras veces, prospera. Porque, estando ligada la función crítica del Juez a los hechos procesales correlativos, ni podrá desentenderse de estos, ni suplir la falta de los que las partes no tuvieron a bien contribuír a que se produjesen.

Obtenidos o presumidos los elementos de juicio anotados, es decir, la calidad, fama e ilustración de los peritos, su imparcialidad y la confianza manifestada hacia ellos por las partes (artículo 723 citado), la ilación entre los hechos y las conclusiones del dictamen se plantea como un mero problema de lógica. (Casación Penal. Septiembre 9/58. Nº 2202) .....177, 1ª y 2ª

— 113 —

DICTAMEN PERICIAL (En la determinación del salario en especie)

Conforme al artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo cuando el salario en especie no se haya valorado de modo expreso en el contrato de trabajo, se estimará pericialmente. Esta disposición, calcada en el art. 2.054 del Código Civil, tiende a evitar que a falta de estipulación expresa acerca del monto del salario en especie, se deje de reconocer al trabajador el que en equidad le corresponde.

Supuesto un litigio, el dictamen pericial es, sin duda, la prueba más adecuada acerca del salario en especie no estipulado en el contrato. Pero en manera alguna, y menos dentro del sistema de la libre formación del convencimiento que consagra el artículo 61 del C. P. T., es admisible la tesis de que la opinión del perito haya de prevalecer sobre el criterio del juzgador, excluyendo los otros medios probatorios establecidos en la ley.

Por tanto, si el dictamen pericial en lo relativo a este punto, por cualquier circunstancia, no se estima fehaciente, bien puede el fallador atenerse a los otros elementos de juicio que obren al respecto. (Casación Laboral. Septiembre 19/58. Nº 2202)..278, 1ª

— E —

— 114 —

EMBARGO (En ejecuciones por jurisdicción coactiva)

El embargo de bienes ordenado en juicios por jurisdicción coactiva, debe comunicarse al Juez que adelante otro juicio, en la forma prevista en el artículo 282 del Código de Procedimiento Civil. (Casación Penal. Septiembre 5/58. Nº 2202).....168, 2ª

— 115 —

ENFERMEDAD NO PROFESIONAL (Liquidación del salario para efectos del auxilio)

El artículo 227 del C. S. T. al consagrar el derecho de auxilio monetario por enfermedad no profesional, en favor del trabajador, hasta por el término de 180 días, en la forma y cuantía allí prevista, no limita ni restringe lo que se entiende por "salario" y, por lo tanto, debe tomarse este concepto en la plenitud de su noción, conforme al significado y contenido del artículo 127 del Código de la materia, sin que sea lícito considerar como tal —salario— solamente una de sus formas, cual es la remuneración fija u ordinaria, dejando por fuera la participación de utilidades que, como en el caso presente, concurre a constituír lo que la ley denomina "salario" y que sin más denominación se emplea en el artículo 227 ya citado, para fijar el valor del auxilio monetario por enfermedad no profesional. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).... 680, 1ª y 2ª

— 116 —

ENFERMEDAD NO PROFESIONAL (Reconocimiento de incapacidad definitiva)

Antes de clasificar la incapacidad permanente o definitiva del trabajador debe suministrársele a éste la asistencia prevista en el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, las prestaciones por incapacidad temporal. Y de conformidad con el artículo 278 ibidem, la incapacidad permanente o definitiva por enfermedad no profesional es una consecuencia patológica que guarda una estrecha relación con esa modalidad de enfermedad, tal como expresamente lo dice la disposición citada. De tal manera que para deducir aquella clase de incapacidad, es necesario que primero se dispense al trabajador la atención temporal de que trata el artículo 277 del Código Sustantivo del Trabajo, pues éste es el orden legal en que se establecen las dos prestaciones: en primer lugar, el artículo 277 citado que se refiere a la incapacidad temporal y luego el 278 atrás mencionado, que trata de la invalidez parcial o total. Es perfectamente razonable que así sea puesto que la oportunidad, eficacia y éxito de la atención temporal puede determinar que no haya necesidad del reconocimiento de la segunda (la del artículo 278) por resultar satifactoriamente curado el paciente. (Casación Laboral. Septiembre 15/58. Número 2202).....230, 1ª

— 117 —

ERROR DE DERECHO (Cómo se alega)

Conforme a los términos del artículo 520 del Código Judicial el recurrente que invoca, como causal de casación, error de derecho en la apreciación de una prueba debe demostrarlo, lo cual no es posible si no cita las disposiciones sobre valor probatorio contenidas en el Título sobre Pruebas del Código Judicial y en el De la Prueba de las Obligaciones del Código Civil que hayan sido infringidas por el fallador de instancia. (Casación Civil. Septiembre 25/58. Nº 2202).....162, 2ª

— 118 —

ERROR DE DERECHO (Con fundamento en el artículo 1759 del C. C.)

El artículo 1759 del Código Civil es tan claro en cuanto al pleno valor probatorio que tiene el instrumento público entre los otorgantes respecto de las obligaciones y descargos contenidos en él, que invocar un error de derecho con base en este mismo y único artículo, es un contrasentido. Con mayor razón, si no existe una norma que prohiba probar el cumplimiento de la obligación de entregar un inmueble, nacida de un contrato traslaticio de dominio, por declaración de las partes, hecha en la misma escritura o sin que se haya demostrado debidamente contra la verdad de tal declaración. (Casación Civil. Septiembre 25/58. Nº 2202)....162, 2ª

— 119 —

ERROR DE DERECHO (Cuándo ocurre)

Existe error de derecho cuando en la apreciación de determinada prueba se le dá a ésta un valor que no tiene, conforme a la ley, o se desconoce el valor señalado por ella. (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205)..... 434, 2ª

— 120 —

ERROR DE DERECHO (Cuándo ocurre)

Hay lugar a error de derecho en la casación del trabajo cuando se da por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigirse una determinada solemnidad para la validez del acto, o cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza. (Casación Laboral. Sep. 19/58. Nº 2202.....273, 2ª

— 121 —

ERROR DE HECHO (Cuándo ocurre)

El error de hecho consiste en que el juzgador haya considerado como probado un hecho por no haber tenido en cuenta la existencia de un elemento probatorio que obra en los autos o por haberlo ignorado siempre que este medio de prueba demuestre evidentemente que el hecho afirmado no existió. También puede ocurrir el fenómeno contemplado por el inciso segundo del ordinal primero del artículo 520 del Código Judicial, cuando se dá por probado un hecho en la sentencia en razón de haberse ignorado o no haberse tenido en cuenta la existencia en el juicio, de un medio de prueba que demuestre en forma evidente que tal hecho existió.

También es verdadera la recíproca, o sea que haya error de hecho cuando el Tribunal tiene como probado un extremo en virtud de un medio probatorio que no existe en el proceso o lo tiene por no probado en razón de la misma circunstancia. (Sobre este punto puede consultarse entre otras G. J., LXXVII, 119). (Casación Civil. Septiembre 15/58. Nº 2202).....103, 1º

— 122 —

ERROR DE HECHO (En juicio sobre filiación natural)

Si se plantea la existencia de relaciones sexuales notorias y estables entre los progenitores o la posesión de estado por el hijo, el objeto propio de la controversia arraiga fundamentalmente en materias y circunstancias de hecho, y el juicio del sentenciador al respecto no es susceptible de reparo, salvo yerro evidente, cuya demostración, lejos de exigir ulterior ensayo crítico de las probanzas, se produce con solo señalarlo, puesto que para ser manifiesto el error debe saltar

al ojo. (Casación Civil. Noviembre 27/58. Nos. 2203-2204-2205).....504, 1ª

— 123 —

ERROR DE HECHO (En qué consiste)

El error de hecho es simplemente un medio por el cual puede llegarse a la violación indirecta de una norma legal sustantiva, por aplicación indebida como consecuencia de una errónea apreciación o de la no apreciación de los elementos probatorios. Por tanto, la violación de una norma por esta vía indirecta solo puede tener ocurrencia en el caso de dar por establecido un hecho sin estarlo, o de negar su existencia, existiendo como consecuencia de la falta de apreciación o de la apreciación errónea de las pruebas, pero en manera alguna puede predicarse este error de la norma que se considera violada. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Números 2203-2204-2205)..... 676, 1ª

— 124 —

ERROR DE HECHO (En qué consiste)

Sabido es que el error de hecho no versa sobre el extremo que se trata de probar sino sobre la existencia de los medios con los cuales se pretende demostrarlo, por lo cual, como ha sido jurisprudencia reiterada, el error de hecho ocurre cuando el fallador da por probado un hecho como consecuencia de haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba que demuestra en forma evidente que tal hecho no existió, o si lo ha tenido como no probado, por haber ignorado o no haber tenido en consideración un medio probatorio que demuestra evidentemente que tal hecho sí existió. (Casación Civil. Septiembre 25/58. Nº 2202).....159, 2ª

— 125 —

ERROR DE HECHO (Su demostración)

Como es bien sabido el error de hecho puede presentarse cuando el sentenciador dá por probado un hecho a pesar de que en el proceso aparezca claramente que ese hecho no ha existido; o cuando no ve la prueba que demuestra el hecho alegado. No basta, pues, alegar en casación que el sentenciador de instancia cometió error de hecho en la apreciación de las pruebas. Es preciso demostrar claramente en dónde está el error del sentenciador, y cómo él incide en la violación de la ley sustantiva. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205)....484, 2ª y 485, 1ª

— 126 —

ERRORES DE HECHO Y DE DERECHO (En la apreciación de pruebas)

El error de derecho en la apreciación de la prueba ocurre cuando al medio o medios que la constituyen se les da un valor que la ley no les reconoce, o cuando se les niega el que ésta les atribuye. Es indispensable, por tanto, que en la estimación de tales medios de juicio, haya habido un quebrantamiento de las normas legales que la establecen y valoran, las cuales deben indicarse para que el recurso prospere. (Artículo 520, 1º inciso segundo, 531 del Código Judicial).

El error de hecho estriba en que el fallador haya dado como demostrado un hecho, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un medio de prueba actuante en el proceso que establece que ese hecho no existió, o en que lo haya tenido como probado, por haber ignorado o no haber tenido en cuenta un elemento informativo que demuestre evidentemente que sí existió.

Pero el error de hecho en la apreciación de la prueba, según repetida doctrina de la

Corte, además de alegarlo el recurrente, debe demostrar que aparece de modo manifiesto en los autos, pues solo en este caso excepcional puede ser modificada tal apreciación en el recurso extraordinario. (Casación Civil. - Noviembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) 470, 2ª

— 127 —

ESTADO CIVIL (Diferencias con el nombre de una persona)

El nombre, uno de los atributos de la personalidad, sirve, en primer término, para individualizar a las personas. Se cumple con este objeto conservando el que los padres o interesados le hayan asignado al inscribirse en el libro de registro de nacimientos, o, en su caso, aquel con que haya sido bautizado de acuerdo con los ritos católicos. Mas no quiere ello decir que el nombre asignado a una persona al registrar su nacimiento o al bautizarlo sea inmutable. Ninguna norma legal obliga a las personas a conservar indefinidamente su nombre inicial; por el contrario, la costumbre, que regula lo relativo al nombre, enseña que muchas personas varían su nombre inicial, bien porque consideren aquel con que fueron registradas o bautizadas infamante, grotesco o irrisorio, ora por cualquier otra circunstancia. Lo importante, empero, es que la persona que actúa en la vida civil, en actos judiciales o extrajudiciales, se identifiquen en forma tal, mediante un nombre, que su individualización quede perfectamente establecida, sin que sea dable confundirla con otra persona; y si bien la manera más apropiada para dicha individualización es el uso del nombre con el cual la persona fue registrada o bautizada, nada impide que se logre el mismo objeto con el empleo de nombre diferente si no suscita dudas respecto de su identidad. Es aconsejable que las personas que deseen variar de nombre se dirijan a los funcionarios encargados del registro civil de las personas manifestándoles su voluntad para que dichos funcionarios tomen nota de tal mutación, mas si tal no se ha hecho, es suficiente, que no se presente en el curso del litigio duda alguna respecto de la identidad de las personas, para que pueda tenerse el nombre por ellas usado como elemento identificador e individualizador, que es, como se dijo inicialmente, el principal objeto del nombre como atributo de la personalidad.

Debe advertirse, por otra parte, que la identidad de una persona es diferente a su estado civil; de tal suerte que si el Tribunal tiene por probada esa identidad no estándolo, no viola las normas que organizan el estado civil de las personas, sino que ese error puede incidir en la **legitimatio ad causam** de la misma.

La **legitimatio ad causam** es la identidad de la persona que demanda con aquella a quien la ley confiere la acción incoada. (Casación Civil. Octubre 2/58. Nos. 2203-2204-2205).....423, 2ª y 424, 1ª

— 128 —

ESTADO DE SITIO (Facultades legislativas del Gobierno)

Cuestión fundamental previa al estudio de la demanda de inconstitucionalidad de un Decreto, es saber si el Gobierno pudo dictar o no la disposición acusada, en uso de las facultades conferidas por el artículo 121 de la Constitución Nacional.

Cuando el Presidente de la República, con la firma de todos los Ministros y audiencia del Consejo de Estado declara turbado el orden público y en estado de sitio toda la república o parte de ella, es decir, cuando hace uso de la facultad prevista en aquella norma constitucional, no puede de ninguna manera apartarse de las condiciones esenciales que fijan esa facultad, consistentes en la existencia de una situación de violencia, interna

o externa, la necesidad y obligación del restablecimiento de la paz por parte de la potestad pública, y la facultad de tomar las medidas necesarias para ese restablecimiento.

En desarrollo de tales condiciones la Corte ha sostenido, en sentencia de 28 de junio de 1956, que "el régimen de facultades extraordinarias reconocidas por la Constitución al Presidente de la República en caso de guerra exterior o de conmoción interior, no es una excepción al estado de derecho", y hoy sostiene, en ratificación de tal concepto, que el estado de sitio hace parte de un régimen de derecho, pues es una de sus partes integrantes. Esto es, que el Gobierno, en estado de sitio, queda sometido a un régimen de derecho vigente, en el cual existen normas jurídicas esenciales de orden público que no puede derogar ni suspender, y normas jurídicas no esenciales de ese orden —llamadas instrumentales— que sí puede suspender, siempre que la medida que adopte sirva para restablecer el orden jurídico perturbado o en trance de ser perturbado.

Así pues, para el ejercicio adecuado de las facultades del artículo 121 se necesita una alteración del orden público, ya por conmoción interna o externa, que los decretos expedidos por el Gobierno se refieran concretamente a ese estado de alteración de la paz pública y se encaminen al restablecimiento de ésta exclusivamente, y que no tengan por fin la indefinida continuidad del estado de sitio, ni traten de crear nuevas causas de alteración o de intranquilidad.

"La noción de orden público no está referida hoy a una mecánica concepción del orden policíaco de la Nación, sino que abarca también un determinado orden económico, un determinado orden social y un determinado orden político y moral". Así lo ha expresado la Corte en sintética interpretación de la sentencia de 28 de junio de 1956, mencionada, con lo cual esta entidad no hace sino ponerse a tono con los avances del derecho, pues hoy, como lo anota el jurisconsulto de Vareilles Sommieres en sus críticas dirigidas a la teoría clásica del orden público, esta expresión tiene varios sentidos, a saber: "En el lenguaje corriente, literario, significa la paz pública, la seguridad que se opone al desorden, es decir, al tumulto violento. En el lenguaje filosófico, el orden público es, en un pueblo, la disposición racional de las cosas, el orden entre los hombres, en sus bienes, en sus instituciones. Y en lenguaje práctico y jurídico, el orden público designa el bien público, el bien común". Si pues en el país surgieren graves perturbaciones que afecten la paz pública, así entendida, justificable es entonces el estado de sitio y la adopción por el Gobierno de medidas legislativas extraordinarias propias para contener o conjurar la perturbación, y los decretos que así expida, de orden político, económico o social, deberán tener siempre un **nexo causal** entre las leyes que se suspenden y la urgente necesidad de que tal suspensión obedezca al fin exclusivo del restablecimiento del orden público, pues si no lo tuvieren extralimitaría el Gobierno las facultades que el artículo 121 le confiere y abusaría en forma ostensible del poder. (Sala Plena. Septiembre 12/58. Nº 2202) .....9, 2ª y 10, 1ª y 2ª

— 129 —

ESTADO DE SITIO (Sobre qué materias puede legislar el Gobierno)

El Gobierno en ejercicio de las facultades excepcionales de que trata el artículo 121 de la Cárta, solo puede dictar las medidas cuya finalidad sea el restablecimiento del orden público, es decir, aquellas en que aparezca ostensible relación entre la conmoción interior y la necesidad de regresar a la normalidad.

No puede pues, el Gobierno sustituír al

Congreso, o sea al legislador, expidiendo códigos o leyes permanentes, porque hasta ese extremo no llegan ni podían llegar las atribuciones de carácter transitorio contenidas en el artícdlo 121. Estas no sirven de pretexto para asumir otras que no se le han confiado al que las asume.

La organización de la jurisdicción aduanera es de la incumbencia del Legislador y no del Ejecutivo (Crf. Const., artículos 76, numerales 1, 2, 3, 13 y 15, artículo 80, numerales 1 y 2, y artículo 81, numeral 3, inciso 2º).

La invasión por éste de las atribuciones otorgadas a aquel en la Carta Fundamental, lejos de contribuír al pronto restablecimiento del orden, alarga y agrava la perturbación, desquiciando la estructura jurídica del país. (Sala Plena. Septiembre 23/58. Número 2202).....13, 2ª y 14, 1ª

— 130 —

ESTAFA (Cuando se comete en ejercicio del comercio)

Sería totalmente infundado suponer que el legislador hubiera pretendido sujetar a un trato de excepción a quienes, en el ejercicio del comercio, cometen estafas. Lo que pasa es que, en el evento incriminado en el artículo 283, el provecho ilícito no se obtiene por el agente delictivo como la necesaria culminación de un proceso ponderado de persuasión en que el artificio, la superchería o la industria sirven siempre de instrumento para inducir en error al ofendido y obtener, por ese medio, su asentimiento. El mecanismo de tal delito, en sus aspectos formales y morales, es de ordinario simple, incomplejo, y puede referirse a simples palabras mentirosas. Mediante un ardid cualquiera, por un licor que está a la vista del público, se da otro; por un peso determinado, se entrega uno inferior. Para eso no se necesitan mayores artificios o peculiar industria; y el engaño se consuma con el hecho mismo de la entrega, burlándose así la buena fe del comprador, pero sin que, normalmente, haya sido necesario el empleo del aparato y los embustes a que suelen ocurrir los estafadores, bien sean habituales o bien ocasionales.

Lo que ocurre en la estafa, es distinto, como es bien sabido. En esta, la prestación patrimonial de la víctima ha sido precedida del juego habilidoso de ardides y tretas; del deslumbramiento de los falsos títulos, las calidades imaginarias o las mentidas influencias; en fin, de lo que Códigos y doctrinantes han denominado, dentro de la variedad de matices del idioma, socaliña, maquinación, impostura, astucia engañosa, estratagema, industria, maquinación, maniobra, manejos artificiosos, etc., etc. (Casación Penal. Sep. 9/58. Nº 2202).....179, 1ª y 2ª

— 131 —

EXTRANJEROS (Administración fiduciaria de sus bienes)

Hacia el final de la última guerra universal se expidió la Ley 39 de 1945 para liquidar el régimen de administración fiduciaria. ¿Y cómo ordenó liquidarlo? De modo sui generis: dando lugar a que se desconocieran o menoscabasen los títulos de propiedad que debían ser respetados por mandato del constituyente.

El señor Procurador recuerda que en la Conferencia de Cancilleres reunida en Río de Janeiro se recomendaron medidas precautelativas para seguridad del hemisferio occidental, y, entre ellas, el establecimiento del control y la administración fiduciaria. Con todo, el mismo señor Procurador, en rasgo de probidad intelectual que honra su memoria, no pudo menos de adicionar su comentario a la reunión de Cancilleres, diciendo: "La única salvedad fue la de que esto debía hacerse de acuerdo con la propia legislación de cada Estado".

Los principios en que se ha inspirado siempre la de Colombia garantiza la propiedad privada de todos sus habitantes, sin discriminaciones de nacionalidades ni de razas. (Sala Plena. Diciembre 12/58. Números 2203-2204-2205) 417, 1ª

— 132 —

EXTRANJEROS (Indemnizaciones por hechos o actos ejecutados por el gobierno de su país)

El concepto "indemnización" o "reparación" presupone necesariamente el de "responsabilidad". Es esta una proposición que por evidente en sí misma, hay que aceptarla en todas sus consecuencias. Cuando falta la responsabilidad, la indemnización carece de base jurídica.

"Los particulares —según el artículo 20 de la Constitución— no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución y de las leyes".

La expresión "particulares" incluye, desde luego, tanto a los nacionales como a los extranjeros.

Estos últimos responden por actos suyos que de algún modo hieran la Carta Fundamental o las leyes.

Así las cosas, se pregunta: ¿Están acaso obligados los extranjeros residentes en Colombia a responder civil, comercial o penalmente por actos que no fueron suyos sino de los gobiernos totalitarios?

Atendiendo a la Ley de Leyes y a las instituciones de Colombia, hay que contestar a esta pregunta en forma negativa. (Sala Plena. Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205) 416, 1ª y 2ª

— 133 —

EXTRANJEROS (Limitación a sus derechos civiles)

El artículo 11 de la Carta (5º del A. L. número 1º de 1936) dispone que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles que se concedan a los colombianos; pero que la ley podrá, por razones de orden público, subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros.

Obsérvese, ante todo, que las limitaciones legales previstas por el constituyente se refieren, en forma inequívoca, al ejercicio de determinados derechos, y no al título o señorío de los mismos.

En este orden de ideas, sin quebrantar la armonía que debe existir siempre entre la ley positiva y la moral cristiana, los bienes y propiedades de los extranjeros pueden ser sometidos, por razones de orden público, a restricciones tales que lleguen a impedir, transitoriamente, a los propietarios y titulares la administración de sus patrimonios, es decir, el ejercicio de sus derechos. La propiedad particular no puede ejercerse sino usándola para sí el dueño, o extrayéndole alguna otra utilidad legítima.

Puede, pues, el legislador, por los motivos de que trata el artículo 11, privar al propietario extranjero, durante un tiempo, de tal administración; pero no le es dado privarlo del dominio que la Constitución le garantiza, sino en los casos y con las formalidades que ella misma prevé. El patrimonio particular del extranjero puede ser embargado o bloqueado por razones de alta conveniencia nacional o internacional mientras dure la emergencia; pero de ninguna manera puede ser objeto de confiscación si se atiende a las tradiciones y a las normas del derecho público de Colombia.

El alcance del artículo 11 de la Carta no se presta a dudas ni está en pugna con los

demás preceptos de la misma. (Sala Plena. Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205).... 415, 2ª

— 134 —

EXTRANJEROS (Sus derechos y garantías civiles)

La tesis de que en virtud del artículo 11 de la Carta, "el Título III de la Carta Fundamental en cuanto a los derechos allí consagrados puede llegar a ser inaplicable a los extranjeros", es a todas luces inadmisible. Ni la letra ni el espíritu del artículo 11 de la Superley, se prestan para atribuírle alcance y eficacia distintos a los del principio americano de la igualdad jurídica de nacionales y extranjeros, que impide privar a estos de la propiedad de sus bienes invocando un erróneo concepto de orden público y las conveniencias nacionales. (Sala Plena. Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205)....416, 1ª

— F —

— 135 —

FILIACION NATURAL (Confesión extrajudicial)

La prueba testimonial para probar la confesión extrajudicial hecha verbalmente no es de recibo para acreditar las relaciones sexuales, estables y notorias. - (Casación Civil. Septiembre 9/58. Nº 2202).....54, 2ª

— 136 —

FILIACION NATURAL (Confesión inequívoca de paternidad)

La primera condición que se requiere para que sea operante "la confesión inequívoca de paternidad" es que sea personal; esto es que el documento en que aparezca tal confesión emane directamente del padre que confiesa.

De aquí resulta que las cartas de un colegio extranjero dirigidas a la supuesta hija natural, no son adecuadas para probar tal confesión.

En cuanto a la tarjeta de felicitación impresa, que se exhibe como prueba de la misma confesión, hay que convenir en que adolece del mismo defecto, porque tarjetas de esa clase las imprimen por unos cuantos centavos, sin discriminación de la persona que lo ordene en cualquier tipografía del país.

En relación con esto conviene advertir que lo personal implica que el documento haya sido escrito o autorizado o por lo menos firmado con firma autógrafa por el presunto padre, lo que no aparece en el presente caso. Casación Civil. Septiembre 9/58. Nº 2202).....52, 2ª

— 137 —

FILIACION NATURAL (Confesión inequívoca de paternidad)

Para establecer la confesión inequívoca de paternidad es necesario que se reúnan tres condiciones, a saber:

a.—Una manifestación hecha por escrito en que se haga tal confesión en forma llana que no deje lugar a duda;

b.—Que el escrito emane directamente del presunto padre, esto es que sea personal y no proceda de terceras personas; en otros términos, que provenga de él y solamente de él; y

c.—Que la manifestación hecha por escrito y emanada del presunto padre cree la convicción inequívoca de que realmente es el padre. Es decir que tenga carácter de sinceridad, y de realidad.

La jurisprudencia francesa, que es posiblemente la más generosa en esta materia, es explícita en exigir esas condiciones y la colombiana la ha seguido sin vacilaciones.

Una cuestión en que las jurisprudencias de los países han diferido es en lo relacionado con lo que puede llamarse la exterioridad del escrito contentivo de la confesión de paternidad.

La jurisprudencia española ha interpretado el artículo 135 del Código Civil que establece que "el padre está obligado a reconocer al hijo natural: 1º—Cuando exista escrito suyo indubitado en que expresamente reconozca su paternidad", en el sentido de que el documento que contiene la confesión debe ser escrito de puño y letra del padre y firmado por él. En Francia se acepta que el escrito pueda haber sido hecho por otro o por medio de una máquina, pero que esté firmado por el presunto padre y se establezca la autenticidad de tal firma.

Esta misma dirección ha seguido la jurisprudencia de la Corte, aunque parece desprenderse de ella que se admite una presunción de autenticidad mientras el escrito no haya sido objetado en cuanto a su procedencia u origen, pues establece que tal autenticidad en caso de ser objetada debe probarla el que hace valer tal escrito. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Nº 2202)...75, 1ª y 2ª

— 138

FILIACION NATURAL (Intervención del Ministerio Público en esta clase de juicios)

Si el interés general de la sociedad se encuentra envuelto en las cuestiones concernientes al estado civil, no es menos cierta y profunda la incidencia preponderante del interés privado y personal de quien promueve la acción para el reconocimiento de la paternidad natural por ministerio de la justicia. De donde se desprende que el sistema normativo al respecto es de orden público, pero establecido primordialmente para la adecuada protección de los intereses privados anexos al estado civil de las personas.

Por ello, la titulidaridad de la acción de reconocimiento se discierne exclusivamente al hijo, quien puede legitimarse en el proceso por sí mismo cuando posee plena capacidad de ejercicio, o representado por quien ejerza su patria potestad o su guarda, si es incapaz. Y para custodiar todavía con mayor esmero el interés de quienes llegan al mundo sin el amparo del ambiente hogareño en que la familia legítima se funda, está admitida a promover la acción en nombre del menor la persona o entidad que haya cuidado de su crianza y educación; del propio modo que el Ministerio Público tiene capacidad optativa para hacerse parte en los procesos sobre filiación natural, como representante de los intereses de la sociedad.

Si es el caso de la acción incoada por la persona o entidad que cuidara de la crianza y educación del menor, no es difícil descubrir que entonces se contempla la situación de especial desamparo en que el hijo, a pesar de su incapacidad, se halla sin representación legal, y estaría por lo mismo privado de aptitud para comparecer ante la justicia, si no fuera porque el artículo 12 de la Ley 45 de 1936 socorre al desvalido mediante la capacidad procesal extraordinaria otorgada para adelantar la acción comprobatoria de la paternidad a quien por haber protegido la suerte del hijo en abandono se le supone afectiva y moralmente interesado en asegurarle su futuro bienestar.

Esta capacidad procesal mira de inmediato el interés privado del hijo, y es completa sin necesidad de intervención alguna del Ministerio Público. Con fundamento más poderoso aún se impone la misma conclusión si el hijo es plenamente capaz o cuando en su nombre actúan los representantes legales en ejercicio de la patria potestad o la guarda. Con lo cual no se demerita el papel que incumbe al Ministerio Público, puesto que si su intervención no es forzosa nada le impide apersonarse en el debate para salvaguardar los valores permanentes emanados de la

moral y la ley, de la misma manera que su capacidad para ser parte en el proceso le habilita para ejercitar indistintamente los derechos de acción y de contradicción según sea necesario para salvar en cada caso los intereses generales confiados al Ministerio Público. Además, su aptitud procesal le permite intervenir en apoyo de la demanda o de la impugnación dentro de los procesos en curso promovidos por alguna otra de las personas o entidades capacitadas para ello.

Si, pues, claramente se trata de una facultad otorgada por la ley al Ministerio Público para usarla o no de acuerdo con su prudente arbitrio, es inadecuado pretender que por vía de interpretación exista una exigencia esencial para la validez del juicio en que se ventilan acciones cuya titularidad concierne a los particulares capacitados para obrar por sí mismos o por medio de sus representantes legales. Y si en el estado civil de las personas se entremezcla el orden público, allí se encuentra la razón de la capacidad procesal del Ministerio Público en la acción comprobatoria de la paternidad natural, mas no la necesidad de su intervención forzosa sin que así lo establezca expresa y terminantemente el derecho positivo de la Nación.

Por el contrario, el segundo inciso del artículo 12 deja entender con toda claridad que la intervención del Ministerio Público es obtativa, cuando dice:

"Las acciones judiciales dirigidas a obtener que se declare la filiación, se surten precisamente por medio de abogado titulado, salvo cuando las siga el Ministerio Público".

En consecuencia, no cabe predicar nulidad por falta de citación del Agente del Ministerio Público en los procesos de filiación natural promovidos por alguna otra de las personas o entidades legalmente capacitadas para ello, si en concreto el Ministerio Público no se hizo parte para coadyuvar la acción o la contradicción. Menos aún habrá lugar a entender que, por vía de consecuencia, el sentenciador usurpara jurisdicción. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Nº 2202) ..... 84, 2ª y 85, 1ª y 2ª

— 139 —

FILIACION NATURAL (Posesión del estado civil)

La prueba de la posesión de estado comprende dos partes que son: la completa prueba de que el presunto padre se ocupe de proporcionar al supuesto hijo, alimentos, vestido y demás cosas necesarias para su relativo bienestar, que lo haya puesto en educación conforme a sus posibilidades y haya tomado las medidas para encarrilarlo en la vida mediante un adecuado establecimiento, todo naturalmente dentro de la necesaria relatividad; y la de que esto haya sido de tal manera ostensible y efectivo que haya llevado a los deudos y amigos al convencimiento de ser verdaderamente, el individuo que ha obrado de ese modo, el padre natural de aquel por quien ha velado de tan asidua manera. Esta última posición se sustituye por el convencimiento del vecindario sobre la misma materia, o se suma a ella según el caso. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Nº 2202) .....74, 1ª y 2ª

— 140 —

FILIACION NATURAL (Posesión notoria)

La posesión notoria del estado de hijo natural consiste en que el padre lo haya tratado como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio, en general, le hayan reputado como hijo de ese padre a virtud de aquel tratamiento. Debe acreditarse la posesión notoria por un conjunto de testimonios fidedignos que la establezcan de un modo irrefragable, y no es de recibo como prueba del estado civil

sino cuando ha durado diez años por lo menos. (6º, Ley 45 de 1936, 398, 399 del C. C.).

La amplitud en la interpretación del régimen normativo sobre reconocimiento por la justicia de la paternidad natural nunca permitiría desvanecer o en modo alguno desintegrar los elementos inseparables que deben concurrir —el uno como consecuencia del otro— en la ejecución sucesiva de los hechos posesorios de estado durante todo el lapso no inferior de diez años previsto por la ley. Son sin duda alguna los hechos posesorios específicamente determinados en la norma como provenientes del padre en cuanto a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo, los que permiten inferir en forma irrefragable a deudos y amigos o al vecindario del domicilio en general el estado civil que se impetra, por virtud de la repetición continuada en el tiempo mínimo de diez años de aquellos mismos hechos que ha debido cumplir el presunto padre. El legislador es concluyente cuando dice:

"Para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, deberá haber durado diez años por lo menos".

Si el lapso de diez años se interrumpe por cualquiera causa valedera, muerte del padre por ejemplo, no podrá acreditarse la posesión de estado. Pero de ahí no se desprende que el hijo natural quede privado de tutela jurídica, desde luego que no se trata de la única y exclusiva causal de reconocimiento de la paternidad y comoquiera que el trato paterno acreditado fidedigna e irrefragablemente por tiempo que no alcance a cubrir el mínimo legal, bien puede salir en respaldo y apoyo de algún otro motivo para la declaración de paternidad.

No es posible confundir la sucesión en el tiempo de hechos emanados del padre en sus relaciones con el pretenso hijo natural con el recuerdo o la opinión perdurable en diez años o más que sobre la paternidad discutida en juicio llegaran a formarse los declarantes por hechos aislados y en todo caso fuera del tracto sucesivo que el régimen legal organiza y reglamenta. (Casación Civil. Diciembre 4/58. Nos. 2203-2204-2205) .....516, 2ª y 517, 1ª

— 141 —

FILIACION NATURAL. (Prueba testimonial)

El estado civil de las personas no puede probarse por medio de confesión; pero de ahí a negar toda valoración jurídica al testimonio de los demandados encaminados no a establecer directamente el estado civil, sino los hechos constitutivos de tal estado civil, hay un trecho considerable.

Más aún: en relación con el estado civil de los hijos naturales, la ley admite otra forma de establecimiento, cual es el de la investigación judicial de la paternidad en los casos en que ésta no se haya establecido por los medios indicados en el artículo 2º de la Ley 45 de 1936.

La investigación judicial de la paternidad puede pedirse con base en algunos de los hechos a que se refiere el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, entre los cuales se encuentran los contemplados por los ordinales 4º y 5º, o sea las relaciones sexuales estables entre los padres naturales y la posesión notoria del estado de hijo natural. La prueba, ya sea de las relaciones sexuales, ya sea de la posesión notoria, es prueba libre; por tanto, son admisibles toda clase de pruebas para establecer algunos de esos hechos.

Los documentos que emanan de los demandados y los testimonios de los mismos, tienen un valor muy especial para establecer los hechos constitutivos del estado de hijo natural.

Ya el artículo 397 del Código Civil al referirse a la posesión notoria del estado de hijo legítimo y el 6º de la Ley 45 al de la posesión de hijo natural, advierte que uno

de los hechos que la constituyen consiste en que los padres hayan tratado al hijo como tal, y lo hayan presentado con ese carácter a sus deudos y amigos.

Los deudos son precisamente los más próximos parientes del causante. Ha estimado la ley que tiene una gran significación jurídica y un especial valor, el que el hijo natural haya entrado a formar parte de la familia del padre. (Casación Civil. Septiembre 8/58. Nº 2202) 46, 1ª

— 142 —

FILIACION NATURAL (Prueba testimonial para demostrar la posesión del estado civil)

Quiere la ley en la organización de la causal 5ª para el reconocimiento de la paternidad natural por la justicia que los hechos posesorios de estado permitan inferir la persona del progenitor con tan clara y segura convicción que esos mismos hechos continuados durante diez años por lo menos exterioricen de modo incontestable los equivalentes jurídicos del reconocimiento voluntario efectuado por el padre.

La atención concerniente a la subsistencia, educación y establecimiento del hijo en armonía con las circunstancias concretas del caso en particular, han de producir la inferencia indubitable que permita a deudos y amigos o al vecindario respectivo atribuír la paternidad a determinada persona en la vida cotidiana a través del tiempo, lo mismo que al Juez del conocimiento llegar a la más firme, plena y absoluta convicción sobre la existencia del estado civil que se pretende en juicio.

El sistema legal demostrativo de posesión notoria de estado no obedece a la norma común de que "dos testigos hábiles que concuerden en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar forman plena prueba" (697 del Código Judicial). Es un sistema excepcional, estricto y exigente de un conjunto de testimonios fidedignos que establezca de modo irrefragable que el padre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y que sus deudos y amigos o el vecindario en general lo haya reputado como hijo de dicho padre a virtud de aquel tratamiento, durante diez años continos por lo menos (5º, 4º, 6º y 7º, Ley 45 de 1936; 398 y 399 del Código Civil).

La austeridad de esta regulación y la necesidad de pruebas fidedignas, irrefragables y concluyentes se justifican más que nunca cuando se trata de descubrir la paternidad fuera del matrimonio, sembrada en campos de incertidumbre. Lo cual, por otra parte, indica el papel preponderante que la ley confía a la responsabilidad y discreción del sentenciador frente a inferencias cuyo profundo y verdadero alcance halla refugio en la conciencia del Juez, al abrigo de censura ante la Corte mientras no se demuestre error craso como fundamento del fallo acusado. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Nº 2202) 86, 2ª

— 143 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

En casos de declaración judicial sobre el estado de hijo natural, la ley, que con generoso espíritu aceptó la investigación de la paternidad, en beneficio de los hijos naturales, cuando estos no gozaron del reconocimiento por parte del padre, es también muy exigente en cuanto a las pruebas que se deben presentar para convencer al Juez del hecho de la paternidad invocada. Esto es apenas natural, pues lo contrario podría dar origen a graves perjuicios en el seno de las familias, introduciendo a ellas elementos extraños y creando una serie de problemas que atentarían contra la organización de la familia base insustituíble del orden social.

El inciso 4º del artículo 4º de la ley sobre filiación natural, establece que procede la declaratoria judicial de la paternidad, cuando entre el presunto padre y la madre hayan existido relaciones sexuales estables, aun sin necesidad de demostrar la común habitación, pero "siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días, contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron". Esto significa que es preciso determinar exactamente la época (no el día preciso) en que empezaron las relaciones y aquella en que terminaron, para que, conocida la fecha del nacimiento del hijo, pueda deducirse si realmente éste nació como fruto de tales relaciones sexuales estables. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205).....498, 1ª y 2ª

— 144 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

La organización de la familia legítima, basada en el matrimonio, se encamina de manera primordial a proporcionar certeza de la filiación con respecto a la persona del padre.

Si con el fin de que por la justicia se declare la paternidad natural está invocada la existencia de relaciones sexuales entre la madre y el presunto padre, las condiciones de la ley para que la situación de hecho pueda equipararse, a efectos de la certeza de la paternidad, con el legítimo estado de derecho, deben llenarse a cabalidad, material y formalmente.

No es bastante que con razonable probabilidad pueda colegirse el trato carnal del pretendido padre con la mujer de quien viniera al mundo el actor en juicio de filiación natural. Es ineludible según el ordenamiento que se trate de relaciones sexuales notorias y estables, aunque no haya habido comunidad de habitación.

Si comúnmente acontece que las relaciones sexuales fuera de matrimonio se hallan envueltas en ropajes de discreción que las alejan y disimulan al testimonio de los hombres, ello es conducente a significar que la causal de la ley solo es aplicable a las hipótesis más o menos numerosas, pero de excepción siempre, en que la notoriedad conduzca a la convicción judicial sobre la existencia de determinadas relaciones sexuales. Como es obvio, esto hace particularmente exigente el sistema probatorio al respecto, pues se tratará casi siempre de inferencias susceptibles de equívoco, de indicios más o menos graves, precisos y conexos entre sí, o de pruebas simplemente circunstanciales.

Pero aun en el supuesto de la notoriedad, todavía no es suficiente establecerla para que las relaciones sexuales estén calificadas para proveer el reconocimiento judicial de la paternidad. Es preciso además que las dichas relaciones tengan el carácter de estables.

No que la estabilidad contradiga las leyes que imperan en la naturaleza humana, por entender que se trate del ininterrumpido contacto sexual en que la razón práctica nunca ha tocado la mentalidad de los hombres. Es precisamente la configuración connatural del estado de hecho que en concreto y en forma adecuada conduzca al juzgador a sentar la presunción de paternidad para suplir por su equivalente jurídico la que del matrimonio arranca en la filiación legítima. (Casación Civil. Diciembre 4/58. Nos. 2203-2204-2205).....515, 2ª y 516, 1ª

— 145 —

FILIACION NATURAL (Relaciones sexuales estables y notorias)

No puede el Tribunal estimar debidamente

acreditadas las relaciones sexuales estables, cuando las declaraciones de los testigos "hablan en general de que las relaciones sexuales a que aluden eran notorias y estables". La jurisprudencia tiene dicho que expresiones conceptuales de esta clase no se pueden tener en consideración, porque es al Juez a quien corresponde, mediante un proceso mental, decidir si existen características de la notoriedad y la estabilidad en las relaciones sexuales; a este respecto la misión del testigo es la de proporcionarle al Juez los materiales de hecho que le permitan hacer tal afirmación. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205).....498, 2ª y 499, 1ª

— 146 —

FUGA (Delito de)

La fuga no se desnaturaliza porque se efectúe cuando el proceso se halle al conocimiento de funcionario distinto del que ordenó la detención del sindicado. Este ilícito contra la administración de justicia solo requiere la concurrencia de los siguientes elementos: a) Que el detenido lo esté en forma legal; y b) Que esa detención obedezca a un delito que se le imputa. Si hay providencia escrita de autoridad competente; si ella se ha dictado de acuerdo con las formalidades previstas en la ley; y si esta providencia la conoce el imputado, y se evade, el delito de fuga está jurídicamente perfecto, sin que sea necesario que la evasión se efectúe de la cárcel, pues puede cometerse en otros sitios a que hubiere sido llevado el detenido para la práctica de una diligencia o mientras se le conducía con esa finalidad. Nada de ello incide en la estructura del delito, si se han llenado las exigencias que se acaban de indicar. (Casación Penal. Diciembre 10/58. Nos. 2203-2204-2205).....608, 2ª

— 147 —

FUNCIONARIOS PUBLICOS (Delitos cometidos en ejercicio de sus funciones)

No define la ley colombiana la expresión "causas de responsabilidad", empleada por el artículo 44 y otras disposiciones del Código de Procedimiento Penal. Pero como ella es referida siempre a infracciones penales de personas investidas de funciones públicas, debe entenderse que dichas causas son las originadas en delitos (o faltas) que solo pueden cometer miembros de la administración pública en su carácter de tales, esto es, los llamados por Merkel "delitos puros de los funcionarios", los cuales consisten, al decir de González Roura, en "omisión de sus deberes, extralimitación de sus facultades, o casos de inconducta notoria".

Es cierto que las referidas infracciones deben realizarse, por lo general, a causa o con ocasión del ejercicio de las funciones del agente. Ello no es, empero, absoluto. Cuando el hecho imputado asume carácter delictuoso solo por haberlo cometido un servidor de la administración pública, pues sería penalmente indiferente si lo ejecutara un particular, como ocurre con la intervención en política y las negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, se trata también de un delito propio de los funcionarios, vale decir, de un delito oficial o de responsabilidad, según la terminología de la jurisprudencia colombiana, aunque no exista nexo alguno entre su realización y el ejercicio de las funciones del culpable. Y si éste es un Juez Superior o de Circuito, su juzgamiento corresponde en primera instancia al respectivo Tribunal Superior (artículo 44 del C. de P. P.) y a la Corte en segunda (artículo 42 ibidem). (Casación Penal. Noviembre 6/58. Nos. 2203-2204-2205).....578, 2ª

— 148 —

FUNCIONARIOS PUBLICOS (Prueba de su calidad)

En un funcionario público deben concurrir, para ser lo que se denomina en la doctrina **funcionario de derecho**, los siguientes presupuestos: a) El **título**, emanado del nombramiento (decreto, elección, resolución, etc.), y que se perfecciona con la confirmación en los casos pertinentes, el cual se demuestra por medio de copias de los actos respectivos; b) La **posesión**, consistente en el juramento que presta el interesado "de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban" (artículo 251 del C. de R. P. y M.), la que también se acredita mediante copia del documento en que ella conste, y c) La **investidura**, vale decir, el efectivo ejercicio del cargo, la cual puede establecerse con certificaciones de la autoridad que tenga conocimiento de ella o con los demás medios ordinarios de prueba, inclusive con los propios actos públicos del funcionario.

La existencia material del primero y el último de los anteriores requisitos es esencial al carácter de funcionario. Quien se haya posesionado de un cargo y asumido la investidura, con absoluta carencia de título, no es más que un **usurpador**, cuyos actos públicos son jurídicamente inválidos, y no responde por estos sino como particular y por el delito de usurpación de funciones. A su vez quien haya obtenido el título y la posesión, no es sino un funcionario en potencia mientras no adquiera la investidura.

No ocurre en cambio lo mismo con la posesión, cuya falta de origen, si concurren los otros dos presupuestos, al llamado **funcionario de hecho**, el cual realiza actos públicos jurídicamente válidos y responde por su gestión como si fuera **funcionario de jure**, como expresamente lo indican los artículos 7º del Código Judicial y 252 del C. de R. P. y M. Otro tanto puede decirse de quien tiene un título deficiente o inválido, cuyo vicio no afecta la validez de los actos públicos que realiza, según los modernos expositores de derecho administrativo, y es sobre todo indiferente para los efectos penales, pues para estos, como lo anota Maggiore, "basta el ejercicio de hecho de las funciones públicas, y al Juez no le queda otra posibilidad de control que la de comprobar la existencia de hecho del nombramiento mismo, como título de toma de posesión".

De lo expuesto es preciso concluír que para establecer la calidad de funcionario público en una persona, lo primero que importa acreditar es su título de tal. (Casación Penal. Noviembre 5/58. Nos. 2203-2204-2205) . . . . . 576, 1ª y 2ª

— G —

— 149 —

GUERRA (Responsabilidad del gobierno extranjero y sus ciudadanos)

No es admisible acoger, por vía de doctrina, la tesis de la responsabilidad de los particulares por las guerras que surgen entre los gobiernos de las naciones, pues semejante responsabilidad, lejos de fundarse en las leyes positivas y naturales, las contradice y desvirtúa abiertamente.

Aun en los sistemas democráticos y representativos, la multitud que elige no responde con sus patrimonios de los abusos e injusticias de cualquier orden que puedan cometer, en el desempeño de la autoridad, los elegidos.

A la generalidad de los Estados ibero-americanos solo les fue posible prestar una especie de respaldo moral a la causa de las Naciones Unidas en la última guerra, como lo hizo Colombia mediante declaración de beligerancia con Alemania. La defensa de esa causa y la del hemisferio contra los gobier-

nos del Eje, por suponerse de necesidad y de justicia, no podía jurídicamente invocarse para cohonestar la violación radical del derecho de propiedad de alemanes, japoneses o italianos. Cobrar a los pueblos lo que hicieron sus gobiernos es actitud contraria a los más elementales principios de justicia. (Sala Plena. - Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205) 416, 2ª

— H —

— 150 —

HEREDERO (Prueba de su calidad de testamentario)

La copia de la escritura de protocolo de la diligencia de apertura y publicación del testamento en que se les designa como herederos a los demandados es prueba, conjuntamente con la certificación expedida por el Juez de la sucesión, de que ellos aceptaron su calidad de herederos testamentarios y de que fueron instituídos en el testamento que constituye la prueba indispensable de la identidad entre el instituído en el acto testamentario y la persona o personas que deben responder de la acción concedida por la ley en el presente caso, sin que a ello se oponga el hecho de que esos instituídos sean las mismas personas a quienes la ley llama a suceder ab-intestato. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Nº 2202)....70, 2ª y 71, 1ª

— 151 —

HIJOS NATURALES (Derechos en la sucesión de sus padres)

Es un error pretender gobernar una sucesión testamentaria por las reglas de la sucesión intestada. En aquella la ley distingue un capital de forzosa disposición para los legitimarios y uno de libre disposición que puede asignar a quien quiera.

El hijo natural es titular de su legítima rigurosa; por una parte, a tenor de lo que dispone el artículo 1.240; y por otra parte de la cuarta de mejoras según lo dispone el artículo 24 de la Ley 45 de 1936.

La acción de investigación de paternidad natural y la consecuencial de petición de herencia frente a una sucesión testamentaria tan solo puede tener por objeto reclamar las asignaciones forzosas que por ley corresponde al hijo en caso de que triunfe en su acción, en razón de ser legitimario y titular de la cuarta de mejoras. Pero esa acción no puede destruír la disposición de la cuarta de libre disposición.

Sobre el particular es enfático el artículo 23 de la Ley 45 de 1936 al estatuír que la mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1.016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1.243 a 1.245, se dividen por cabezas o estirpes entre los respectivos legitimarios, según el orden y las reglas de la sucesión intestada; una cuarta parte denominada de mejoras se destinará para los descendientes legítimos, o hijos naturales. (Casación Civil. Octubre 2/58. Nos. 2203-2204-2205).....426, 2ª y 427, 1ª

— 152 —

HIPOTECA (Embargo decretado en ejecutivo promovido en acción personal)

Ni el remate por sí solo ni menos aún el embargo en juicio ejecutivo con acción personal pueden figurar como causas destinadas a extinguir el derecho real de hipoteca. Ni directa ni indirectamente habrían de producir ese resultado sin desconocer los derechos de persecución y de preferencia como atributos esenciales que se predican frente a toda persona en beneficio del acreedor con garantía real.

El gravamen hipotecario es perseguible erga omnes, incluso frente al tercero que

haya adquirido la finca respectiva en pública subasta ordenada por el Juez, si no hubo para el acreedor hipotecario la competente citación personal en el proceso, como salvaguarda de su derecho preferencial a ser cubierto sobre el precio del remate. Ahora bien: el embargo decretado en juicio ejecutivo con acción personal, menos puede hacer ineficaces las prerrogativas del acreedor hipotecario, cuando es claro que vendrían a ser aniquiladas si se entendiera que ese mismo embargo fuese inductivo de nulidad absoluta por objeto ilícito del remate con que finalizara el ejercicio de la acción real hipotecaria.

Sucede a la inversa: ante las ventajas envueltas por los derechos de persecución y de preferencia que asisten al acreedor con garantía específica, cede el embargo decretado en juicio con acción personal y se abre paso con plena validez a la venta judicial de la hipoteca para cubrir primeramenee al acreedor que ejerce la acción real, con lo que se llenan los fines de interés común anexos a la firmeza y desarrollo del crédito hipotecario.

Es así como la regla del artículo 201 de la antigua Ley 105 de 1890, acerca de que "embargada una finca en un juicio, es prohibido embargarla en uno diferente mientras subsista el embargo primitivo, y si se embargare, es nulo ipso jure el último embargo", a que corresponde hoy el artículo 1.013 del Código Judicial, que prevé cómo "embargada una cosa en un juicio, no es embargable en otro, y, en consecuencia, si se trata de inmuebles, el Registrador debe abstenerse de anotar el segundo embargo", ha sido hecha para gobernar la ejecución forzosa de los créditos personales sin garantía específica y sometidos por ello en igualdad de rango a la ley del prorrateo sobre la prenda común de los acreedores quirografarios integrada en general por el patrimonio del deudor.

Pero como el gravamen real hipotecario desde el día de su constitución contiene no solo el derecho de persecución frente a todo el mundo, sino también y en los mismos términos el derecho de venta para la satisfacción preferente del crédito así garantizado, ningún género de embargo en juicio para hacer efectivo un crédito simplemente quirografario tendrá aptitud jurídica para extinguir, menoscabar o en alguna forma hacer nugatoria la garantía real constituída por medios adecuados en derecho cuando la finca se encontraba libre de todo embargo judicial.

Si aun en el supuesto del remate en juicio ejecutivo con acción personal el adquirente de la finca habría de recibirla con el gravamen hipotecario preexistente, a menos de citación personal del respectivo acreedor para ser cubierto sobre el precio del remate (2.452 del Código Civil), con mayor fuerza aún es de ineludible cumplimiento el principio de que el simple embargo con acción personal de la cosa hipotecada, carece de mérito para despojar al acreedor con hipoteca preexistente del derecho de conseguir el pago a través de la acción persecutoria que conduzca válidamente al remate de los bienes hipotecados. El embargo anterior de la cosa hipotecada no será nulo, pero su eficacia en derecho se limita al remanente que pudiera quedar sobre el precio de la venta judicial una vez desinteresado el acreedor hipotecario.

Antes que cualquier regla procedimental, las instituciones civiles —en función de las cuales los ritos existen— organizan los derechos patrimoniales y marcan las diferencias profundas entre créditos simples o quirografarios y créditos con garantía real o específica. De lo cual se desprende, además, que carecería de fundamento en derecho el Registrador que pretendiera abstenerse de registrar el remate en juicio con base en hipoteca, a pretexto de embargo que se hu-

biera decretado en juicio con acción simplemente personal.

Se explica entonces que conforme al artículo 1.198 del Código Judicial el embargo y secuestro decretados en juicio hipotecario pongan fin a los efectuados en juicio ejecutivo común. Y si bien esta norma en concreto no entró a regir sino desde el 1º de enero de 1932, no es posible olvidar que hasta la misma fecha estaba en vigor el artículo 11 de la Ley 108 de 1928, de contenido equivalente, a saber:

"Artículo 11.—El embargo y secuestro decretados conforme a esta ley pone fin, respectivamente, a los efectuados en juicio ejecutivo con acción personal.

"Si el juicio ejecutivo iniciado con acción real finalizare por cualquier causa legal antes de verificarse la venta, o adjudicación de los bienes, subsistirán los embargos hechos con acción personal". (Casación Civil. Nov. 12/58. Nos. 2203-2204-2205) .....466, 2ª y 467, 1ª

— 153 —

HOMICIDIO (Cometido en riña imprevista)

Riña no provocada por el responsable y riña imprevista para éste, no son conceptos equivalentes. Como tampoco se puede confundir la situación de quien aceptó la riña con la de quien fue sorprendido por ella. No ser el "provocador" (en el Código Italiano se dice "causa determinante de la riña o pelea") es una conducta; actuar en el lance imprevisto, otra distinta. Y solo esta —cuando es de modo expreso reconocida por los Jueces populares— obra como circunstancia modificadora del delito.

"Si el homicidio tuviere lugar en una riña no provocada ni aceptada por el agresor, en la cual éste se vio envuelto de una manera casual, la pena..." etc., decía el artículo 603 del Código, que estuvo en vigencia hasta el 30 de junio de 1938. Y también en ese estatuto (artículo 670), el provocado, si aceptó voluntariamente el reto estaba sujeto a sanción. El problema se debatía pues, en el plano de la determinación de la voluntad. De ahí que la jurisprudencia hubiera considerado que la atenuación del artículo 384 del Código Penal se puede definir diciendo que "la riña asume el carácter de imprevista cuando se presenta de modo tan fortuito y ocasional, que el combatiente no haya podido presumir su ocurrencia porque lógicamente ella, dentro de circunstancias normales, no debía producirse". (Casación Penal. Septiembre 23/58. Nº 2202) .....212, 1ª y 2ª

— II —

— 154 —

IDENTIDAD (De una persona)

Véase el aparte Estado civil en el número 127 de este Indice.

— 155 —

IMPEDIMENTOS (Cuándo es delictuoso no declararlos)

Para que pueda imputarse como delictuosa la omisión en denunciar un impedimento, no basta que este exista. Se requiere también que la causal de recusación haya sido conocida por el funcionario y no obstante ello se haya negado a declararla. Pero si tal actitud no obedece al deseo de actuar en el proceso, contrariando así las previsiones de la ley, sino a descuido o inadvertencia, no es punible porque le falta el elemento moral que consiste en "la intención dolosa de rehusar, hacer o ejecutar un acto que por imperativo de la ley debe cumplirse", para emplear una expresión de esta misma Corte. (Casación Penal. Diciembre 10/58. Números 2203-2204-2205) 603, 2ª

— 156 —

INDAGATORIA (Verificación de las afirmaciones del sindicado)

Véase el aparte Derecho de defensa en el número 109 de este Indice.

— 157 —

INDEMNIZACION A cargo de extranjeros por hechos o actos ejecutados por el gobierno de su país)

Véase el aparte Extranjeros en el número 132 de este Indice.

— 158 —

INDEMNIZACION (A cargo del gobierno del Reich Alemán)

Unicamente los bienes que hubiera podido poseer en propiedad el Reich Alemán, dentro de las fronteras colombianas, podrían haber quedado sujetos a las resultas de un juicio de indemnización o reparación por los daños consecuentes a la segunda guerra universal. Mas los bienes de personas particulares, naturales o jurídicas, no constituyeron jamás esa especie de garantía tácita para darle eficacia a una responsabilidad inexistente. (Sala Plena. Diciembre 12/58. Números 2203-2204-2205) 416, 2ª

— 159 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Aplicación cuando se recurre a la cláusula de reserva)

Véase el aparte Cláusula de reserva en el número 79 de este Indice.

— 160 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Buena fe patronal)

La drasticidad de la sanción prevista por el artículo 65 se halla atemperada por una jurisprudencia, según la cual el elemento buena fe exonera al patrono de la indemnización por mora, y la temeridad o mala fe lo hace responsable de la pena.

Si ha de considerarse salvaguardiada la postura patronal contra la sanción indemnizatoria por el patrocinio del elemento buena fe, es apenas obvio que mientras este último persista o transcurra en el tiempo, aquella postura del patrono se verá precavida contra la sanción por mora. La solución anterior es predicado natural de que, dada la buena fe, esta se presume subsistir temporalmente en el sujeto que la ostenta hasta cuando se deduzca su desaparición en él de hechos eficazmente demostrativos de que tal elemento ha desaparecido.

En este orden de ideas es razonable sostener que la buena fe resguarda al sujeto patronal contra la sanción mientras (noción temporal) lo acompaña, al par que la mala fe lo responsabiliza de la pena mientras se encuentre asociada a su conducta, habida cuenta de que la sanción misma es graduable en función temporal, por tratarse de una indemnización cuantitativamente variable en relación al tiempo, tasable en "una suma igual al último salario diario por cada día de retardo". (Artículo 65, número 1º).

De otra parte, la jurisprudencia ha sostenido con inmodificada persistencia que los elementos buena o mala fe son presunciones judiciales deducidas por el juzgador del acervo de pruebas y según el sistema de la libre formación del convencimiento. - (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) ..... 254, 1ª y 2ª

— 161 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Consignación irregular)

La pretendida irregularidad de la consignación judicial no podría aceptarse por sí sola como factor destructivo de la eficacia de la buena fe procedente del patrono como eximente de la sanción, respecto del lapso anterior, durante el cual aquella buena fe se evidencia.

Si prosperara la tesis de la consignación irregular, aparecería manifiesto que los efectos de esta no obrarían retrospectivamente en punto a anodadar la precedente buena fe del patrono y destruír su protectora eficacia contra la sanción durante el lapso pretérito. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Número 2202).....254, 2ª

— 162 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Cuando se discute sobre la existencia del contrato de trabajo)

El Tribunal Supremo del Trabajo, en casación de 10 de marzo de 1954, expresó: "No siempre que se discuta la naturaleza del contrato debe dejar de aplicarse la sanción establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, porque si así fuera, se abriría la puerta para que ese mandato fuera defraudado. Solo en aquellos casos en que por razones realmente poderosas y serias que surjan de los hechos del litigio, la postura del patrono pueda tener carácter realmente respetable para discutir la calidad del contrato, la sanción precisada no debe ser aplicada. Se trata, pues, de situaciones de excepción. Cuando la litis se traba no sobre la existencia del contrato, sino sobre sus consecuencias, o cuando trabándose sobre aquella, se ve la sin razón de la polémica, sobre la calidad de una relación que aparece clara, la norma referida debe aplicarse sin consideración". (Casación Laboral. Noviembre 29/58. Nos. 2203-2204-2205)....732, 1ª

— 163 —

INDEMNIZACION MORATORIA (Por retención indebida)

La indemnización por "retención indebida" de los salarios, está comprendida dentro de lo que la jurisprudencia ha denominado "indemnización por mora" cuyo objeto no es otro que reprimir todo acto de retención por parte del patrono de las prestaciones y salarios debidos al trabajador, en los casos en que dicha retención no ha sido autorizada por la ley, vale decir, siempre que lo que se adeude al trabajador en virtud del contrato de trabajo le sea retenido en forma indebida; por esta razón tal petición debe considerarse incluída en la de salarios caídos. (Casación Laboral. Diciembre 19/58. Números 2203-2204-2205).....763, 2ª

— 164 —

INJURIA (Elementos del delito)

Esta Sala Dual está de acuerdo con la Unitaria del Tribunal de primera instancia, cuando explica que tanto en lo subjetivo como en lo objetivo para que el delito de injuria se configure "se necesita que.... las palabras escritas o pronunciadas —cuando de ellas se trata— constituyan realmente, en su aspecto externo, un ataque al honor, a la reputación o a la dignidad de una persona, y que, en lo interno, se hayan escrito o pronunciado con animus injuriandi, o sea con el propósito de causar el daño, aunque éste, en realidad, no se presente". - (Sala Dual. Septiembre 3/58. Nº 2202)....17, 1ª

— 165 —

INSPECCION OCULAR (De un terreno o finca)

Esta Corte en varias sentencias ha afirmado que para que una inspección ocular tenga pleno valor es necesario que el terreno o la finca examinados se recorran, se examinen y se reconozcan debidamente. Entre otras debe recordarse la del 7 de diciembre de 1954. (Tomo LXXIX, pág. 388). (Casación Civil. Octubre 23/58. Nos. 2203-2204-2205) 453, 2ª

— 166 —

INTERPRETACION ERRONEA (De la ley)

Cuando se acusa una sentencia por interpretación errónea de una norma sustantiva, debe examinarse si el organismo jurisdiccional, realizó la función primordial de decidir cuál es el pensamiento de la norma —como medio único de poder apreciarla con rectitud— y si inquirió su sentido sin desviaciones ni errores, pues cuando ello ocurre, la casación los corrige poniéndolos de relieve y subrayando la insuficiencia del juicio o el exceso cometido al formularlo. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Números 2203-2204-2205) 681, 2ª

— 167 —

INVENTARIOS (La inclusión de bienes no es prueba del dominio)

La simple inclusión de bienes en los inventarios de una sucesión, como reiteradamente lo ha dicho la Corte, no es prueba del dominio sobre ellos, pues así lo dice expresamente en su ordenamiento jurídico el artículo 475 del Código Civil, que concuerda con el 673 de la misma obra, según el cual los modos de adquirir el dominio son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205). 436, 2ª

— 168 —

INVESTIGACION (Del delito de intervención en política)

Es francamente inadmisible la conducta del Tribunal que se abstiene primero de averiguar si el acusado intervino en debates políticos (artículo 180 del Código Penal), esto es, si los hechos denunciados implicaron tomar parte en una controversia, contienda o lucha política, para luego concluír que, como no hay prueba para llamarlo a juicio, debe sobreseerse definitivamente en su favor, con clara violación del artículo 436 del C. de P. P., que expresamente ordena el sobreseimiento temporal para ese supuesto. (Casación Penal. Noviembre 6/58. Nos. 2203-2204-2205) 578, 2ª

— 169 —

IRA E INTENSO DOLOR

Es invariable la doctrina de la Corte sobre la exigencia de los elementos "gravedad e injusticia de la provocación" como causa de la ira o del intenso dolor a cuyo estímulo obró el responsable para que sea admisible la especie delictuosa que describe el artículo 28 del Código Penal. (Casación Penal. Noviembre 22/58. Nos. 2203-2204-2205) 592, 2ª

— 170 —

IRA E INTENSO DOLOR (Homicidio cometido bajo este estado)

El artículo 382 del Código Penal contempla en sus dos hipótesis un mismo estado subjetivo del agente, originado también por el mismo hecho, pero conocido por caminos

distintos: directo, objetivo el uno, e indirecto, de referencias ciertas, el otro. En el primer caso, el delito (homicidio o lesiones) lo determina la reacción súbita producida en el ánimo del infractor a vista de ojos de la escena allí figurada. En este supuesto, comprobado el hecho y sus circunstancias, la conducta del agente no requiere ser explicada por él. La ley, en su lugar, se encarga de considerarla, en una forma que pudiera llamarse presuntiva.

Pero para que se pueda merecer la atenuación de la segunda hipótesis, es necesario que el procesado tenga una creencia razonable de "tal ofensa", es decir, de que ha sucedido realmente. Y es claro que para llegar a ese grado de convicción, parece necesario que las pruebas, datos o síntomas que contribuyeron a formarla sean de tal naturaleza, que resulte lógica la representación mental del imputado. Solo así puede la ley extender el régimen penal previsto en el inciso 1º a la segunda parte del artículo; pues si otra fuera la exégesis, se caería en el extremo de darle carácter de privilegida a la atenuación establecida en el segundo caso. Fuera de que en la escala de las reacciones psicológicas, suele alcanzar un grado de mayor intensidad la suscitada por la presencia de una escena dolorosa que la producida por la noticia de ella.

Es obvio que la fidelidad se quebranta de distintas maneras, y aun la sola tentativa de un acto que por su carácter e intenciones sea susceptible de lastimar el pudor y de comprometer el recato de la cónyuge, podría muy bien interpretarse como prueba de infidelidad o despertar en el marido sospechas sobre la infidelidad de su mujer.

También es posible que una muestra de simple familiaridad o de llaneza en el trato sea tomada por un hombre receloso como índice de esa conducta, y producir el mismo fenómeno de duda o desconfianza, como no sería raro el darle a manifestaciones inocentes o equívocas, significación de positivo engaño. En todos estos supuestos, es el estado subjetivo el que la ley mira o al que atiende, para los efectos de enjuiciar la responsabilidad del infractor. Pero también es evidente que el texto legal que se comenta no se refiere a ninguna de estas situaciones. Allí se concreta un hecho inconfundible, consumado, suficientemente notorio y capaz de producir, en el ánimo del esposo que lo sorprende, los naturales impulsos de ira o sentimientos de intenso dolor que lo determinen a castigar el desafuero. Y si la ley extiende los efectos de su atenuación al conocimiento, no ya de visu, sino de oídas, no es para otros actos sino especialmente para este, el descrito en el primer inciso del artículo 382. La expresión: "determinados por tal ofensa" de que habla el inciso 2º, así lo da a entender muy claramente. De modo que un veredicto en que se diga que el delito se cometió porque el procesado creía en la infidelidad de su mujer, no queda comprendido en las precisas cláusulas del 2º inciso de la citada disposición. (Casación Penal. Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205). 618, 1ª y 2ª y 619, 1ª

— L —

— 171 —

LEGIMATIO AD CAUSAM (Identidad de la persona)

Véase el aparte Estado civil en el número 127 de este Indice.

— 172 —

LESIONES PERSONALES (Determinación de la pena)

El Código Penal Colombiano ha establecido una especie de escala progresiva en cuanto a las consecuencias de las lesiones, para efectos de ajustar las penas a esa evaluación.

Toda herida —si es de alguna importancia— tiene un proceso evolutivo, el período de la enfermedad, que se toma como índice para fijar el tiempo en que el ofendido se incapacita para el trabajo. Por eso, en la terminología penal, se confunden las expresiones "enfermedad" e "incapacidad". Y este proceso mórbido puede terminar sin secuelas ulteriores o, por el contrario, con resultados más o menos graves, como, por ejemplo, desfiguraciones, deformidades físicas —de carácter transitorio o permanente— o pérdidas de órganos o miembro, que es la más grave consecuencia, no solo por lo que significa el verse privado de cualquiera de las partes del cuerpo humano que ejercen una función determinada y necesaria para la buena marcha fisiológica del organismo, sino porque generalmente la falta de un órgano (enucleación de ambos ojos, vr. gr.) o de un miembro (amputación de un brazo), implica además una deformidad física, si por esta se entiende en medicina legal todo lo que cambia la figura o conformación exterior de la anatomía de una persona. En esos casos de efectos múltiples de las lesiones, el juzgador debe atender al de mayor gravedad, por mandamiento del artículo 377 del Código Penal. Es un error afirmar que una función no se perturba sino cuando se compromete la totalidad del órgano o miembro que la representa, puesto que si el funcionamiento normal queda anulado porque se suprima o extirpe el órgano o el miembro destinado a cumplirla, también se disminuye o debilita por mutilación parcial de uno de aquellos, o por otra causa que los afecte y sea capaz de mermar sus facultades. Y viene entonces el trastorno o desarreglo respectivo, es decir la perturbación funcional. Así, la falta de los dedos de una mano o de alguna de las falanges de estos últimos constituye —además de un defecto físico— una perturbación de la potencia aprehensora, porque es innegable que esta no se ejercita plenamente si se destruye una de las partes que componen el respectivo miembro.

Es claro que la perturbación funcional también admite grados, puesto que no es lo mismo perder dos dedos que perder cuatro o cinco, o sufrir la sección de la falange de uno solo que sufrir la de varios en el mismo o en dos o más. En cualesquiera de estas ocurrencias el Juez, dentro del margen de que dispone para sancionar el hecho, podrá llegar a una equitaitva individualización de la pena. Precisamente, para evitar el casuísmo, en el que se caería al incluír un catálogo de todas las consecuencias posibles de las heridas, el Código Penal amplió el espacio (mínimo o máximo) en el cual el juzgador puede aplicar convenientemente su criterio. Pero lo que sí resulta injurídico es deducir la pena de una disposición distinta de la que concierne al delito **sub judice.** El artículo 373 habla de "desfiguración facial", deformidad física, etc., pero no de perturbación funcional. (Casación Penal. Octubre 7/58. Nos. 2203-2204-2205).....550, 1ª y 2ª

— 173 —

LETRA DE CAMBIO (Su endoso para el cobro)

Cuando se endosa una letra para el cobro se otorga simplemente un mandato, con todas las vinculaciones y consecuencias del mencionado contrato, que por su naturaleza admite cualquier forma de constitución pues es esencialmente consensual; así: el encargo puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, entre los cuales se encuentra el endoso restrictivo de instrumentos negociables. (Casación Civil. Septiembre 19/58. Nº 2202).....121, 2ª

— 174 —

LEY SUSTANTIVA (Para efectos de la casación no lo es el artículo 1394 del C. C.)

El artículo 1394 del Código Civil no organiza derechos de las partes, sino que simplemente se limita a dar ciertas instrucciones o consejos a los partidores que deben acatar en lo posible. La causal primera de casación se organiza únicamente para infracciones de leyes sustantivas y estas no son otras sino las que señalan derechos o situaciones jurídicas de los particulares, indican sus límites, su contenido o extensión. Tal causal no es viable cuando se trata de meras reglas de procedimiento particional. (Casación Civil. Septiembre 3/58. Nº 2202) .....32, 1ª y 2ª

— M —

— 175 —

MALA FE (Apreciación de la)

Para la Corte, la mala fe debe aparecer siempre de manifiesto en hechos contrarios a la rectitud y honestidad debida a quien tal concepto se achaca, y es por esta razón por la cual, los Tribunales deben ser muy cautelosos en estas materias, máxime cuando generalmente su apreciación escapa a la censura de la casación cuando se halla basada en pruebas para cuyo examen y aceptación gozan de singular amplitud los jueces de fondo. (Casación Civil. Septiembre 10/58. Nº 2202) 62, 2ª

— 176 —

MANDATO (Endoso de una letra para su cobro)

Véase el aparte Letra de Cambio en el número 173 de este Indice.

— 177 —

MATRIMONIO (Celebrado en el extranjero)

En nuestro Código Civil, como lo observa uno de sus más autorizados comentaristas doctor Fernando Vélez, se suprimieron los artículos 119, 120 y 121 del Código Civil chileno, referentes a la validez de los matrimonios celebrados fuera de la República, pero indirectamente se hallan reconocidos tales matrimonios en el inciso 2º del artículo 180 del Código Civil, cuya realidad jurídica puede acreditarse aduciendo la correspondiente partida, debidamente autenticada, la cual tiene mérito legal al tenor de lo preceptuado en el artículo 382 del citado Código, que le reconoce, en general, validez a las partidas de estado civil cuando estas reúnan las condiciones requeridas en el lugar donde fueron extendidas.

El precitado artículo 382 consagra el principio "locus regit actum", y fue a través de la mencionada regla, como el sentenciador de Medellín dilucidó el problema planteado en esta litis, y al efecto, dijo en términos que la Corte acoge, lo siguiente:

"La doctrina más generalizada y aceptada sostiene la competencia del principio locus regit actum para regir las formas de celebración del matrimonio. En virtud del mismo es válido el matrimonio cuyas formas se hubiesen sujetado a las prescripciones de la legislación legal (sic). Así lo establece también el artículo 11 del tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, de 1889, suscrito por Colombia, y el 11 del Tratado de la misma ciudad, de 1940 (artículo 382 del Código Civil).

La tesis expuesta por el Tribunal en los considerandos anteriormente transcritos, es en síntesis, la correcta aplicación de un principio de derecho internacional privado aceptado por la generalidad de los países y que con respecto a Colombia, no solo se halla establecido en las normas de nuestro derecho

civil, sino que ha sido materia de compromisos internacionales, como lo es, entre otros, el tratado del congreso internacional de Montevideo, al cual mandó adherir la Ley 40 de 1933. (Casación Civil. Noviembre 6/58. Nos. 2203-2204-2205)..459, 2ª y 460, 1ª

— 178 —

MATRIMONIO CIVIL (Celebrado por católicos colombianos)

El matrimonio civil es una institución jurídica de orden público y las condiciones para celebrarlo, sus efectos legales y causales de su nulidad, se hallan debidamente establecidas en los Títulos IV y V del Libro 1º de nuestro Código Civil y en la Ley 54 de 1924.

Inicialmente, como lo dijo al Corte en sentencia de fecha 31 de mayo de 1947, el matrimonio civil era reconocido y regulado sin tener en cuenta que los contrayentes fuesen o no católicos. Pero tal situación vino a modificarse a virtud del Concordato celebrado en 1887 entre la Santa Sede y el Estado Colombiano. El artículo 17 de la Ley 35 de 1888 que sancionó el referido Concordato dice así:

"El matrimonio que deberán celebrar los que profesan la religión católica producirá efectos civiles respecto de las personas y bienes de los cónyuges y sus descendientes solo cuando se celebre de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento".

Mas, para obviar los constantes conflictos a que daban lugar los matrimonios regulados por la Ley Civil, y los celebrados de conformidad con el rito católico sobre cuyas causas matrimoniales que afectan el vínculo del matrimonio, tienen jurisdicción plena y privativa los Tribunales Eclesiásticos (artículo 19 del Concordato), se expidió después de un intercambio de notas diplomáticas cruzadas sobre el particular entre la Santa Sede y el Gobierno de Colombia, la Ley 54 de 1924.

Según las normas de esta ley, que son de orden público, como lo es también el artículo XVII del Concordato vigente con la Santa Sede y como lo son en nuestro régimen legal todas las disposiciones referentes al estado civil de las personas, los colombianos pertenecientes a la religin católica, solo podrán celebrar matrimonio civil cuando se hayan separado de su religión en la forma prescrita en la llamada Ley Concha, y si así no lo hicieren, el matrimonio celebrado quedará afectado de nulidad absoluta, la cual podrá ser declarada por el Juéz Civil competente, ante quien tal nulidad sea demandada. Esta fue la doctrina que sobre el particular sentó la Corte en su fallo de 31 de mayo de 1947. (Casación Civil. Noviembre 6/58. Nos. 2203-2204-2205).....458, 2ª y 459, 1ª y 2ª

— 179 —

MATRIMONIO CIVIL (Celebrado por colombianos o extranjeros en el exterior)

El principio de la igualdad jurídica entre nacionales y extranjeros, no solo está establecido en el artículo 11 de la Constitución, y los artículos 18 del Código Civil y 57 del C. de R. P. y M., sino que se halla consignado en el Código de Derecho Internacional, expedido por la Sexta Conferencia Panamericana, habiendo tenido el voto favorable de la delegación colombiana.

Más aún, la reforma institucional de 1936, restableció a la categoría de canon constitucional tal principio, no solo por estar acorde con las tendencias del derecho contemporáneo, sino por razones de mutua conveniencia internacional y para estimular, como lo dicen, los antecedentes de la enmienda, el comercio internacional.

Pero en ningún caso se estableció allí un privilegio o un régimen de excepción para los extranjeros aquí domiciliados, pues tal cosa no se acomoda a un sistema constitucional como el colombiano, inspirado en am-

plios principios democráticos y republicanos.

El Estado Colombiano, según se ha dicho, ha situado en un mismo pie de igualdad jurídica a los colombinos y a los extranjeros (artículo 11 de la Constitución Nacional), pero estos últimos, sean domiciliados o residentes no pueden exigir que nuestros tribunales sobrepasando la órbita de sus funciones jurisdiccionales y procediendo contra el principio de la soberanía de los Estados sobre cuyo fundamental postulado descansa toda la dinámica jurídica del derecho internacional, declaren la nulidad de los actos o contratos que aquellos extranjeros hubiesen celebrado válidamente, al amparo de las leyes de un país extraño al nuestro.

La tesis que se propugne sobre privilegio o régimen de excepción para los extranjeros aquí domiciliados, no puede prosperar, pues se sentaría un funesto precedente que daría margen a cometer toda suerte de abusos y conflictos en lo relacionado con el matrimonio civil, cuya institución es de orden público; y también podría dar margen a fricciones y divergencias entre los distintos países, cuyas relaciones internacionales deben guiarse con un franco criterio de armonía, de amistad y de mutua cooperación.

Es claro que si un natural de Colombia, perteneciente a la religión católica y hallándose domiciliado o transeúnte en un país extraño, contrajere allí matrimonio civil, violando las normas de la Ley 54 de 1924, tal matrimonio quedaría afectado de nulidad absoluta, pudiendo ser ella declarada por nuestros Tribunales, porque las leyes que forman el estatuto personal, según lo establece el derecho internacional privado, siguen gobernando a los naturales del país en todas partes, y porque además, un claro ordenamiento de nuestro sistema civil, dice al respecto lo siguiente:

"Artículo 19. — Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

"1º—En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el Gobierno General, o en asuntos de la competencia de la Unión.

"2º — En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de la familia; pero solo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior".

Mas no ocurre lo mismo cuando se trata de un extranjero que hallándose simplemente domiciliado en Colombia resuelve trasladarse libre y espontáneamente a un país extraño para efectuar allí su matrimonio civil, el cual, si se celebra con arreglo a todas las formalidades prescritas en dicho país, es válido y surte efectos en Colombia. Como se ve es distinta la situación jurídica de los naturales de Colombia a la de los extranjeros residentes o domiciliados en nuestro país cuando uno u otros celebraren su matrimonio en el exterior. Esta distinción se halla claramente establecida en el artículo 7º del tratado de derecho internacional, suscrito en Montevideo el 12 de febrero de 1899, al cual adhirió Colombia por medio de la Ley 40 de 1933. (Casación Civil. Noviembre 6/58. Números 2203-2204-2205)..... 460, 2ª y 461, 1ª

— 180 —

MEDIOS NUEVOS (En casación)

Las cuestiones que no fueron planteadas ni en la demanda ni en las instancias del juicio son medios nuevos que no pueden alegarse en casación "con fundamento en el derecho de defensa de los litigantes, quienes, si fueran admisibles los medios no alegados en el juicio, podrían ser sorprendidos con armas no esgrimidas en él; y en la naturaleza de la casación, en la cual el fallo se enjuicia en relación con los materiales y los plantea-

mientos que al juzgador le fueron presentados y no con otros que le fueron desconocidos". (Casación de 30 de mayo de 1956, G. J. número 2.167). (Casación Civil. Septiembre 4/58. Nº 2202) 39, 1ª

— 181 —

MENORES (Representación en juicio)

Se predican la venia judicial y la necesidad de curador para la litis cuando aquella representación se hace imposible por consecuencia de que el hijo de familia tenga que litigar como actor precisamente contra el titular de la patria potestad, o porque le niegue su autorización o asistencia o esté imposibilitado para ello (305, 306, 307 del C. Civil). Pero si como heredero es llamado al litigio en que se pretende el reconocimiento de paternidad natural atribuída al causante y se le cita junto con los demás herederos y la cónyuge supérstite, no hay nada distinto que armonía de intereses entre quienes con el mismo y recíproco propósito afrontan conjuntamente como demandados la controversia judicial. Rige entonces sin modificación alguna el principio de que "los incapaces comparecen en juicio, como demandantes o demandados, por medio de sus representantes legales" (240 del Código Judicial). (Casación Civil. Noviembre 27/58. Nos. 2203-2204-2205) 503, 2ª

— 182 —

MINISTERIO PUBLICO (Su intervención en acciones de filiación natural)

Véase el aparte Filiación natural en el número 138 de este Indice.

— N —

— 183 —

NOMBRAMIENTOS (Nulidad del de un funcionario público)

La morosidad, la falta de probidad, de estimación y buen concepto de un funcionario, no habiendo este desempeñado el cargo para el que se le nombró, son hechos que no dan lugar a pedir la nulidad del nombramiento de aquel. (Sala Plena. Septiembre 1º/58. Número 2202) 3, 2ª

— 184 —

NOMBRE (De una persona.—Su cambio)

Véase el aparte Estado civil en el número 127 de este Indice.

— 185 —

NULIDAD (Cuando no se comprueban las afirmaciones hechas en indagatoria)

Véase el aparte Derecho de defensa en el número 109 de este Indice.

— 186 —

NULIDAD (De contratos administrativos por falta de formalidades)

Véase el aparte Contratos Administrativos en el número 94 de este Indice.

— 187 —

NULIDAD (Efectos del desistimiento de esta acción)

Si la acción de nulidad de un contrato contenido en una escritura de venta fue desechada por el Juez, y está determinación quedó en firme por el desistimiento de las par-

tes, mal puede pretenderse que esa misma acción de nulidad pueda revivirse después, por el hecho de que la finca haya pasado a manos extrañas, máxime cuando la persona en cuya cabeza se encuentra el dominio, adquirió con justo título y su buena fe se presume si no ha sido desvirtuada en el juicio. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Nº 2202) 95, 2ª

— 188 —

NULIDAD (En la redacción del cuestionario)

La validez de los juicios penales depende de que se observen las prescripciones establecidas en las normas de procedimiento que los rigen. Mas no toda irregularidad o descuido da lugar a declararlos nulos. Y de ahí que la misma Ley (artículos 198 y 199 del Código de Procedimiento Penal) haya determinado taxativamente las causas de nulidad. Sin embargo, como una norma superior ordena que en el juzgamiento se observe la plenitud de las formas propias del juicio, es indispensable averiguar qué alcance tiene la omisión de una de aquellas formalidades no comprendidas expresamente entre las que producen la nulidad de la actuación.

En los juicios en que interviene el Jurado, el cuestionario, resumen de los hechos y de las circunstancias y modalidades del delito, es un acto sustancial del juzgamiento. De manera que cuando allí falta un elemento tan importante como el relacionado con el designio del infractor (en cuanto sea parte del cuerpo del delito), se le imposibilita a los Jueces Populares la tarea de expresar su criterio en la forma concisa que permita acomodar su veredicto al precepto penal que el caso en sí reclama. Entonces puede decirse —y la Corte lo ha dicho— que, "se ha violado el sistema procesal que hace del interrogatorio un presupuesto de verdad para que el Juri pueda calificar la acción punible". (Sentencia de 10 de marzo de 1958, GACETA JUDICIAL, tomo LXXXVII, número 2.194, páginas 579 a 583). Y en fallo que aparece publicado en el mismo número de la GACETA JUDICIAL, en las páginas 596 a 599, correspondiente al 25 de marzo, se expresó: "Uno de los elementos constitutivos del homicidio simple previsto por nuestro Código Penal en su artículo 362... es el propósito de matar. Si el Jurado, pues, en forma alguna fue interrogado y se pronunció sobre él, no existe veredicto que permita al juzgador condenar ni absolver por esa infracción, por lo que debe prosperar la causal de nulidad constitucional alegada".

La sentencia es el resultado de una averiguación inicial que fue adquiriendo solidez a medida que se adelantaba el proceso de convencimiento indispensable para llegar a una determinada conclusión. Pero como para establecer esa verdad, cima del juicio penal, la ley fija reglas, ellas deben ser atendidas, pues al juzgador no le es permitido apartarse de los cauces indicados para buscarla. Si esto sucede, y se comprueba que hubo una omisión de tal naturaleza que conduce a sembrar la duda sobre el grado de responsabilidad que se declara, por no haberse precisado los elementos específicos y diferenciales de la infracción, entonces indiscutiblemente se está en presencia de un juicio que carece de las condiciones que lo caracterizan y gobiernan, y procede su anulación. (Casación Penal. (Noviembre 22/58. Nos. 2203-2204-2205).....591, 2ª y 592, 1ª

— 189 —

NULIDAD CONSTITUCIONAL (En qué consiste)

De acuerdo con lo prescrito en el artículo 26 de la Constitución Nacional, "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante Tribunal competente, y observando la ple-

nitud de las formas propias de cada juicio".

Como puede observarse en su redacción y según lo ha dicho la Corte en recientes fallos, el texto consagra una garantía de tipo individual, ampliamente protectora de los intereses de la persona frente al poder del Estado, y, en especial, del llamado derecho de defensa.

No se limitó la Carta a hablar de las formas del juicio, es decir, de los requisitos o formalidades de los actos procesales, como de obligatorio cumplimiento, sino que exigió su "plenitud", o sea, que se respetasen en su totalidad o integridad.

De suerte que, para los fines del precepto, que son de orden público, no es suficiente que alguna o algunas de las formalidades prescritas en la ley se llenen a cabalidad, mientras se omiten otras sustanciales, se rechazan o se dejan desviar de sus fines naturales; el constituyente requirió que se cumplieran en su totalidad o "plenitud". No basta, de consiguiente, que a un procesado se le admita el defensor que ha elegido libremente, o se le provea de uno de oficio, que llene su cometido de intervenir en la audiencia y reciba notificaciones, si, por otra parte, las pruebas que solicita para la eficacia de la defensa se le deniegan sistemáticamente o con pretextos más o menos convencionales. En esta hipótesis, no ha habido "plenitud de formas", y el juicio resulta en oposición a la garantía constitucional.

Se ha dicho que los fines del precepto son de orden público, como resulta evidente. Porque, con todo y ser cierto que el interés inmediato protegido por la norma es el del individuo y es este quien se beneficia directamente de que, en el juicio campee la totalidad de las formas legales, también la sociedad necesita sentirse segura de que ninguno de sus integrantes será sometido a procedimientos arbitrarios que entorpezcan la defensa o dificulten el esclarecimiento imparcial y objetivo de los hechos. "¿Qué sociedad, anota el profesor italiano Guarneri, podría quedar satisfecha de condenas dictadas a ciegas sobre posibles inocentes?". A este resultado puede llegarse, y de hecho, se llega, frecuentemente, en la práctica, cuando se lesiona tal "plenitud" o se la hace ineficaz.

No importa, para los efectos de la norma constitucional, que, en determinado juicio, se esté en presencia de un "maleante" o miembro del hampa. Porque ni el constituyente ni el legislador autorizaron dos procedimientos diversos, uno, excepcional o arbitrario, para quienes exhiben malos antecedentes criminales, y otro, exigente y rodeado de amplias garantías, para quienes no los tienen. Ello conduciría a un juicio apriorístico, de funestas consecuencias, que afectaría la paz pública. ¿Qué seguridad tendría el ciudadano celoso en cumplir las leyes, de que a él no se le aplicase, a su tiempo, el procedimiento excepcional, con el pretexto de malos antecedentes? Justamente por ello, se ha impuesto, en la mayor parte de los países civilizados, no obstante la evolución del derecho político, la prevención de Beccaría, según la cual "a ningún hombre puede llamársele reo antes de la sentencia del Juez, y la sociedad no puede retirarle la protección pública sino cuando queda sentenciado....". Parte sustantiva de esta "protección pública", que no prejuzga o elabora juicio apriorístico de culpabilidad, lo constituye el cumplimiento de todas las formas procesales consagradas en las leyes.

Se ha llamado la atención sobre la calidad de sustanciales, que deben tener las formas cuya plenitud ordena el constituyente, porque una interpretación científica no puede ni debe conducir al simple formulismo procesal, es decir, a la fórmula por fórmula, con desconocimiento de su trascendencia o aspecto teleológico.

Evidentemente, dentro del curso del proceso penal, que es, por naturaleza, dinámico,

unas formas procesales no satisfechas pueden quedar absorbidas por otras más amplias, u otras formalidades viciosas purgarse, posteriormente, de sus defectos. En estos casos, la "plenitud" a que se refiere la Carta, queda indirectamente satisfecha. Tal ocurre en casos de omisión de notificaciones, contra la cual no se reclama oportunamente (ordinales 3º, 4º y 5º, artículo 198 del Código de Procedimiento Penal), o cuando, a pesar de la omisión, los interesados comparecen a las diligencias y hacen uso de sus derechos (ordinal 2º, artículo 199, ib.), o bien cuando, habiéndose denegado, durante la instrucción sumaria, una prueba fundamental, por estimarse ilegalmente que no procede, se ordena y practica, durante el plenario,

Otras veces, se tratará de simples erratas, que no inciden sobre lo esencial del asunto, o no afectan los fines naturales de la "forma"; como cuando se altera o deforma el apellido del acusado, que, no obstante ello, ha sido objeto de una perfecta identificación. En esta hipótesis, no puede alegarse la nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 198 aludido, porque la ausencia de la forma debida (nombre real del acusado) no altera su propia finalidad; el requisito ha dejado de ser sustancial, porque sus fines han quedado a salvo. La declaración de nulidad conduciría al formalismo criticado, pues equivaldría a mantener la fórmula por la fórmula, sin consideración teleológica alguna. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) ..... 642, 2ª y 643, 1ª y 2ª

— 190 —

NULIDAD (Por error relativo al lugar del hecho)

No acarrea nulidad el error relativo al lugar en que el delito se consumó, si se considera que resulta accidental frente al hecho cierto de haberse citado el área urbana donde realmente acaeció. Esto tendría importancia si se hubieran presentado dudas respecto al establecimiento y si este o su identificación jugaran algún papel sustancial en el caso. (Casación Penal. Octubre 21/58. Números 2203-2204-2205) 566, 1ª

— 191 —

NULIDAD (Por falta de notificación del auto que concede apelación)

Cuando aparece demostrado que el auto que concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia no se notificó a todas las partes, por cuya razón no hizo tránsito a ejecutoria y así no pudo trasladar la jurisdicción al Tribunal para que procediera a pronunciarse sobre aquella apelación que se interpuso y concedió, la nulidad, en estos términos, es patente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Invocada la causal 4ª de casación, por razón de esa nulidad, es lógico que prospere y entonces debe invalidarse el fallo de la segunda instancia materia del recurso, declarando como consecuencia nulo todo lo actuado en el proceso, a partir del auto en que se concedió la apelación contra la sentencia de primera instancia. (Casación Penal. Octubre 2/58. Números 2203-2204-2205) 543, 1ª

— 192 —

NULIDAD (Por indebida representación en juicio)

Atañe exclusivamente al interés de las personas indebidamente representadas en juicio, manifestar su inconformidad al respecto. - (Casación Civil. Noviembre 27/58. Nos. 2203-2204-2205) 503, 2ª

— O —

— 193 —

OBRA NUEVA (Denuncia de)

Véase el aparte Acumulación en el número 19 de este Indice.

— 194 —

OBRA PUBLICA (En qué consiste.—Trabajos públicos)

La obra pública es aquella que se caracteriza por las siguientes circunstancias: que haya sido ordenada por una entidad administrativa; que recaiga sobre un bien inmueble, y que esté destinada a fines de utilidad pública o de interés social.

Una obra material, como la carretera, ordenada por una entidad de derecho público, que recae sobre bienes inmuebles y que está destinada al servicio público, es **obra pública**, y como tal pertenece al patrimonio del Estado como bien de dominio público, inalienable e imprescriptible por lo mismo mientras cumpla la finalidad para que fue construída. Si al ejecutarla, la Administración se ha servido de la propiedad particular, incorporándola en tal forma al patrimonio público de la Nación, tal propiedad se pierde para su dueño puesto que no puede obtener su restitución por parte del Estado; pero este está obligado a pagarle la indemnización debida. No quiere esto decir que las entidades de derecho público puedan usar o tomar a su arbitrio los inmuebles de propiedad particular, so pretexto de ejecutar obras de interés social, porque el derecho de propiedad está garantizado por la Constitución; y si es verdad que la propiedad tiene una función social, solamente puede realizarse ella por los modos y mediante los requisitos que la propia Carta y las leyes establecen. De ahí que cuando se ocupa un inmueble de propiedad privada con motivo de una obra pública, el derecho del propietario a la indemnización es incuestionable, y por lo demás, independiente de la ilicitud con que hayan podido proceder las autoridades o los funcionarios administrativos en la ocupación. (Negocios Generales. Noviembre 10/58. Números 2203-2204-2205).....819, 2ª y 820, 1ª

— P —

— 195 —

PARTICION (Cómo se rehace cuando han prosperado objeciones)

Los partidores deben ceñirse en su trabajo de partición, cuando han sido objetados, a rehacerlos teniendo en cuenta las objeciones que han prosperado y no pueden separarse ya de tal criterio. (Casación Civil. Septiembre 3/58. Nº 2202).....33, 2ª

— 196 —

PARTICION (Trámite de las objeciones)

Al fallarse la articulación sobre las objeciones propuestas, el Juez **a-quo**, si las declara infundadas, debe aprobar en la misma providencia la cuenta de partición, como lo previene el parágrafo 4º del artículo 964 del Código Judicial.

Cuando el juzgador en vez de proceder de conformidad con la norma citada, declaró primero infundadas las objeciones por medio de un auto interlocutorio, como lo es todo aquel que decide una articulación, y luego, por sentencia posterior aprobó la cuenta de partición, al obrar en esta forma, pudo ir contra el principio de la economía procesal, pero en ningún caso incurrió en nulidad alguna procedimental, ni incidió en la violación del artículo 471 del Código Judicial, si expresó las disposiciones y las razones en las cuales fundó su decisión, como lo previene la citada norma legal.

La Corte, mantiene vigente su doctrina, según la cual, el recurso de casación no brinda oportunidad para formular contra una sentencia aprobatoria de una partición, cargos como el formulado referente a errores procedimentales que no generan nulidades de las determinadas en el artículo 448 del mismo Código.

Habiéndose declarado infundadas las objeciones por sentencia ejecutoriada, no puede el Tribunal estudiarlas de nuevo, al conocer en el recurso de alzada de la sentencia del Juez **a-quo** aprobatoria de la partición. Un recurso de apelación es cosa sabida, no comprende sino la materia que es objeto del auto apelado, no pudiendo el juzgador salirse de esa órbita, porque al hacerlo invadiría jurisdicción y vendría a fallar sobre asuntos que no se le han sometido en el recurso, pretermitiendo así una instancia. (Casación Civil. Diciembre 2/58. Nos. 2203-2204-2205). 507, 1ª y 2ª y 508, 1ª

—197—

PECULADO (Determinación de la pena)

Una cosa es el delito de peculado, el cual en su estructura misma no se vincula necesariamente a esta o aquella cuantía; y otra cosa muy distinta es la mayor o menor pena que se aplica a tal hecho criminoso, según sea mayor o menor la extensión económica de sus malsanas consecuencias.

Para fijar el quantum de la pena correspondiente al peculado, hay que atender al alcance pecuniario que en definitiva, se le dedujo al responsable, y, además, al valor de los muebles y efectos pignorados por este como si le hubiesen pertenecido. Resulta absurdo hacer el cómputo de la cuantía total, limitándose a agregar a dicho alcance pecuniario solamente las sumas exiguas obtenidas por el reo en las casas de empeño. El valor de las máquinas y demás enseres no es, desde luego, el que a su antojo suelen señalar los usureros, sino el que en realidad tengan en el comercio, según factores serios y objetivos del mercado.

Tampoco es aceptable prescindir del valor de las máquinas por el solo hecho de haberse logrado su recuperación, como pretenda sostenerse. Y no es aceptable este criterio porque en el presente caso, no fue el reo quien las devolvió.

Si el valor de los bienes apropiados por el sindicado es superior a $ 3.000.00 hay que aplicarle "la pena de presidio y no la de prisión" y que su duración no puede ser menor de cuatro años, de conformidad con el Decreto 1.858 de 1951.

Este mínimo según el artículo 32 del Código Penal debe aumentarse siquiera en ocho meses, cuando se trata de un delito continuado. (Casación Penal. Noviembre 28/58. Nos. 2203-2204-2205) .....599, 2ª y 600, 1ª

— 198 —

PENA (Imposición de la mínima)

En conformidad con lo dispuesto en el artículo 39 del Código Penal, solo podrá aplicarse el mínimo de la pena "cuando concurran únicamente circunstancias de menor peligrosidad". El texto es claro, y no significa que, en tal hipótesis, el fallador tenga, necesariamente, que aplicar el mínimo, como pueda creerse equivocadamente. Lo cual es así, no solo por la claridad del texto mismo, sino también por la armonía que guarda con el artículo 36 del citado estatuto, el cual ordena individualizar la pena, dentro de los límites señalados en la ley (y el artículo 39 señala algunos límites), pero teniéndose en cuenta no solo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, sino también otros elementos importantísimos: gravedad y modalidades del hecho delictuoso, motivos determinantes y personalidad del delincuente. (Casación Penal. Octubre 21/58. Nos. 2203-2204-2205) 565, 2ª

— 199 —

PERITOS (Pago de sus honorarios)

No es por simple interpretación como debe considerarse que el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 subrogó el artículo 568 del Código Judicial, pues basta leer el contenido de aquella disposición legal que dice en su encabezamiento: "El artículo 568 del Código Judicial quedará así:..." para convencerse de que el artículo 60 citado vino a sustituír íntegramente el 568 del Código Judicial.

Ni es exacto afirmar que la disposición del artículo 60 se refiere únicamente a diligencias de avalúos en juicios de sucesión y a diligencias de esta clase practicadas en otro juicio. El artículo en su conjunto, se refiere a diligencias en que intervienen intérpretes o peritos, y establece una sanción en verdad

muy rigurosa cuando ordena que en los juicios mortuorios no se podrán aprobar las diligencias de avalúos cuando no aparezca que se hayan pagado los honorarios de los peritos; y respecto de otros juicios va más allá, pues claramente preceptúa que no podrá tenerse como prueba la diligencia que se hubiere practicado por medio de peritos si no aparece que los honorarios de ellos han sido pagados o satisfactoriamente arreglados.

Quiso el legislador, sin duda, evitar que con los peritos se cometiera la injusticia de obligarlos a presentar su concepto sin seguridad alguna en cuanto al pago del valor de su trabajo. De modo que si bien el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 no forma en realidad parte integrante de las normas de la tarifa para calificar el mérito intrínseco de las pruebas, sí constituye claramente una vía coercitiva para obotener la oportuna satisfacción de los honorarios periciales. Y está en cumplimiento de la ley el sentenciador que se abstiene de considerar el dictamen cuando se halle insoluto el pago de los honorarios señalados a los peritos.

Ante la abstención así fundada no es de recibo en el recurso extraordinario cargo alguno contra el fallo de instancia con alegación de cualquier género de error, de hecho o de derecho, en la estimación probatoria del dictamen. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205) . . . . 483, 2ª y 484, 1ª

— 200 —

PERJUICIOS (Causados en el ejercicio de la cláusula de reserva)

Dentro de la indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, en los eventos en que opere la condición resolutoria de los contratos de trabajo conforme a lo establecido por el artículo 64 del C. S. del T., es evidente que el incumplimiento de lo pactado puede acarrear perjuicios a la parte no responsable, no solo de índole material, sino también perjuicios morales, en cuyo caso es operante la reparación, por este aspecto, del daño causado. (Casación Laboral. Diciembre 19/58. Nos. 2203-2204-2205) . . . . 759, 1ª y 2ª

— 201 —

PERJUICIOS (Ocasionados en cosa mueble)

La acción indemnizatoria por la culpa aquiliana o extracontractual corresponde esencialmente a la víctima del hecho culposo, y procede de la existencia de un perjuicio que se traduce en la merma del patrimonio de la víctima.

Tratándose de una cosa mueble, el perjuicio puede afectar a una persona distinta del dueño de aquella, como podría ser el tenedor o depositario de la cosa dañada. (Negocios Generales. Octubre 21/58. Nos. 2203-2204-2205) 794, 1ª

— 202 —

PERTENENCIA (Acción de)

La acción de declaración de pertenencia consagrada expresamente en la Ley 120 de 1928, como es sabido, llenando un vacío en nuestra legislación civil, vino no solo a crear sino a reglamentar debidamente el medio procesal adecuado en beneficio de quien teniendo a su favor una prescripción extraordinaria de dominio sobre determinado inmueble pudiera pedir al Juez la correspondiente declaración de pertenencia a fin de obtener un título de propiedad arreglado a la ley, que fue en síntesis, la finalidad jurídica de la precitada Ley 120 de 1928, con anterioridad a la cual, la prescripción adquisitiva del dominio, no podía alegarse sino por vía de excepción.

Procesalmente hablando, la reivindicación y la declaración de pertenencia son dos acciones distintas, reguladas por normas diferentes, y para la procedencia de la segunda

es menester cumplir, como lo tiene establecido una tradicional jurisprudencia de la Corte, los requisitos especiales exigidos para la prescripción extraordinaria. Son los siguientes:

Primero. — Que la cosa u objeto sea susceptible de prescripción. Segundo. — Que la cosa haya sido poseída durante el término legal. Y tercero. — Que la posesión no haya sido interrumpida.

La posesión ininterrumpida constituye factor esencial para la viabilidad de la acción de pertenencia, por lo cual debe probarse por los medios adecuados; como hay que probar también plenamente tal circunstancia para la prescripción ordinaria reservada al poseedor regular, según lo prescribe el artículo 2.528 del Código Civil, e igualmente debe ser objeto de plena comprobación judicial cuando se alega la prescripción extraordinaria de dominio, según lo enseña el artículo 2.531 del Código Civil en su ordinal 2º del numeral 3º.

En la acción de pertenencia, por su naturaleza, no se discuten propiamente cuestiones de derecho, sino de hecho, y por ello la Ley 120 le da acceso a tales juicios, para que pueda oponerse, a quien alegue su calidad de poseedor del inmueble a que se refiere la declaración de pertenencia.

No tratándose de una acción reivindicatoria, sino de una acción declarativa de pertenencia, es claro que los opositores para fundar su oposición no están en la obligación legal de presentar títulos de propiedad anteriores a los presentados por el demandante. La ley no exige tal cosa para estos casos. Uno de los principales objetivos de la Ley 120 de 1928, fue el de dotar, a quien demandare una declaración de pertenencia, de un título de propiedad claro y definitivo, como deben ser los que emanan de una declaración de prescripción adquisitiva de dominio, en cuyos juicios la sentencia, como lo prescribe el artículo 2.534 del Código Civil, hace las veces de escritura pública con relación al inmueble respectivo. (Casación Civil. Diciembre 9/58. Nos. 2203-2204-2205) .522, 1ª y 2ª y 523, 2ª

— 203 —

PETICION (Derecho de)

En estricta técnica, los particulares no pueden comisionar válidamente a las autoridades, para que estas les presten protección o les hagan efectivos sus derechos. Solo pueden pedir o ejercitar ante ellas sus acciones, bien entendido que el acogimiento o buen suceso de estas se halla supeditado, inicialmente, a la competencia que las leyes hayan conferido a dichas autoridades para tramitar o fallar tales solicitudes y acciones. (Casación Penal. Noviembre 5/58. Nos. 2203-2204-2205) .....573, 1ª y 2ª

— 204 —

PETROLEOS (Cánones superficiarios)

De acuerdo con el artículo 26 del Código de Petróleos, el canon superficiario se regula por los valores determinados en el ordinal b) del mismo artículo, o sean: "Período inicial de exploración: veinte centavos ($ 0.20) por hectárea durante el primer año de vigencia del contrato; sesenta centavos ($0.60) durante el segundo; un peso ($ 1.00) durante el tercero; un peso con cuarenta centavos ($ 1.40) durante el cuarto, y un peso con ochenta centavos ($ 1.80) durante el quinto". Y en este ordinal se dice concretamente: **"Los cánones superficiarios aquí contemplados se reducirán a la mitad en la respectiva anualidad mientras se mantenga trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación".**

Esta Sala de la Corte, en desacuerdo con el Ministerio de Minas y Petróleos, interpreta que cuando el artículo 26 del Código de Pe-

tróleos dice que "cánones superficiarios aquí contemplados se reducirán a la mitad en la respectiva anualidad mientras se mantenga trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación", lo que el legislador ha querido expresar es que tal reducción debe hacerse dentro de la respectiva anualidad durante el tiempo en que con vigor y permanencia se conserve trabajando dentro de los límites de la concesión por lo menos un equipo completo de perforación. Tal interpretación es la que gramatical, lógica y jurídicamente se desprende de la verdadera acepción que en dicho artículo tienen, de una parte, la preposición en, y de otra, el adverbio mientras, en relación con el verbo mantener, que rige la oración.

Pretender concluír que el artículo 26 lo que exige es el mantenimiento de un equipo completo de perforación dentro de los límites de la concesión, durante toda la anualidad, para tener derecho a la reducción de los cánones superficiarios, es no solo hacer decir al legislador lo que este no ha dicho, sino acabar con el estímulo que por ese beneficio se quiso precisamente conceder a los contratistas en busca de petróleo, a la vez que pecar contra la técnica de la industria petrolera, porque es natural suponer que ún equipo de perforación no debe estar destinado en lapsos determinados a lo inútil o imposible. (Negocios Generales. Noviembre 25/58. Nos. 2203-2204-2205). 807, 2ª y 808, 1ª y 2ª

— 205 —

PETROLEOS (Composiciones de tierras)

Una vez cumplido el requisito de la composición de un título expedido irregularmente con anterioridad a la Real Cédula de El Pardo, de 1º de noviembre de 1591, lo cual se lograba mediante el pago de los derechos tasados por los funcionarios encargados de su recaudo, ese título se transformaba en uno legítimo, firme y válido, de acuerdo con las prescripciones de dicha pragmática.

Por lo general, la constancia de composición de un título de tierras, se extendía a continuación del testimonio de él por medio de una certificación de haber pagado el interesado la suma liquidada por tal concepto. (Negocios Generales. Agosto 18/58. Número 2202) ..... 342, 1ª y 2ª

— 206 —

PODER (Para compraventa de inmuebles)

El artículo 756 del Código Civil se refiere a la manera como debe efectuarse la tradición del dominio de los bienes raíces, y el 1.760 determina que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad.

La Corte reafirma ahora la doctrina que ha sostenido en muchas ocasiones en el sentido de que no es necesario que el poder para vender bienes raíces deba aparecer en escritura pública pues en ninguna parte la ley ordena que tal poder deba otorgarse en esa forma; por el contrario el artículo 2.149 del Código Civil, preceptúa que "el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra". (Casación Civil. Septiembre 4/58. Nº 2202) 39, 2ª

— 207 —

POLICIA (Funciones)

Ningún agente del orden público necesita esperar órdenes de sus superiores para evitar que se cometa un delito o impedir que se continúe consumando. Pensar de otra mane-

ra es despojar el servicio de policía de su primordial función: prevenir la violación de la ley penal y los atentados contra el orden público. (Negocios Generales. Octubre 20/58. Nos. 2203-2204-2205).....786, 2ª

— 208 —

POSESION (La ejerce quien arrienda)

No puede decirse que un contrato de arrendamiento celebrado por el que se pretende poseedor no se pueda tener como un acto de posesión, porque tal concepto iría contra normas tan terminantes como la del artículo 762 del Código Civil que al definir la posesión como la tenencia de cosa determinada, considera que existe la posesión bien sea que el que se da por dueño tenga la cosa por sí, o por otro que la tenga en lugar y a nombre de él; y la del artículo 786 ibidem que dice: "El poseedor conserva la posesión, aunque transfiera la tenencia de la cosa, dándola en arriendo, comodato, prenda, depósito, usufructo o cualquiera otro título no traslaticio de dominio". (Casación Civil. Septiembre 25/58. Nº 2202).....160, 1ª

— 209 —

POSESION (Prueba de la explotación económica)

Para desvirtuar los hechos explotación económica alegados por el prescribiente, no basta presentar testigos que digan que tal explotación no ha existido, si en contrario obran otros testimonios que la acreditan y que fueron suficientes para llevar al juzgador a la convicción sobre la existencia de esos hechos. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205).....489, 1ª y 2ª

— 210 —

PREAVISO (Cuándo se paga en dinero)

Para el correcto ejercicio de la cláusula de reserva en la terminación del contrato de trabajo, se exige como condición legal indispensable que la parte que haga uso de ella preavise a la otra, mediante notificación por escrito dada con antelación de 45 días y que pague previamente todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar. Cuando el patrono es quien pretende hacer uso de la cláusula de reserva, puede prescindir de la obligación del preaviso, pagando los correspondientes salarios del período de desahucio: si opta por esta vía, que reemplaza al preaviso, que tiene idéntica causa y es su equivalente, el pago de los salarios correspondientes a 45 días debe efectuarse simultáneamente y de modo efectivo o real para que el ejercicio de la reserva pactada sea legal y operante. Si se pretermite cualquiera de estas exigencias el rompimiento del contrato se sitúa en el campo de la ilicitud y la parte que usa de la cláusula de reserva en estas circunstancias, se hace responsable de la consiguiente indemnización de perjuicios que prevé la ley, pues no otro es el sentido natural y obvio del artículo 48 del Código Sustantivo del Trabajo, con las modificaciones introducidas por el Decreto extraordinario 616 de 1954. (Casación Laboral. Diciembre 6/58. Nos. 2203-2204-2205). 743, 1ª

— 211 —

PREAVISO (En los contratos de duración indeterminada)

El plazo presuntivo no desaparece por la estipulación de la cláusula de reserva en los contratos de duración indeterminada. Lo que ocurre es que, si se ejercita correctamente la facultad de reserva estipulada, esta cons-

tituye una modalidad de terminación del contrato, en cuyo evento no hay lugar a los denominados salarios del tiempo faltante para su vencimiento. Pero si la cláusula de reserva no opera, ni se ejercita legalmente y el contrato de trabajo se termina por causas distintas a las establecidas por los artículos 62 y 63 del CST., se estará en presencia de un rompimiento unilateral e ilegal del contrato, con las consecuencias previstas en el artículo 64 ibidem. "La facultad que se reservan las partes para terminar unilateralmente el contrato de trabajo es una excepción, y siempre que deje de ejercerse corre el plazo presuntivo. La reserva de esa facultad no opera por sí sola, sino condicionada al cumplimiento de los requisitos señalados en la norma legal que la autoriza. No basta la simple estipulación de la cláusula de reserva para que se entienda que el plazo presuntivo no rige". (Casación, sentencia de 24 de marzo de 1952, del Tribunal Supremo del Trabajo). (Casación Laboral. Diciembre 17/58. Nos. 2203-2204-2205) 759, 1ª

— 212 —

PREAVISO (Manera de darlo)

El preaviso por sí solo apenas constituye un límite objetivo que constriñe la decisión unilateral de la parte que desea dar por terminado el contrato de trabajo, pero esta decisión unilateral no constituye un derecho absoluto, sino relativo, pues solo puede ejercerse por un motivo legítimo de los que determina el artículo 63, y además, ese hecho que motive la ruptura del contrato, para darlo por terminado por justa causa, debe ser alegado al tiempo en que se haga uso de esa facultad y no posteriormente. (Casación Laboral. Abril 11/58. Nos. 2203-2204-2205). 708, 2ª y 709, 1ª

— 213 —

PREAVISO (Término)

En el régimen que establecía el artículo 48 del CST, el desahucio o preaviso que debía dar la parte que quisiera hacer uso de la facultad de reserva pactada, para terminar la relación jurídico laboral existente, debía de efectuarse "con anterioridad no inferior a uno de los períodos que regulan los pagos del salario". Pero a virtud de las modificaciones introducidas a ese ordenamiento legal por medio del artículo 1º del Decreto 616 de 1954, se consagró que el preaviso debía darse "con un término no inferior a 45 días". De esta manera, la ley vino a determinar, en forma absoluta, el término mínimo y preciso del aviso previo que los contratantes se deben dar, cuando deseen hacer uso de la reserva pactada. El preaviso es una garantía que no puede, de ninguna manera, estar sujeta a derogaciones o modificaciones, contra la regulación establecida por la ley, aunque ello suceda por acuerdo de voluntad de las partes contratantes, ya que él es una institución de carácter cautelar, que tiene por fin eliminar, o por lo menos limitar, los daños que la ruptura unilateral del contrato por uno de los contratantes produce en el otro, según lo ha expuesto la doctrina y la jurisprudencia. En tales condiciones, el término del preaviso puede ser superior al fijado por la ley, pero en ningún caso inferior al tiempo mínimo de garantía establecido en la norma. De esta suerte, para que una de las partes contratantes pueda hacer uso de la cláusula de reserva contra la otra parte, es indispensable que esa facultad excepcional permitida como medio para poner término al contrato de trabajo, no solo se haya pactado en legal forma, sino que, además, es necesario que se ejercite de acuerdo con la ley. Y es claro que si la reserva pactada no se ajusta a los mandatos imperativos de la ley, no puede esperarse que el ejercicio de la facultad

pactada ilegalmente pueda producir los efectos jurídicos deseados por el legislador. (Casación Laboral. Diciembre 19/58. Nos. 2203-2204-2205).....758, 1ª y 2ª

— 214 —

PRESCRIPCION (Contra comuneros)

La Ley 51 de 1943, en su artículo 1º, consagra en favor del comunero que posea materialmente en las condiciones legales el predio común o alguna parte de él, el derecho de hacer valer en su favor la prescripción adquisitiva de dominio, ordinaria y 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. Y esta prescripción podrá invocarse judicialmente, como acción o como excepción.

El legislador protege muy especialmente a la institución legal de la prescripción, toda vez que esta se considera como de orden público, pues es la base más firme del derecho de propiedad; sobre la prescripción descansa la organización del orden económico y llega a tanto su importancia, que, según el concepto de eminentes tratadistas de derecho civil "La prescripción es la transformación de un estado de hecho en un estado de derecho, la concesión del derecho al que realiza desde hace mucho tiempo sus manifestaciones exteriores". (Colin y Capitant. Derecho Civil). Casación Civil. Noviembre 24/58. Nos. 2203-2204-2205).....489, 1ª

— 215 —

PRESCRIPCION (Cuándo puede alegarse la veintenaria)

Quien alega haber adquirido un inmueble a virtud de la prescripción extraordinaria, debe establecer procesalmente por los medios conducentes su calidad de poseedor con ánimo de señor y dueño por el término señalado en nuestro Código Civil para la prescripción extraordinaria.

La Ley 50 de 1936, que redujo a veinte años la usucapión extraordinaria, fue promulgada por su inserción en el Nº 23.160 del "Diario Oficial", corespondiente al 17 de abril de 1936, luego su observancia se inició, a términos del artículo 52 del C. P. M., el 17 de junio de 1936. Consiguientemente, por vía de ejemplo, si una demanda ordinaria reivindicatoria, fue notificada al demandado en el año de 1954, no puede acogerse a la prescripción de veinte años, pues aún no han transcurrido estos, a tenor de la citada ley. (Casación Civil. Noviembre 22/58. Números 2203-2204-2205).....479, 1ª y 2ª

— 216 —

PRESCRIPCION (De la acción penal)

La Sala ha venido reiterando la doctrina de que, antes de declararse la prescripción de la acción penal, el juzgador debe examinar a fondo las cuestiones sustantivas planteadas en los procesos, con el objeto de preferir el sobreseimiento definitivo, la absolución u otra declaración análoga, si existe fundamento para ello, a la declaración de prescripción.

"La acción penal es, por decirlo así, una acción persecutoria del acusado, con que la sociedad intenta realizar plenamente su función de defensa contra el delito. Si transcurre determinado lapso (prescripción), ello significa que el delincuente ya no podrá ser perseguido, ni continuarse en la busca de pruebas del delito y de responsabilidad, ni mantenerse en tela de juicio la conducta del imputado. Pero no implica ello que cesen las facultades y deberes de los juzgadores respecto a la declaración de inocencia del acusado o a las causales de justificación o de excusa que amparen su conducta. Si esto aparece comprobado, lo justo y equitativo es declararlo así, para dar al presunto delin-

cuente la reparación moral que le corresponde, frente a denuncios temerarios, acusaciones excesivas o apreciaciones apriorísticas o ligeras. Haciéndose esto, la acción penal no se adelanta, sino que se le pone fin.

"Tan celoso ha sido el legislador en esta materia, que faculta al procesado para renunciar a la prescripción (artículo 112 del Código Penal). El interés del Estado puede cesar en lo relativo a la persecución del presunto reo, pero el de este para que resplandezca su inocencia o campeen sus justificaciones y excusas, puede no haber terminado. Y la ley positiva respeta este interés particular. Pero esta facultad de renunciar no es, por sí sola, suficiente. Ni su consagración expresa significa, por sí, que los falladores pierdan la facultad o cesen en su deber de absolver al acusado o de sobreseer en su favor, cuando, en los autos, aparezcan establecidas las causales que, legalmente, conduzcan o deban conducir a la absolución o al sobreseimiento. (Auto de 10 de marzo de 1958, proferido por la Sala en el proceso por abuso de autoridad y otros cargos contra el doctor José Cabarcas González). (Casación Penal. Octubre 8/58. Números 2203-2204-2205) ... 555, 1ª y 2ª

— 217 —

PRESCRIPCION (Excepción de)

En el procedimiento laboral la excepción de prescripción ha de ser propuesta o alegada en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite. (Casación Laboral. Septiembre 19/58. Nº 2202) ..280, 1ª

— 218 —

PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES (Diferencias)

Son cosas bien distintas las prestaciones "y las indemnizaciones" pues esa distinción resulta suficientemente clara de la legislación, en donde se consagra, por separado en distintos preceptos, lo referente a aquellos derechos que procuran la atención patronal de los riesgos que demanda el esfuerzo personal, de aquellos que defienden al trabajador en su trabajo mismo, para su concierto, duración y ejecución, entre los cuales se comprenden los derechos indemnizatorios. (Casación Laboral. Abril 11/58. Nº 2203) .. 705, 1ª

— 219 —

PRESUPUESTOS PROCESALES (Examen de la personería de las partes)

El fallador procede acertadamente al examinar como primer aspecto, antes de abordar el estudio de las pretensiones propuestas por los litigantes, el referente a la personería de las partes, porque según jurisprudencia de esta Corte, sin aquella capacidad jurídica la acción no puede prosperar por carecer de uno de sus elementos esenciales. (Casación Civil. Septiembre 17/58, Nº 2202) 113, 2ª

— 220 —

PRIMA (Salario para su liquidación)

Después de intensas discusiones doctrinarias en torno a si para la liquidación de la prima debe tomarse el salario fijo o el promedio, no cabe duda de que es este último el que juega en tal liquidación. Pero es obvio que para ello deba tomarse el salario promedio del respectivo período semestral o del lapso mayor a tres meses conforme a las voces del artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, mas no el de otros períodos anteriores. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202) 246, 1ª

— 221 —

PRIMA DE SERVICIOS (Proporcional al tiempo trabajado)

El artículo 306 del CST. establece a cargo de las empresas de carácter permanente la obligación de pagar a cada uno de sus trabajadores, excepto a los ocasionales o transitorios, una prestación especial denominada prima de servicios, regulada en cuanto a su cuantía según el capital de las empresas. Pero en los casos previstos en los literales a) y b) de esa norma, condiciona ese derecho en forma de hacerlo efectivo únicamente a quienes hubieren trabajado todo el respectivo semestre, para obtener el máximo de esa prima, o proporcionalmente al tiempo trabajado, siempre que hubieren servido por lo menos la mitad del semestre respectivo y con la condición de que el despido no haya sido por justa causa. Es decir, este derecho se consagra en forma condicional y proporcional en su cuantía a quienes hayan trabajado períodos de tres meses o más dentro del semestre. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....675, 2ª

— 222 —

PROCESO PENAL (Facultad inquisitiva y derecho de defensa)

La imputación a los defensores de que dejaron sin prueba el proceso, por no haber hecho uso del derecho a solicitarlas, dentro del término que sigue a la ejecutoria del auto de proceder, para de ahí tratar de sacar la conclusión de que fueron esos mismos defensores quienes lesionaron el derecho de defensa, por lo cual no tienen fundamento sus quejas, es equivocada.

Hay en esto un error, que nace, en parte, de la falsa creencia de que el sistema procesal penal puede equipararse al civil, en que rige el principio dispositivo, que se satisface con la verdad formal, como un eco del apotegma según el cual "scienti et volenti non fit injuria". Pero tal no es el mecanismo de nuestras instituciones penales de procedimiento. Como regla general, las investigaciones de esa clase se comienzan o pueden iniciar de oficio, y de oficio se allegan las del sumario, sin que obste la colaboración de las partes, en la segunda etapa del proceso, comúnmente llamada juicio en nuestras instituciones, la oficiosidad se restringe, en cierto sentido, pero el principio se conserva.

Manifestación de dicho principio la constituye el suspendido artículo 446 del Código de Procedimiento Penal, que facultaba al Juez para abrir el juicio a pruebas, si lo estimaba conveniente, y, asimismo, el artículo 450 de la misma obra, que lo autorizaba para disponer que se practicasen "aquellas que considere conducentes para el esclarecimiento de los hechos".

Suspendidos estos artículos con un criterio antitécnico que rompe la armonía del sistema, por ministerio del Decreto Extraordinario 1.231 de 1951, la oficiosidad no quedó abolida del todo. Se conservó vigente el artículo 472 del estatuto procesal, a que ya se aludió. Se mantuvo, igualmente, la integridad del artículo 542, en relación con el 545, que permite al fallador de la segunda instancia abrir el juicio a pruebas y decretar "las que él estimare convenientes", aunque estas facultades no se reconocieron para los juicios con intervención del Jurado (artículo 547, ib.). Están vigentes también los artículos 425 y 548 del estatuto procesal, que imponen a los falladores el deber de interrogar al procesado, en las oportunidades allí previstas.

Por manera que, si las partes no llenaron la función que les incumbía, de colaboradoras activas de la justicia, cada una dentro de su campo de acción, tocaba a los Jueces convertir en cosa viva y actuante, para beneficio de la misma justicia, los arbitrios

reconocidos por la ley, de acuerdo con su clara función finalista, arbitrios que, leal y diligentemente ejercidos como deberes positivos y no como cosas muertas, podían y debían conducir a que se enmendase "el grave problema de un expediente inconcluso".

También lo dispuesto en el artículo 295 del Código de Procedimiento Penal, que manda al instructor "investigar con igual celo no solo los hechos y circunstancias que establezcan y agraven la responsabilidad del procesado, sino también las que lo eximan de ella, o la extingan o atenúen", es una expresión del sistema inquisitivo-oficioso, norma esta que no debe desconocerse en el sumario.

Aunque la Corte en providencia de 23 de noviembre de 1950 (G. J., tomo LXXXI, números 2.160 y 2.161, página 833), dijo que "El proceso no es un laboratorio indefinido de investigaciones, que permita llevar hasta lo infinito la práctica de pruebas, máxime si son inconducentes e ineficaces", debe tenerse también en cuenta:

Un proceso técnico, amoldado a los fines de la ley y justiciero en su orientación, no puede plasmar en reacciones que se extingan —contra las leyes naturales de su desenvolvimiento— al momento de producirse, o que rompan los canales de la juridicidad para envolver al individuo, sin que le sea posible una defensa efectiva ni sea seguro que merezca, en justicia, este tratamiento.

La violación sistemática del derecho de defensa, considerado por maestros como Carrara como un derecho natural de la persona, no se satisface con fórmulas externas, sin proyecciones prácticas como aceptar unos defensores de oficio, dejarles que hablen ante el Jurado, notificarles algunas providencias y recibirles sus memoriales. Ello no es más que una mínima parte del ejercicio normal de aquel derecho, que, por su trascendencia, se convierte en función de interés público. Nada eficaz pueden hacer los defensores, con todo y su loable diligencia, si se apartan de su alcance, con violencia de las leyes y aun de la simple equidad natural, los medios o instrumentos conducentes para llenar a cabalidad su función. La falta de práctica —pese al clamor de los defensores en el expediente—, de las pruebas que estos o los acusados solicitaron y de las que la ley ordena practicar de oficio y "con urgencia", junto con la omisión, por encima de todo y de todos y la denegación pesistente de las mismas, a pesar de su clara procedencia, se llama, frente a la realidad, violación sistemática de los derechos de la persona, en la especie defensa contra imputaciones penales. (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) .....646, 2ª, 647, 1ª y 2ª y 648, 1ª

— 223 —

PRUEBAS (Conducencia de las)

Los jueces tienen un amplio poder discrecional para apreciar la conducencia de las pruebas que las partes soliciten dentro del término probatorio. En virtud de ese poder discrecional pueden abstenerse de decretar aquellas pruebas que estimen que no son conducentes o que deben llegar al proceso por medios específicamente determinados por la la ley. Los Jueces y Tribunales deben ser prudentes al decretar pruebas que deben llegar al proceso mediante inspección ocular.

Si al pedir una inspección ocular para allegar al proceso determinadas pruebas, el Juez las decreta y practica sin contradicción de la contraparte, tales pruebas se entienden que han ingresado normalmente al proceso. No puede ya abstenerse el juzgador de apreciarlas conforme a la tarifa legal de pruebas y a la libertad de que en cada caso dispone el Juez. (Casación Civil. Octubre 2/58. Números 2203-2204-2205) 425, 1ª

— 224 —

PRUEBAS (De oficio en audiencia)

Para sanear los procesos de omisiones y otras fallas; para concluírlos, hallándose "inconclusos"; para descubrir la verdad de manera objetiva y libre de direcciones unilaterales; y, en fin, para garantizar una función trascendente, que en una sociedad del tipo de la colombiana no puede interpretarse como favor o gracia, cual es la función de la defensa, se creó no solo la norma contenida en el artículo 473 del Código de Procedimiento Penal, sino también la del artículo 472, que dice textualmente:

"Durante la audiencia, el Juez gozará de amplias facultades para suscitar los careos que crea oportunos, para exigir a los testigos o peritos las relaciones que considere necesarias y para practicar las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos".

Facultades perfectamente lógicas, por ser bien sabido que, en nuestro sistema procesal penal, domina el procedimiento inquisitivo, esencialmente oficioso; y porque, en virtud de la trascendencia reconocida por las instituciones colombianas al juicio penal, no se busca, en este, el descubrimiento de una verdad puramente formal, sino el de la genuina verdad que algunos denominan "verdad real". (Casación Penal. Diciembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205).....645, 2ª

— 225 —

PRUEBAS (Error y falsedad en su apreciación)

La autonomía de los juzgadores para apreciar la prueba, no los faculta para crear hechos totalmente ausentes de la prueba misma. En el instante de ocurrir esto, ya se ha introducido un elemento de falsedad que sería extravagante justificar con aquella autonomía y que, si se toma como fundamento de imputación y condena, entraña una de las falsedades probatorias de que trata el ordinal 3º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal. No es, en consecuencia, lo mismo apreciar erradamente un testimonio u otra prueba apta (lo cual cabe dentro de la autonomía del fallador, que introducir en la prueba o testimonio elementos en un todo ajenos a su contenido. En el primer caso, hay error, mas no falsedad; en el segundo, la falsedad aparece de bulto, como secuela inevitable del grave defecto dialéctico del sentenciador. (Casación Penal. Octubre 7/58. Nos. 2203-2204-2205)..546, 2ª y 547, 1ª

— 226 —

PRUEBAS (Las aportadas al juicio aprovechan a todas las partes)

Dentro del actual sistema procesal colombiano, es craso error aplicar la regla que el Tribunal aplicó según la cual "las pruebas solo aprovechan a quien las presentó y no pueden ser utilizadas por el juzgador en el fallo en forma que beneficie a la parte que no las presentó", teoría que destruye los principios consagratorios de "la lealtad procesal" y de "la comunidad de pruebas" en el C. J. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Número 2202).....71, 1ª

—227 —

PRUEBAS (Producción y apreciación en materia laboral)

En materia laboral, según el artículo 51 del CPT., son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, con las restricciones impuestas por el mismo y por el artículo 55 ibidem para la prueba pericial y para la inspección ocular, respectivamente. Esos medios legales de prueba son los que determinan el Código Civil en el Título 21

del Libro IV y el Código Judicial en el Título 27 del Libro II, según preceptúa el artículo 593, del C. J. en armonía con el 1.757 del C. C. Para que asuman este carácter, están sujetos al cumplimiento de las disposiciones formales o de rito procesal requeridas para su recepción a fin de que puedan ser apreciados por el juzgador al tiempo de señalarles su mérito o valor probatorio.

Por otra parte no pueden echarse en olvido los principios que inspiran el proceso laboral: la oralidad y publicidad, la inmediación, la libre formación del convencimiento son postulados básicos que tienen entre sí una estrecha relación y que presiden la apreciación y valoración de las pruebas. Por esto el Código de Procedimiento Laboral ordena que, salvo algunos casos de excepción, la práctica de las pruebas se efectúe oralmente y en audiencia pública, so pena de nulidad; que el juez debe practicar personalmente todas las pruebas y que cuando le fuere imposible hacerlo, por razón del lugar, comisionará a otro juez para que las practique, quien tiene igualmente la obligación de recibirlas por sí mismo y de comunicar al comitente su apreciación íntima acerca de ellas, que en el caso de prueba testimonial, consistirá en el concepto que le merezcan los deponentes y las circunstancias de mayor o menor credibilidad de sus testimonios, cumpliéndose así el principio de inmediación, que posteriormente facilitará al juzgador la tarea de fijar la convicción judicial dentro de las facultades que le otorga el artículo 61 del C. de P. L. El sistema de la libre formación del convencimiento que establece la norma antes citada para la apreciación de las pruebas, significa que el juez no está sometido a la tarifa legal, como ocurre en el procedimiento civil, sino que opera simplemente la persuasión racional que resulte del análisis de todas las pruebas allegadas al juicio, atendiendo a los principios científicos que informan la crítica de la prueba y a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta observada por las partes. Pero en manera alguna puede entenderse que el juzgador disponga de libertad en lo relativo a la aducción y recepción de las mismas, pues, en este aspecto, debe ceñirse estrictamente a las disposiciones de rito procesal a fin de que puedan considerarse como verdaderos medios legales de prueba. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Números 2203-2204-2205).....665, 1ª y 2ª

— Q —

— 228 —

QUIEBRAS (Sanciones al funcionario del conocimiento)

Para aplicar la sanción que prevé el art. 35 del Decreto 750 de 1940, consistente en la destitución del cargo, se requiere, como es obvio, que en el momento de proferirse el fallo el funcionario acusado tenga tal calidad y se encuentre en el ejercicio de la misma. (Sala Plena. Septiembre 20/58. Nº 2202).. 12, 2ª

— R —

— 229 —

RECUSACION (Por demoras en el despacho de los negocios)

La causal de recusación establecida en el Decreto 3.346 de 1950 tiene por objeto inmediato separar del conocimiento al funcionario moroso o negligente y como finalidad remota eliminar gradualmente de la administración de justicia a los que por incuria, indolencia o falta de celo se hayan mostrado indignos de pertenecer a la más importante rama de la administración pública. No basta, por consiguiente, demostrar un simple retardo o el vencimiento de un término, para que inexorablemente deba sancionarse con

la separación del conocimiento al formalmente responsable. Forzoso es reconocerle el derecho que tiene a demostrar que el retardo se debe "a fuerza mayor o caso fortuito". Solamente así se evitan injusticias y se impide que jueces eficientes sean separados del servicio público. (Casación Penal. Septiembre 10/58. Nº 2202).....181, 2ª y 182, 1ª

— 230 —

REGISTRO (De sentencias)

Estando una sentencia sujeta a la formalidad del registro, si no se cumplió este requisito, tal sentencia, según los términos del artículo 2.673 del Código Civil, no hace fe en juicio acerca de la mutación del dominio, y sus efectos, según el artículo 2.674 ibidem, no alcanzan a terceros, sino desde la fecha del registro o inscripción. Necesariamente, tales sentencias deben registrarse para que mediante tal formalidad se cancelen las inscripciones vigentes de los títulos de dominio, y para que como consecuencia de esa cancelación vuelvan los bienes en litigio al patrimonio del verdadero dueño. Y no solo para efectos de la tradición es preciso el registro, sino para su exterioridad o publicidad, que dé a conocimiento del público la verdadera situación jurídica del inmueble, que permita a terceros contratar con base en tal situación. (Casación Civil. Septiembre 12/58. Número 2202).....94, 1ª

— 231 —

REGISTRO CIVIL (Cambio de nombre de una persona)

Véase el aparte Estado Civil en el número 127 de este Indice.

— 232 —

REINCIDENCIA (Agravación de la pena)

Es reincidente el que después de haber sido condenado comete un nuevo delito. En otros términos, y con las palabras de Maggiore, la reincidencia es la recaída en el delito después de una condena anterior.

Sostiene Carrara que la única razón para aumentar la pena al reincidente consiste en la insuficiencia relativa a la que sufrió antes. Y esta insuficiencia —agrega el maestro— la demuestra el reo mismo por su propio hecho, es decir, con la prueba positiva que resulta de su desprecio a la primera pena.

Pero ya se considere la reincidencia como causa de mayor imputabilidad, por haber revelado el culpable incapacidad de adaptación al orden constituído (Maggiore), o como agravante de la pena, es lo cierto que ella no puede predicarse sino de quien habiendo sido condenado recae en el delito, sea de la misma especie (reincidencia específica o propia), o de otra distinta (genérica o impropia). (Casación Penal. Diciembre 10/58. Números 2203-2204-2205).....607, 2ª

— 233 —

REIVINDICACION (Elementos de la acción)

La acción de dominio o reivindicatoria, está configurada por cuatro elementos fundamentales para que pueda prosperar. Son ellos: cosa singular reivindicable, o cuota determinada de cosa singular; derecho de dominio del reivindicante; posesión actual del demandado e identidad del bien que pretende reivindicarse. (Casación Civil. Noviembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205).....478, 2ª

— 234 —

REIVINDICACION (Identidad del inmueble)

Uno de los elementos esenciales de la acción reivindicatoria es la identidad del objeto reivindicado. Es necesario, por tanto, demostrar que la finca a que se refieren determinados títulos escriturarios coinciden exactamente con la finca o parte de la finca poseída por el demandado o demandados. (Casación Civil. Octubre 23/58. Nos. 2203-2204-2205) 454, 1ª

— 235 —

REIVINDICACION (Prueba de la calidad de propietario en el actor)

En tratándose de acciones de dominio le basta al actor para acreditar su propiedad presentar copia auténtica y debidamente registrada de las escrituras que lo amparan como dueño o propietario, no siendo necesario, ni mucho menos esencial, aducir el certificado de libertad del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados. Esta ha sido sobre el particular, tradicional doctrina de la Corte, uno de cuyos numerosos fallos el de 26 de febrero de 1936, dice categóricamente que para probar la suficiencia de la titulación es menester el certificado del Registrador, en ciertos juicios, como cuando se embargan bienes en ejecuciones, o cuando se trata del especial de venta de la cosa hipotecada, pero en ningún caso, subraya la Corte, es necesaria su presentación cuando se ejercita la acción real de dominio. (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205). 436, 1ª

— 236 —

RENTA VITALICIA (Resolución del contrato por incumplimiento)

El artículo 1.977 del código civil francés, que estatuye la resiliación para el contrato de renta vitalicia, cuando el debirrentista no da las seguridades estipuladas para el pago del precio, puede ser antecedente del artículo 2.296 del código colombiano conforme al cual "Si el deudor no presta las seguridades estipuladas, podrá el acreedor pedir que se anule el contrato", pero no del 2.294, porque en este se contempla un supuesto completamente diferente, como es el pacto de romper el contrato por no pagar el deudor la renta.

El término resiliación no es sinónimo de rescisión, pues la primera, a tenor del inciso 1º del artículo 1.625, ocurre "cuando dos o más personas que han celebrado un contrato, lo dejan sin efecto de común acuerdo, en virtud del principio de que las cosas se deshacen de la misma manera que se hacen", caso en el cual no cabe hablar de resolución. Y la rescisión se refiere al contrato que adolece de nulidad relativa, esto es, cuando los requisitos que faltan al acto, los exige la ley en consideración a las personas que lo celebren. La aplicación de estos términos con el significado expresado y con las diferencias existentes tanto entre sí como con el vocablo resolución, han sido consagradas por la Corte en fallo de 9 de mayo de 1938 (Tomo 46, página 484).

La palabra rescisión de que habla el art. 2.294 del Código Civil por el no pago de la renta, cuando las partes lo han pactado en el contrato, por no compaginarse ni en su causa ni en sus efectos con la nulidad relativa, tanto por los autores como por la jurisprudencia ha sido aceptado que está mal empleada, porque se trata de la resolución del contrato por el no cumplimiento de la prestación a cargo del deudor de la renta, no de vicios del mismo.

Así don Fernando Vélez anota que "la palabra rescisión del artículo no es propia, pues no se trata del caso en que el contrato adolezca de algún vicio, sino del en que no se le cumpla que a lo que da derecho es a pedir, o la resolución o el cumplimiento del

contrato con indemnización de perjuicios" (Tomo VIII, página 326).

Alessandri Rodríguez dice que el acreedor puede pedir la resolución del contrato por falta de pago de la pensión cuando se ha estipulado, refiriéndose al artículo 2.271 del Código de Chile, del cual es copia el 2.294 del colombiano.

La Corte en sentencia de casación de 9 de mayo de 1933, 10 de marzo de 1942 y 9 de marzo de 1943 tiene aceptado que cuando expresamente se estipula que si no se cumple la obligación de pagar la renta, el contrato se rescinde, conforme a lo preceptuado en el artículo 2.294, la acción consagrada es la de resolución "dadas las normas que regulan la rescisión y la resolución" (G. J. número 1.894, pág. 333, número 198, pág. 108, número 1.993, pág. 46). Casación Civil. Septiembre 25/58. Nº 2202) . . .164, 2ª y 165, 1ª

— 237 —

RESCISION, RESILIACION Y RESOLUCION (De un contrato)

Véase el aparte Renta Vitalicia en el número 236 de este Indice.

— 238 —

RESPONSABILIDAD (Solidaridad por delitos o culpas)

La Corte ha estimado que la solidaridad que consagra el artículo 2.344 del Código Civil, procede también cuando la responsabilidad es indirecta, tesis en que la Sala insiste, pues el artículo aludido es una norma general para todos los casos de responsabilidad por delitos o culpas que no establecen distinciones entre la directa o indirecta. (Sentencia de 20 de abril de 1944 de la Sala de Casación Civil, G. J. números 2.006 a 2.009, página 151). (Negocios Generales. Octubre 20/58. Nos. 2203-2204-2205) 789, 1ª

— 239 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Del Estado)

La división entre actos de imperio y actos de gestión para establecer la responsabilidad indirecta del Estado, es doctrina ya revaluada por los expositores y nuestra jurisprudencia. (Al respecto, véase la sentencia de 2 de marzo de 1948, G. J., número 2.057, página 940). (Negocios Generales. Octubre 20/58. Nos. 2203-2204-2205) 788, 1ª

— 240 —

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL (Del Estado por hechos de sus agentes)

Como es sabido, la responsabilidad civil extracontractual de las entidades de derecho público por hechos de sus agentes que causan daños a terceros, es cosa que hoy no se discute, ya se la fundamente en las normas generales de la ley civil atinentes a la "culpa in eligendo" o a la "culpa in vigilando", ya en la tesis del Derecho Administrativo llamada "Falta de servicio" o deficiencia de los servicios públicos. Nuestra jurisprudencia ha dado hasta ahora preferencia a la primera de estas concepciones sin menospreciar la segunda, posiblemente porque aquella doctrina ha sido suficiente para resolver los casos planteados ante nuestros Tribunales. En confirmación de lo anterior puede verse la sentencia de esta Sala de fecha 30 de junio de 1941, que corre publicada a páginas 101 a 122 de la C. J., número 1.977. (Negocios Generales. Octubre 20/58. Nos. 2203-2204-2205) . . . . . .785, 2, y 786, 1ª

— 241 —

REVISION (De procesos adelantados según el Decreto 0014 de 1955)

Todo juicio penal se resume en un silogismo en que la premisa mayor es el auto de proceder o su equivalente; la menor es el acervo probatorio; el término medio, la relación entre esas dos premisas; y la conclusión o fallo es la consecuencia lógica de los tres anteriores elementos del raciocinio.

El pensamiento del artículo 472 del Código Judicial —que contiene una norma sabia que no debe desatenderse en ningún caso—, es el de que la técnica se hizo para servir al derecho y no el derecho para servir a la técnica.

El procedimiento **sui-generis** del Decreto 0014 de 1955 en que los intereses del procesado están circuídos en un estrechísimo campo de defensa, obliga a la Sala a obrar con amplitud cuando a una persona se la ha condenado no por lo que dijo el único testigo en el proceso sino por lo que el Juez, contra toda evidencia, creyó que ese testigo había dicho. (Casación Penal. Octubre 7/58. Números 2203-2204-2205).....546, 2ª

— 242 —

REVISION (Por haberse condenado con base en prueba que resulta falsa)

A la luz de la causal 3ª del artículo 571 de la Ley 94 de 1938, es claro que si una sentencia definitiva y ejecutoriada se funda en una declaración u otra prueba que luego resulta ser falsa, no solo hay lugar a la revisión del proceso sino que es necesario investigar para reprimir debidamente el delito de **falsedad.** La letra, el espíritu y el propósito del legislador concurren en general a evitar que sobre una falsedad cualquiera se funde una condena judicial. En materia penal es de subidísima importancia no perder de vista esta premisa; porque es sin duda más grave condenar a un inocente que absolver a un criminal.

Dentro de lo humano, puede ocurrir que la sentencia se funde en un testimonio o documento que luego resulte falso; o que el fallo condenatorio sobrevenga precisamente como consecuencia de otro género de falsedad: falsedad en que puede incurrir el juzgador cuando falla sin prueba o deduciendo, por error simplemente dialéctico, un hecho de un testimonio que en manera alguna sirve para incriminar al procesado. (Casación Penal. Octubre 7/58. Nos. 2203-2204-2205) 546, 1ª y 2ª

— 243 —

RIÑA (Provocada por la víctima e imprevista)

"Riña provocada por el occiso no significa necesariamente que hubiera sido imprevista para el homicida. Porque no demuestra que de parte del provocado no existiera el propósito de reñir. La provocación de uno de los contendores no elimina la voluntad de aceptar el reto por parte del que la sufre y, que aún podría estarlo esperando para darle rienda a sus impulsos. Ambos pueden estar animados de igual designio beligerante o combativo. De manera que el hecho de que uno de ellos dé principio a la agresión —de palabra o de obra— no querrá decir que para el otro fue inopinado e imprevisto el lance. Solo de quien ha sido sorprendido por un ataque que no esperaba y de él se defiende, trabándose en lucha con la persona que lo acomete, es posible predicar el fenómeno de la riña imprevista. Por eso se ha dicho que esa clase de reyerta equivale a la casual, a la que se produce sin el querer de quien llegó a ella obligado por una circunstancia imposible o casi imposible de eludir. La riña imprevista es, en términos exactos, un lance que surge accidentalmente y en forma sor-

presiva para uno de los que lo afrontan y que no lo quería ni lo buscó, ni actuó de una manera voluntaria, sino que se vio comprometido en el mismo, sin que en su ánimo estuviera el propósito de pelear. Y de ahí que la ley lo considere como un hecho especial de responsabilidad atenuada.

"Quien es agredido y se defiende, apenas ejercita un derecho; mas el que devuelve los golpes que otro le dá, también se defiende, puesto que la defensa implica por lo regular contra-ataque. Y es aquí en donde parece confundirse la posición del que riñe sin querer y la de quien solo por defenderse repele a su gratuito agresor". (G. J. Tº LXXXVII, número 2.194). (Casación Penal. Septiembre 23/58. Nº 2202).....211, 1ª y 2ª

— S —

— 244 —

SALARIO (Sus características)

De acuerdo con los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos deben ser tenidos en cuenta para decidir, en un caso dado, si las sumas o especies dadas por el patrono al trabajador constituyen salarios. Van a verse:

I.—**El carácter retributivo y oneroso.**—Es de la esencia del salario que la suma o especie que se den sean de naturaleza retributiva, es decir, correspondan a la prestación de un servicio, cualquiera que fuere la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor de trabajo suplementario o de horas extras, valor de trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones o participación de utilidades (artículo 127).

II.—**El carácter de no gratuidad o liberalidad.**—Este principio es correlativo a la naturaleza oneroso referida en el anterior. Por lo cual no constituyen salarios las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del patrono, como las primas, bonificaciones y gratificaciones ocasionales (artículo 128).

III—**El carácter de ingreso personal.**—Que dichas sumas ingresen realmente al patrimonio del trabajador, o que lo enriquezcan como dice la ley, sirviendo para subvenir a sus necesidades. Por lo cual no será salario lo que el patrono le dé al trabajador para desempeñar a cabalidad sus funciones, como los gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo u otros semejantes, ni tampoco las prestaciones sociales (artículo 127). (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202).....261, 1ª y 2ª

— 245 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Por demoras en el despacho de los negocios)

La sola demora de un funcionario público en decidir los negocios de que conoce, no implica delito, a la manera que la sola existencia de la muerte violenta de un hombre por otro hombre tampoco significa, necesariamente, que el último haya incurrido en el delito de homicidio. La demora puede haber sido fruto de una simple negligencia culposa, y, en este caso, la ausencia del dolo hace que la omisión, por voluntad de la ley, no pueda valorarse como delictiva. Puede haber sido efecto del recargo excesivo de negocios o labores, y rige entonces el principio clásico de que nadie está obligado a lo imposible (**ad imposibilia nemo tenetur**), ya que, por otra parte, está derogado el artículo 1.828 del anterior procedimiento penal, cuyo inequitativo y draconiano texto decía:

"Ningún empleado o funcionario público se eximirá de la pena legal por las omisiones y faltas en que haya incurrido, aunque alegue y pruebe que el cúmulo de los negocios que estaban a su cargo no le permitió cumplir su deber en el caso de que se trata".

Pero otra cosa ocurre, cuando la omisión o demora, sin poder explicarse por aquellas circunstancias o por otras semejantes, encarna la objetivación de una mala voluntad en el cumplimiento del precepto; cuando —usándose los términos del penalista Welzel—, tal objetivación se presenta como voluntad de concreción del resultado o tipo previsto en la ley penal; o sea, cuando ella aparece impregnada de los necesarios elementos subjetivos que comunican carácter intencional al hecho del orden externo, y con ellos, a la conducta.

Es delictuosa la conducta del funcionario público que, no ya ocasionalmente, sino por sistema y, con plena advertencia, se dispensa de resolver las solicitudes que se le hacen, dentro de los términos señalados en la ley, sin que importe que lo pedido sea o no procedente. Si lo es, lo legal es conceder lo solicitado; si lo contrario, se decidirá en forma negativa, pero oportunamente. No debe perderse de vista que, aun para asuntos en que el ciudadano pueda no ser tenido por parte legítima, en el sentido restricto de los términos, consagró la Constitución, en su artículo 45, la garantía de que las peticiones que se hagan, implican el derecho del solicitante a "obtener pronta resolución". Con mayor razón, si no se trata de asuntos de interés general, como dicé el texto de la Carta, sino de aquellos en que el interesado puede ser parte y en la solicitud va envuelto el ejercicio del derecho de defensa. (Casación Penal. Julio 28/58. Nº 2202).....193, 2ª, 194, 1ª y 195, 2ª

— 246 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Recursos contra el fallo que las impone.—Nulidades)

Como según el artículo 12 del Decreto 3.665 de 1950, "contra las decisiones del superior no habrá otro recurso que el de queja", los funcionarios sancionados con penas disciplinarias no podrán interponer recurso de reposición pues la ley no lo establece. Y no estableciéndolo, resultaría contrario a derecho que el funcionario se arrogara facultades que no le otorga la ley, como ocurriría en el evento de que, sin existir recurso, aquel —para concederlo— procediera a crearlo. Es sabido que la competencia del funcionario público está determinada exclusivamente por fuente legal positiva y atribución expresa; solo puede hacer, por tanto, lo que la ley le autoriza u ordena que haga y, en consecuencia, a la ley deben estar estrictamente ceñidos todos sus actos.

No existe duda, empero, de que es procedente el estudio y revisión aun oficiosos de los procedimientos, en la jurisdicción antes de proveimiento de fondo y en la administración siempre. Tratándose de un acto administrativo de carácter disciplinario, asimilable a los que produce la administración por la vía gubernativa, su procedimiento es susceptible de anulación en la eventualidad de que —como se ha dicho— las actuaciones previas a su expedición adolezcan de ilegalidad o, con mayor razón aún, de inconstitucionalidad manifiesta como lo sería la alegada inaudiencia en juicio de los sancionados. La facultad de revisar los procedimientos simplemente administrativos por razón de inconstitucionalidad debe afirmarse que existe siempre, puesto que el Estado de derecho equivale por excelencia a la sumisión de todos los funcionarios a las normas jurídicas que regulan su actuación. (Sala Plena. Noviembre 20/58. Nos. 2203-2204-2205).. 408, 2ª y 409, 1ª

— 247 —

SANCIONES DISCIPLINARIAS (Trámites del proceso)

El Decreto 3.665 de 1950 consagra dos sistemas diversos para dar impulso al proceso disciplinario: el uno requiere petición de

"cualquier particular"; el otro se adelanta de oficio. Si se elige el primero, debe acompañarse por el querellante "la prueba sumaria de los hechos", o "siquiera un principio de prueba por escrito" (artículo 4º). También puede procederse a instancia del Ministerio Público o del Ministerio de Justicia (ibidem).

En conformidad a lo dispuesto en el artículo 5º, es obligación de quien tramita la queja o la denuncia, "hacer conocer por escrito al inferior los actos u omisiones que se le atribuyan, así como las pruebas correspondientes cuando ellas existieren".

Si se procede a instancia de un particular, y no se acompaña "siquiera un principio de prueba por escrito", ello significa que la queja no ha sido "legalmente formulada", como expresa el mismo artículo 5º; por lo tanto, el procedimiento no puede adelantarse.

Si se actúa de oficio, o a solicitud de las autoridades mencionadas, no es necesario acompañar pruebas. Pero cualquiera que sea el origen del proceso, el trámite inmediato previsto en la norma (artículo 5º) es el traslado al funcionario acusado, por diez días, para su descargo y para que pueda presentar las pruebas que tenga a bien, ib.).

Vencido el término del traslado, no queda sino decidir; pero, antes de hacerlo, "el superior puede dictar un auto para mejor proveer... dentro de un término que no puede pasar de diez días, más el de la distancia", lapso que se concede para la práctica de las pruebas decretadas por tal auto (artículos 6º y 7º).

Esto es, en esencia, lo que el Decreto consagra, sin que el procedimiento pueda alterarse en un sentido o en otro, por respetables que sean las razones que se invoquen. (Casación Penal. Julio 28/58. Nº 2202).... 191, 2ª y 192, 1ª

— 248 —

SENTENCIA (Condena cuando se pide hacerla en abstracto)

Cuando el actor solicita en la demanda que los frutos se liquiden de conformidad con el procedimiento señalado en el artículo 553 del Código Judicial, el sentenciador no puede condenar en concreto a la parte demandada en los términos del dictamen pericial, porque fallaría en exceso y quizá daría margen a un motivo de casación que posiblemente se podría alegar con éxito en el recurso. (Casación Civil. Septiembre 10/58. Nº 2202).....63, 2ª

— 249 —

SENTENCIA (Consecuencias penales de la absolutoria dictada en los juicios de la Ley 69 de 1945)

Según lo dispuesto por el artículo 12, inciso 2º de la Ley 69 de 1945, siempre que uno de los juicios sumarios a que ella alude concluya con sentencia absolutoria "se seguirá de oficio el procedimiento por calumnia contra el autor o autores de la denuncia." El cumplimiento de este deber, que la expresada norma impone de modo imperativo, está fuera del arbitrio de los particulares ofendidos, máxime si se tiene en cuenta que lo que ordinariamente ha de averiguarse es si se cometió un delito de falsa denuncia (artículos 188 y 189 del Código Penal), denominado calumnia por legislaciones y expositores extranjeros. (Casación Penal. Dic. 11/58. Nos. 2203-2204-2205)...615, 1ª y 2ª

— 250 —

SENTENCIA (Sus apreciaciones doctrinales)

El sentenciador, "por vía de doctrina",

sentó la tesis de que la consignación debe hacerse en el sitio convenido para el pago de los salarios. A ello cabe observar que la jurisdicción no es doctrinante; sus consideraciones y decisiones constituyen jurisprudencia, que no doctrina, pues que esta es el conjunto teorético de los estudiosos y tratadistas de derecho acerca de aspectos generales o concretos de los principios jurídicos o de la ley positiva. Es por tanto ineficaz, desde el punto de vista del resultado del proveimiento, la aseveración de que solo "por vía de doctrina" se formula un enunciado jurídico.

No es procedente, por tanto, tratar de plantear un antagonismo entre la sentencia y la ley cuando lo que ha hecho el fallador es destacar, según apreciación simplemente doctrinaria, e inhibiéndose expresamente de aplicarla al caso **sub-lite**, una oposición entre un hecho concreto y la doctrina. (Casación Laboral. Septiembre 16/58. Nº 2202)..... 252, 2ª y 253, 1ª

— 251 —

SENTENCIA (Ultra o extra petita)

La facultad de decisión con alcance de **extra** o **ultra petita** no envuelve la modificación oficiosa y arbitraria del vínculo jurídico-procesal de las partes. La institución de decidir sobre materia distinta o cuantitativamente superior a la pedida le otorga al Juez del Trabajo la facultad de apreciar ampliamente la **causa petendi** de la acción a efecto de modificar el **petitum**, en el momento de la condena, bien sea en el aspecto de su calidad o de su cantidad. Fenómeno distinto es el de la absolución de la parte demandada, absolución que puede ser subjetiva u objetivamente parcial o total. En el primer caso cuando recae sobre el sujeto o sujetos demandados y en el segundo sobre el objeto u objetos que se demandan. (Casación Laboral. Septiembre 27/58. Nº 2202). 288, 1ª

— 252 —

SERVIDUMBRES (Procedimiento para ejercitar las acciones negatorias)

El Código Judicial vigente consagra en su Título XXVII, Libro 2º, un procedimiento especial para ventilar las controversias "sobre imposición, variación, o extinción de una servidumbre, o sobre el modo de ejercerla, y para fijar el valor de las indemnizaciones correspondientes". (Artículos 905, 887, 907, 886 del Código Civil). Es decir, a primera vista se podría pensar, con fundamentos más aparentes que reales, qué una controversia referente a obtener de la justicia la declaración negatoria de una servidumbre que se ha constituído sobre un predio en favor de otro predio de distinto dueño, no por medios legales, sino de **facto**, no puede ventilarse por el procedimiento especial mencionado, sino mediante los trámites de un juicio ordinario controvertido, porque aun cuando la acción negatoria de servidumbre persigue extinguir precisamente una situación creada de hecho, la ley procesal vigente alude no a esta sino a la extinción de una que surgió legalmente, como por ejemplo, la referente a la servidumbre legal de tránsito prevista en el artículo 907 del Código Civil.

La Sala de Casación Civil de esta Corte, en sentencias publicadas en las GACETAS JUDICIALES números 2.053, página 96, y 2.112, página 512, por vía jurisprudencial, pero sin reafirmación concreta y fundada de su parecer al respecto, ha insinuado que los juicios negatorios de servidumbre son los únicos que pueden escapar de la vía procedimental que consagra el Título XXVII del Código Judicial, los cuales, por virtud del artículo 734 de dicha obra, han de tramitarse por la vía ordinaria.

Esta Sala, sin embargo, en sentencia de 26 de abril de 1954 —GACETA JUDICIAL

número 2.140, página 514— ha construído en forma que inclina a su aceptación, una doctrina jurídica y equitativa para demostrar que las referidas acciones negatorias de servidumbre deben ventilarse por el procedimiento especial y no por el ordinario.

Es evidente que el legislador de 1931, al expedir el Código Judicial vigente, no hizo distinción —y con ello toda duda al respecto queda aclarada— entre acciones confesorias y negatorias de servidumbres, para situarlas dentro de reglamentaciones procesales diferentes. Solo quiso simplificar por medio de un juicio breve —susceptible de ser revisado por la vía ordinaria— el modo o manera de dar vida práctica y real a todo ese conjunto de normas sustantivas contenidas en el Título II, Libro 2º del Código Civil; entre las que no solo están las referentes a la imposición de servidumbres, que son las más onerosas, pues aluden a la creación misma del gravamen sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, sino las más favorables, dirigidas a extinguir ese gravamen, así se trate del constituído conforme a la ley, como del surgido a consecuencia de una situación creada de facto. No es, pues, presumible que el legislador al reglamentar lo relativo a servidumbres en el citado Título XXVII, Libro 2º del Código Judicial, hubiera excluído del procedimiento especial de tal Título las acciones negatorias de servidumbres. Al contrario, su verdadera intención fue incluírlas, porque no podría entonces explicarse que en busca de soluciones breves y sumarias para materia de tan socorrida y fundamental importancia, colocara en situaciones más desventajosas a los propietarios de fundos, que por haber llegado a no ser indispensable en estos el ejercicio de la servidumbre, o por no estar obligados a soportar una constituída de hecho, tuvieran que recurrir sus opositores a trámites largos y costosos en defensa de sus derechos. (Negocios Generales. Septiembre 19/58. Nº 2202).....324, 1ª y 2ª y 325, 1ª

— 253 —

SERVIDUMBRES (Trámite)

Si en concreto y por el significado natural de la demanda, la intención del actor consiste en que su propiedad experimenta el gravamen que le impondría la construcción contigua tal como quedó hecha y que no está en el deber de soportarlo, no hay duda de que en razón de su objeto y por sus fines, la controversia que esas súplicas plantean, exige el trámite común ordinario establecido por el procedimiento en punto a servidumbres, supuesto que vencido el año a que alude el inciso 3º del artículo 1.007, termina la vía interdiccial para la protección posesoria, sin perjuicio de que el fondo del asunto quede remitido al procedimiento común en materia de servidumbres, como vía ordinaria para salvaguardiar el derecho, según lo aclara muy bien la parte final de la norma, cuando dice:

"Pero ni aun en esta acción tendrá lugar, cuando, según las reglas dadas para las servidumbres, haya prescrito el derecho".

En realidad, para los efectos del artículo 1.007 del Código Civil no es lo mismo vía ordinaria que juicio ordinario, puesto que la ley de procedimiento dispone que se observen trámites especiales y comúnmente aplicables en materia de servidumbre, o sea la vía ordinaria para el caso. (Casación Civil. Octubre 3/58. Nos. 2203-2204-2205). 445, 2ª

— 254 —

SIMULACION (Demanda de)

La Corte ha sostenido que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, pero que esa circunstancia no quiere decir que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la simulación; por-

que se trata de dos acciones completamente diferentes y porque la simulación como "fenómeno jurídico nunca ha sido negado, aunque involucrándola a veces en el concepto de nulidad y otras en el de ficción de inexistencia, con la desventaja, en el primer caso, de que para no hacerla producir efectos contra terceros, la doctrina se veía obligada, mediante una interpretación sin solidez a quebrar el artículo 1.748 del Código Civil; y con la ventaja, en el segundo caso, de salvar la situación con el artículo 1.766 y responder al control de un hecho innegable, de tremenda extensión en la vida real: la corruptela de los usuales contratos fingidos, ficticios, en fraude de terceros particulares, como los acreedores, o en fraude de la ley fiscal". (Casación, 1º de abril de 1954, G. J., números 2.140, página 354). (Casación Civil. Septiembre 4/58. Nº 2202).....38, 1ª

— 255 —

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO (En los juicios de la Ley 69 de 1945)

En los juicios breves a que se refieren los artículos 8 y siguientes de la Ley 69 de 1945 no hay, como es obvio, "calificación del sumario". No resulta, por tanto, procedente dictar en ellos auto de **sobreseimiento definitivo**, entendida esta expresión en el sentido en que la usa el Código de Procedimiento Penal, sino que en todos los casos en que no haya prueba para condenar, debe proferirse **sentencia absolutoria**. Dichos fallos son en sustancia equivalentes, pues ambos deciden en definitiva sobre lo principal de la cuestión a favor del procesado y hacen tránsito a cosa juzgada. (Casación Penal. Diciembre 11/58. Nos. 2203-2204-2205).....615, 1ª

— 256 —

SOCIEDAD (Demanda contra una de hecho que luego se constituye legalmente)

Como aparece acreditado en el expediente que la sociedad demandada solo se constituyó legalmente el 30 de noviembre de 1940, y que antes de esa fecha y desde 1937 los señores José Jesús y Luis Carlos solo tenían una sociedad de hecho, y teniendo en cuenta que la demanda se ha dirigido contra la sociedad y no personalmente contra cada uno de los socios que la constituyen y a quienes antes prestó sus servicios el demandnate, deberá tomarse como fecha inicial de la iniciación de la relación laboral del demandante con la sociedad demandada, el día 30 de noviembre de 1940. (Casación Laboral. Noviembre 29/58. Nos. 2203-2204-2205)..... 731, 1ª

— 257 —

SUBORDINACION (No depende del rendimiento del trabajador)

La idea de escaso y aislado rendimiento no destruye el concepto de subordinación, que es la posibilidad jurídica de dar órdenes por parte del patrono y la obligación de obedecerlas por parte del trabajador. (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....690, 2ª y 691, 1ª

— 258 —

SUSTITUCION PATRONAL (Normas anteriores al código que la regían)

Con anterioridad a la vigencia del Código Sustantivo del Trabajo la sustitución de patrono fue regulada inicialmente por el artículo 27 del Decreto 652 de 1935 y luego por los artículos 8º, inciso 3º, de la Ley 6ª

de 1945; 53 y 54 del Decreto 2.127 de 1945; y 2º, inciso 3º, de la Ley 64 de 1946.

Yerra, pues, el Tribunal sentenciador cuando en términos generales asevera que el principio de la sustitución de patronos es creación del Código Sustantivo del Trabajo y solo tiene vigencia a partir del 1º de enero de 1951. (Casación Laboral. Septiembre 19/58. Nº 2202).....279, 1ª y 2ª

— T —

— 259 —

TERCERIAS (Competencia cuando se formulan en juicio por jurisdicción coactiva)

De la sentencia de 26 de julio de 1944 dictada por la Corte Plena, en la cual se declararon exequibles, parcialmente, los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, se desprende que en tratándose de tercerías en juicios por jurisdicción coactiva, su conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando quien ejercita esa acción es una entidad de derecho público con fundamento en una obligación derivada de un acto de poder de la administración; y corresponde a la justicia ordinaria, cuando el tercerista es una entidad de derecho público con base en una obligación derivada de un acto de gestión, v. gr., un contrato, o un particular, casos en los cuales "la contención no es puramente administrativa", según expresión del fallo citado.

Mas por esto solo no puede decirse que la competencia radique exclusivamente en la Sala de Negocios Generales, porque en cuanto se refiere a los actos de gestión de la Administración, su competencia se rige por lo dispuesto en el artículo 40 del Código Judicial como juzgador de única instancia, y el numeral 1º del artículo 37 de la misma obra, en relación con el numeral 2º del artículo 76 ibidem, en segunda instancia.

Pero el presente negocio no está comprendido en ninguno de los casos contemplados en las disposiciones citadas, porque las tercerías tienen origen en operaciones comerciales realizadas entre particulares, y, de otro lado, se han promovido en un negocio en que no están interesadas ni la Nación ni un Departamento. La acción compulsiva la adelanta en este caso el Municipio de Bogotá, hoy Distrito Especial.

De tal suerte que, siendo la justicia ordinaria la que debe aprehender el conocimiento de las tercerías de que se trata, para establecer quién es el Juez a quo, deben aplicarse aquellas normas generales de competencia, pues la sentencia de exequibilidad parcial de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943, así lo da a comprender claramente al emplear las palabras "justicia ordinaria", indicando que de las tercerías de que se trata bien puede conocer la Corte, en Sala de Negocios Generales si se relacionan con actos de gestión en que sea parte la Nación, o los Tribunales de Distrito Judicial, si los Departamentos, o los Jueces de Circuito en lo Civil, siempre que tales acciones se deriven de simples obligaciones surgidas entre particulares.

De lo dicho hasta aquí en relación con las tercerías (que de acuerdo con el fallo de exequibilidad parcial de los artículos 3º y 4º de la Ley 67 de 1943 tantas veces citado debe conocer la justicia ordinaria por provenir de actos de gestión de la Administración o de obligaciones entre particulares), la competencia se rige especialmente por la naturaleza del asunto así:

a) Si la obligación se originó en un acto de gestión ejercitado por agentes de la Nación, concretamente en un contrato celebrado en representación de esta, el negocio corresponde al conocimineto de la Corte Suprema de Justicia, en única instancia (artículo 40 del C. de P. C.).

b) Si la obligación nace de un acto de gestión ejercitado en representación de un Departamento, la competencia corresponde al respectivo Tribunal Superior en primera instancia y a la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en segunda instancia (num. 2º del artículo 76 y 1º del artículo 37 ibidem).

c) Si la obligación procede de un acto de gestión ejercitado en nombre de un Municipio, el conocimiento es del respectivo Juez Civil del Circuito, en primera instancia y del respectivo Tribunal, en segunda.

d) Si el tercerista es un particular, el conocimiento del negocio corresponde al respectivo Juez de Circuito en lo Civil según lo establecido en el numéral 4º del artículo 109 del C. J.

Tales son las reglas de jurisdicción y competencia contenidas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil a que se refiere la sentencia de 26 de julio de 1944, publicada en el Tomo LVII, números 2.010 a 2.014 de la GACETA JUDICIAL, páginas 330 y siguientes. (Negocios Generales. Septiembre 30/58. Nº 2202).....373, 1ª y 2ª y 374, 1ª y 2ª

— 260 —

TESTIMONIO (Como prueba en juicios sobre filiación natural)

Es bien sabido, y lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, que las disposiciones de la Ley 45 de 1936, sobre investigación de la paternidad natural, deben interpretarse siempre con criterio estricto pues la misma naturaleza de los hechos que esa ley admite probar, está indicando cuánto cuidado debe poner el juzgador en la apreciación de los elementos probatorios que obren en el juicio. Esto es apenas natural porque el estado civil de las personas, aparte de interesar al derecho privado, en las relaciones puramente patrimoniales, es cuestión de orden público. No puede aceptarse que en asunto de tanto interés social se pueda aplicar el criterio general sobre pruebas testimoniales; en asuntos judiciales entre particulares y que miran solo al interés privado el criterio, en materia de prueba testimonial, es más amplio y lo consagra la ley cuando dá valor de plena prueba al dicho de dos testigos que cumplen con los requisitos legales sobre el testimonio. Pero en tratándose de la investigación de paternidad natural, que autoriza la Ley 45 de 1936, este estatuto, que es de excepción, debe ser interpretado con criterio de restricción.

Cuando, se alegan como causales para obtener el reconocimiento de hijo natural, las previstas en los artículos 4º y 5º de la Ley 45 de 1936 y tanto las relaciones sexuales estables como la posesión notoria del estado de hijo natural, se quieren demostrar por medio de testigos, que es la única forma de hacerlo, la ley es por demás exigente y requiere que las declaraciones de testigos sean tan claras, precisas y evidentes, que ese conjunto de declaraciones lleven al Juez a la convicción de que los hechos alegados están probados de manera irrefragable, es decir, que no admitan la menor duda. Y es al Juez a quien compete determinar en su fuero de juzgador, si las pruebas lo convencen o si ellas hacen nacer la duda acerca de los hechos que se le ponen de presente en el juicio.

Tratándose de filiación legítima o filiación natural, el artículo 399 del Código Civil, no debe aplicarse con un criterio distinto. Pero no debe olvidarse que la citada disposición pide que la posesión notoria del estado civil se demuestre por un conjunto de testimonios (no son suficientes dos testigos) y de modo que al Juez no le quede ni la menor

duda sobre la real existencia de la posesión notoria del estado de hijo respecto al presunto padre. (Casación Civil. Septiembre 22/58. Nº 2202).....132, 1ª y 2ª

— 261 —

TESTIMONIO (Cuándo se desprende de una confesión)

Véase el aparte Confesión en el número 91 de este Indice.

— 262 —

TESTIMONIO (Extrajuicio)

"Para que los testimonios rendidos extrajudicialmente, con intervención de la contraparte, puedan ser tenidos en cuenta por el juez, es menester su ratificación dentro del juicio, a fin de que pueda tener lugar el agotamiento pleno de las posibilidades de infirmación, como las que hacen referencia a la tacha de testigos, así como para que dichos testimonios puedan inrcoporarse al plenario en audiencia pública ante el juez de la causa, cumpliéndose así el requisito de la inmediación y aun el de la concentración. De otra parte, cuando no se solicita esta ratificación, el Tribunal Seccional debe ordenarla de oficio, teniendo en cuenta que sus atribuciones de juez del trabajo le obligan a impulsar el proceso y a dirigirlo en procura de la verdad real". (Sentencia 8 de junio de 1945, G. del T., vol. XX, números 115-117, pág. 67).

"Especialmente en el procedimiento del trabajo, en que rige el principio de inmediación, no basta para la validez del testimonio que se dé a la otra parte la oportunidad de contradecirlo e infirmarlo, sino que es necesaria la intervención del juez en su recepción, de modo que tenga elementos de juicio subjetivo y de apreciación personal, lo que solo se consigue con la comparecencia del testigo. Otro tanto cabe decir de la ratificación de los testimonios. (Casación 20 de junio de 1950, G. del T., V. número 4.132, pág. 508). (Casación Laboral. Noviembre 15/58. Nos. 2203-2204-2205).....665, 2ª

— 263 —

TESTIMONIO (Rendido en posiciones)

La Ley 45 de 1936 es tan amplia en materia de pruebas que estas son libres, de suerte que pueden acreditarse los hechos a que se refieren los artículos 4 y 5 de la ley, por cualquier medio probatorio. Lo indispensable es que ese medio sea suficiente para llevar al ánimo del sentenciador la certeza de los hechos, de donde se deriva la declaratoria judicial de paternidad natural.

El artículo 613 del Código Judicial autoriza para interrogar en posiciones a los litigantes "sobre hechos personales del absolvente o, de que tiene conocimiento"; esto quiere decir, que cuando se interrogan sobre hechos propios del absolvente, la respuesta es una confesión, siempre que el hecho confesado perjudique al confesante; si se trata de responder a preguntas sobre hechos de que el absolvente tiene conocimiento, entonces no se trata de una verdadera confesión, sino de una declaración sobre hechos que le constan al declarante.

Sería absurdo pensar que si el hecho de las relaciones sexuales estables se demuestra por el dicho de personas veraces, esas declaraciones hayan de desecharse porque aparecen en unas posiciones y no en declaraciones rendidas con las formalidades legales, porque en el fondo, cuando se atestigua un hecho de que tiene conocimiento ante el Juez y bajo la gravedad del juramento, ese hecho debe tenerse por probado, así se haya depuesto sobre él en posiciones o en declaraciones.

En términos semejantes, se pronunció la Corte en fallo de 15 de septiembre último, dictado en el ordinario sobre filiación natural adelantado por Mariano Torres Durán

contra la sucesión de Abraham Durán Molina. (Casación Civil. Noviembre 24/58. Números 2203-2204-2205) .....500, 1ª y 2ª

— 264 —

TESTIMONIO (Rendido por parientes de la víctima)

El hecho de que los testigos presenciales sean parientes del lesionado no indica de por sí que sus aseveraciones deban rechazarse. Ellas contribuyen a demostrar en la medida en que ofrezcan serios motivos de credibilidad. Punto este que le corresponde apreciar a los juzgadores, aplicando las normas sobre crítica del testimonio. El dicho de una persona no es desatendible por la sola vinculación a una de las partes del proceso penal, sino en cuanto revele interés en favorecer o perjudicar a cualquiera de ellas. (Casación Penal. - Diciembre 10/58. Nos. 2203-2204-2205) .....608, 1ª y 2ª

— 265 —

TRABAJOS PUBLICOS (Competencia para conocer de estas controversias)

Según doctrina de la Corte, cuandoquiera que con motivo de trabajos públicos se ocupa de manera permanente una propiedad privada y para efectuar la ocupación se causan daños, corresponde a la justicia ordinaria conocer de la acción que se promueva para reclamar la indemnización correspondiente. Tal, por ejemplo, el caso en que una entidad de derecho público construye una vía sobre zonas territoriales de un particular, para lo cual destruye edificaciones o cualquiera otra obra perteneciente al mismo dueño del terreno ocupado. En ese evento no se trata de dos acciones sino de una sola, o sea de 'indemnización de perjuicios por trabajos públicos con motivo de ocupación permanente de la propiedad privada por la administración pública", según los términos del fallo de inexequibilidad de los artículos 261 a 268 del C. C. A., de fecha 20 de junio de 1955. Y esto es obvio, porque siendo los daños motivados por la ocupación, deben jurídicamente confundirse con ella en el reclamo de la indemnización debida. En cambio, cuando no provienen directamente de la ocupación, corresponde a la jurisdicción administrativa el conocimiento de la acción que se promueva para que sean indemnizados. Así, los sufridos por propietarios de inmuebles limítrofes o inmediatos a la vía, o los causados al dueño de las zonas ocupadas, en predios distinto al de la ocupación. Esto no obstante, cuando ambas acciones se incoaron en una misma demanda y se tramitaron por la jurisdicción administrativa dentro de la vigencia de los artículos 261 a 268 del C. C. A., deben fallarse, sin invalidar ese trámite, decidiendo la justicia ordinaria lo de su competencia, y pasando luego el negocio a la administrativa para lo de la suya. Esto, en virtud del principio según el cual la inexequibilidad deja sin vigencia la ley para el futuro pero no afecta ni invalida los actos realizados durante su aplicación, principio expuesto en la aclaración hecha por la Corte al fallo en que se declararon inexequibles las mencionadas disposiciones, reiterado en los considerandos del Decreto 0293 de 15 de febrero de 1956, y concretado en el artículo 1º del mismo. (Negocios Generales. Noviembre 29/58. Nos. 2203-2204-2205) ...812, 1ª y 2ª

— 266 —

TRABAJOS PUBLICOS (Prescripción de la acción reivindicatoria)

La tesis encaminada a demostrar que cualquiera que sea la acción que se ponga en movimiento (sea la de indemnización por trabajos públicos —artículo 263 del C. C. A.—, o sea la de reivindicación de un bien —artículo 955 del Código Civil), debe estar su-

jeta al término perentorio de dos años, conforme lo establece el primero de los artículos citados, no tiene asidero jurídico porque sabido es que la acción de dominio (reivindicatoria) es autónoma; se halla claramente definida en nuestro derecho sustantivo y ella no permite hibridismos con otras normas legales, con el objeto de crear doctrinariamente un nuevo tipo de acción para resolver los litigios que se plantean en nuestros estrados judiciales, con motivo de la denominada "expropiación indirecta o irregular" por parte de la Nación, cual es la ocupación permanente con motivo del establecimiento de un servicio público. (Negocios Generales. Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205) . . . .826, 2ª y 827, 1ª

— 267 —

TRABAJOS PUBLICOS (Propiedad del actor)

Cuestión de preferente estudio del fallador es lo que atañe a la legitimación en la causa de las partes en litigio, no tan solo porque así lo prescribe el Código de Procedimiento Civil, sino porque así lo impone la naturaleza de este negocio sobre indemnización de perjuicios ocasionados por trabajos públicos, cuya solución, de ser favorable al actor, se traduce en el pago del valor del terreno expropiado, y en la obligación consiguiente del mismo demandante de transferir, por medio de instrumento público, a favor de la Nación, el pleno dominio de la zona materia de la ocupación definitiva. El artículo 263 del Código Contencioso Administrativo que autoriza estas acciones indemnizatorias ordena que en la demanda se debe determinar "el carácter o título con que la indemnización se reclama", lo cual significa que el demandante debe demostrar plenamente en el juicio ser el propietario inscrito del terreno ocupado o perjudicado, lo que solo es posible legal y jurídicamente, mediante la presentación en el proceso de la escritura pública respectiva, debidamente registrada, junto con el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados sobre suficiencia de dicho título.

Pero el título del inmueble por sí solo no surte ningún efecto para acreditar el interés legítimo de los actores, o mejor, para establecer el presupuesto esencial de la legitimación en la causa, si carece del certificado sobre vigencia de la inscripción en la Oficina de Registro competente. (Negocios Generales. - Noviembre 18/58. Nos. 2203-2204-2205) . . . . . .799, 2ª y 800, 1ª

— 268 —

TRABAJOS PUBLICOS (Qué debe acreditar el actor)

Los juicios de indemnización por ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos de que conocía la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, por virtud del fallo de la Corte Suprema de Justicia, de fecha 20 de junio de 1955, que declaró inexequibles, en cuanto tratan de la competencia, las disposiciones del Capítulo XXII de la Ley 167 de 1941, pasaron a ser del conocimiento de la justicia ordinaria mediante el ordenamiento legislativo contenido en el Decreto número 293 de 1956 (febrero 13).

El derecho al ejercicio de la acción indemnizatoria de que se trata, está consagrado en los artículos 263 y 264 de la Ley 167 de 1941, para el propietario del inmueble que ha sido ocupado definitivamente, en todo o en parte, con motivo de trabajos públicos. Por consiguiente, para que la acción prospere, el demandante ha de acreditar su calidad de dueño del inmueble materia de la ocupación, exhibiendo el título de adquisición debidamente registrado, probando además la suficiencia de él por medio del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Pri-

vados de que trata el artículo 635 del Código Judicial. También debe probar: el acto administrativo por el cual la entidad de derecho público ordenó la ejecución de la obra; la cumplida realización de esta por la propia entidad o por delegación, y el hecho mismo que causa la indemnización que se reclama, o sea la efectiva ocupación de la propiedad con motivo del trabajo público. Además debe acreditar el perjuicio y su cuantía, que generalmente se traduce en el valor del terreno ocupado y el lucro cesante si lo hubiere. (Negocios Generales. Octubre 3/58. Números 2203-2204-2205) .....767, 1ª y 2ª

— 269 —

TRABAJOS PUBLICOS (Titularidad del actor)

Para acreditar la calidad de dueño por parte del demandante en la acción indemnizatoria por causa de ocupación permanente de la propiedad privada con motivo de trabajos públicos, en que no se persigue propiamente la reivindicación del bien al patrimonio privado, sino una indemnización compensatoria por el menoscabo de su propiedad, no se requiere sino el título de propiedad actual del demandante, acompañado de la certificación del Registrador de Instrumentos Públicos sobre la suficiencia del título a que se contrae el artículo 635 del Código Judicial porque, entre otras cosas, en ella no se discute el dominio por parte de la actora. (Negocios Generales. Diciembre 12/58. Nos. 2203-2204-2205) 828, 2ª

— V —

— 270 —

VEREDICTO (Contradictorio)

Cuando se predica de alguien que tuvo el ánimo de delinquir y a la vez se admite la licitud del hecho realizado con determinación ilícita, es indudable que se está en presencia de extremos opuestos que no pueden coexistir en un solo acto ni converger hacia un mismo sujeto.

No es posible afirmar respecto de un mismo agente que tuvo ánimo de matar y que actuó sin voluntad propia. (Casación Penal. Diciembre 13/58. Nos. 2203-2204-2205) .... 624, 1ª y 2ª

— 271 —

VEREDICTO (Reconocimiento de riña imprevista)

Quien concurre a una riña que no se originó —como lo quiere la ley— "de un modo imprevisto", no podrá aspirar al régimen especial que solo debe concederse a la persona cuya participación no emanó de su voluntad, sino que sencillamente se vio en el trance de hacerle frente a un acaecimiento que no esperaba ni era para él conjeturable. La aclaración del Jurado ("en riña no provocada") es incompleta y carece de valor jurídico. Porque de no haberla provocado el responsable del homicidio no se desprende que no la quisiera, que fuera para él sorpresiva, casual, imposible de prever por alguna de las señales o indicios que anuncian los sucesos naturales. Y hay que decir una vez más que el término "imprevisto" es parte sustancial de la naturaleza del acto que sanciona el artículo 384 y que de dicho vocablo no es posible predicar el calificativo de técnico o de uso reservado solamente a los diestros en las disciplinas del derecho y conocedores del léxico jurídico. De modo que si el Jurado prescinde de incluírlo en su veredicto, no lo hace por ignorancia de lo que significa, sino porque estima que no corresponde a la realidad de los hechos. (Casación Penal. Septiembre 23/58. Nº 2202) 212, 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXXXIX DE LA "GACETA JUDICIAL"

NOTA — Las cifras puestas en la columna "números" indican los apartes de jurisprudencia que componen este Indice.

Artículos	Números
CONSTITUCION NACIONAL VIGENTE	
11	133, 134, 179
20	132
26	30, 71, 109, 189
45	245
76, nums. 1, 2, 3, 13, 15	129
80, nums. 1, 2	129
81, num. 3º	129
121	128, 129
143	75
ACTO LEGISLATIVO NUMERO 1 DE 1936	
—	133
5º	133
CODIGO CIVIL	
—	22, 177, 215
18	179
19, incisos 1º y 2º	179
135	137
180, inciso 2º	177
305	181
306	181
307	181
382	177
397	141
398	140, 142
399	140, 142, 260
411	26
475	167
673	167
677	23
678	23
756	206
762	208
768	58
769	58
786	208
886	252
887	252
888	19
892	23
893	23
894	23
905	252
907	252
946	16
950	17
955	266
1007, inciso 3º	253
1016	151
1240	151
1243	151
1244	151
1245	151
1321	16, 21
1325	21
1394	174
1515	58, 84
1625, inciso 1º	236
1740	15
1748	254
1757	227
1759	118

Artículos	Números
1760	206
1766	254
1915	86
1967	83
2054	2, 113
2055	2
2063	2
2144	5
2149	206
2294	236
2296	236
2344	238
2452	152
2528	202
2531, num. 3º, ord. 2º	202
2534	202
2673	230
2674	230

CODIGO PENAL

—	9, 75, 172
11	29
19	69
20	69
28	109, 169
32	197
36	67
39	67, 198
100, inciso 2º	12
101	12
112	75, 216
156	10
161	10
168	10
172	7, 10
180	168
188	249
189	249
283	130
362	188
363	67, 68
363, ords. 2º, 3º, 4º	105
363, ord. 5º	25, 105
363, ords. 6º, 7º, 8º, 9º	105
373	172
377	172
382, incs. 1º y 2º	170
384	153

Artículos	Números

CODIGO PENAL MILITAR

—	52

CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO

—	258
16	80
18	97
21	80
24	98
47	95
48	79, 80, 97, 210, 213
49	95
62	97, 211
63	97, 211, 212
64	79, 200
65	79
65, inciso 1º	160
65, inciso 2º	79, 92
127	115, 244
128	244
129	113
227	115
249	77
266	78
267	78
277	116
278	116
306	220, 221
306, literal a)	221
306, literal b)	221
309	93

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

—	268
254	33
261	265
262	265
263	265, 266, 267, 268
264	265, 268
265	265
267	265
268	265

CODIGO DE MINAS

—	32

Artículos	Números
CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL	
52	215
57	179
251	148
252	148
CODIGO DE PETROLEOS	
—	32
26	204
26, ordinal b)	204
CODIGO JUDICIAL	
—	226, 252, 267
7º	148
37, numeral 1º	259
40	94, 259
76, numeral 2º	259
109, numeral 4º	259
199	63
202	14
205	14
208	108
209	14, 19
209, ordinal 2º	18
217	14
222	14
240	181
263	40
282	114
312	63
313	63
314	63
315	63
316	63
317	63
318	63
333	14
393	59
397	14
471	196
472	241
482	13
497	100
519	53
520	45, 60, 64, 117, 121
520, ordinal 1º	57, 121, 126, 174
520, ordinal 6º	61, 62, 64, 65
520, ordinal 7º	66
522	40
531	126
553	248
568	199
575	100
593	227
600	31
613	91, 263
635	268, 269
679	43
697	142
721	111
723	112
734	252
737	14
738	14
739	63
831	26
872	19
947	17
964	100
964, parágrafo 4º	196
1013	152
1198	152
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
—	75, 104, 255
7º	112
25, inciso 2º	12
42	147
44	147
58	34
61	113
95	75
122	12
153	75, 76
195	51
196	51
198	30, 188
198, ordinal 1º	191
198, ordinales 3º, 4º, 5º, y 8º	189
199	188, 189
199, ordinal 2º	189
205	104
207	104
241	104
262	112
266	112
267	112
268	112
295	222

Artículos	Números
356	109
376	36
425	222
436	168
446	222
450	222
472	222, 224
473	224
542	222
545	222
547	222
548	222
556	51
557	51
567, causal 1ª	67, 68, 71
567, causal 2ª	68, 72
567, causal 3ª	69, 70
567, causal 4ª	12, 30, 71, 72, 73, 191
568	69
571	51
571, ordinal 3º	225, 242
CODIGO PROCESAL DEL TRABAJO	
—	227
19	89
20	88, 89
22	89
51	227
54	31
55	227
61	227
77	89
78	88, 89
86	54
L E Y E S	
Ley 153 de 1887	
5º	97
40	30
62	18
Ley 35 de 1888	
17	178
Ley 105 de 1890	
201	152
Ley 169 de 1896	
—	62
4º	53
Ley 54 de 1924	
—	178, 179
Ley 108 de 1928	
11	152
Ley 120 de 1928	
—	202
Ley 37 de 1931	
47	33
Ley 40 de 1933	
—	177, 179
Ley 45 de 1936	
—	260
2º	141
4º	141, 142, 260, 263
4º, causal 4ª	141, 143
4º, causal 5ª	141, 142
5º	142, 260, 263
6º	140, 141, 142
7º	142
12	138
12, inciso 2º	138
23	151
24	151
Ley 50 de 1936	
—	215
Ley 94 de 1938	
—	242
60	199
Ley 167 de 1941	
(Véase Código Contencioso Administrativo)	

Artículos	Números
Ley 51 de 1943	
1º	214
Ley 67 de 1943	
—	94
3º	259
4º	259
Ley 6ª de 1945	
8º, inciso 3º	258
Ley 39 de 1945	
—	131
Ley 69 de 1945	
—	4
8º	255
9º	4
11	4
12, inciso 2º	249
Ley 64 de 1946	
2º, inciso 3º	258
DECRETOS	
Decreto Nº 652 de 1935	
27	258
Decreto Nº 750 de 1940	
35	228
Decreto Nº 1381 de 1940	
—	23
Decreto Nº 1382 de 1940	
39	33
Decreto Nº 1454 de 1942	
—	32
Decreto Nº 2127 de 1945	
53	258
54	258
Decreto Nº 2971 de 1946	
—	32
Decreto Nº 3346 de 1950	
—	229
Decreto Nº 3665 de 1950	
—	247
4º	247
5º	247
6º	247
7º	247
12	246
Decreto Nº 243 de 1951	
2º	100
Decreto Nº 1231 de 1951	
—	222
Decreto Nº 1858 de 1951	
—	197
Decreto Nº 2900 de 1953	
88	30
90	30
96	30
152	52
153	30
153, causal 4ª	30
Decreto Extraordinario Nº 616 de 1954	
—	210
1º	79, 80, 213
Decreto Nº 0014 de 1955	
—	241
Decreto Nº 0293 de 1956	
—	268
1º	265

INDICE ALFABETICO

Págs.

— A —

Acosta Ernestina (como madre natural de sus menores hijos Ruth y Héctor Acosta) contra sucesión de Pedro Pablo Rengifo y otros. — Filiación natural, petición de herencia y restitución 23

Alarcón Marco Aurelio.—Casación por homicidio 622

Aljure Reyes Lilia y otros contra Ernestina Cadena y otras.—Divisorio..... 28

Alvarez Mariano contra Luis Felipe López Arroyave.—Ordinario reivindicatorio 147

Alvarez Pablo y otro.—Casación por homicidio 562

Amaya Luis Alberto contra "Restrepo, Manrique y Gutiérrez, Ltda." y otra.—Ordinario laboral 656

Arango Mejía Dídimo contra "Cía. Interamericana S. A."—Ordinario laboral..... 220

Arbeláez Cañas Angel de Dios y otro.—Casación por homicidio 169

Arbeláez Gómez Miguel y otros contra la Nación y el Departamento de Antioquia.—Ordinario sobre pago de perjuicios morales y materiales de todo orden, sufridos por varias personas con motivo de los sucesos criminosos ocurridos en la ciudad de Rionegro 769

Arias Ramón Emilio y otros.—Amnistía, por los delitos de rebelión, asociación para delinquir, homicidio, etc. 171

Avella Víctor Manuel.—Casación por homicidio 610

Págs.

— B —

"B. B. D. Industrias (Colombia) Ltda." contra la Nación.—Ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas..... 832

Beiruth García Cira (como madre natural de sus menores hijos Walter y Lydia García), contra la sucesión de Hernando Montalvo Murgueitio.—Ordinario sobre filiación natural 502

Bejarano Muñoz Mario.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en el proceso que se adelantó a aquel por faltas contra la moral profesional..... 572

Botero González Rafael contra Joaquín Castro.—Recurso de hecho (ordinario laboral). 692

Burgos C. Jesús María.—Calumnia e injuria 16

— C —

Cadavid C. Rafael contra Municipio de Andes.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos y por los daños consiguientes 810

Cárdenas de López Bernardina contra la Nación.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 824

Castrillón Samuel.—Se confirma el sobreseimiento definitivo proferido en favor de aquel, en el proceso adelantado contra el mismo por faltas contra la moral en el ejercicio de la abogacía 614

Castrillón de Mejía Clemencia contra Tulia Maya v. de Castrillón.—Ordinario sobre reforma de testamento, petición de herencia y restitución 56

Págs.

Castro o Arce Jorge o Aníbal. — Recurso de revisión 544

Castro Néstor.—Sobreseimiento definitivo por faltas contra la moral profesional..... 218

Cely R. Abigaíl (como madre natural de la menor Nelly Cely) contra Alfredo Cubides G.—Ordinario sobre filiación natural..... 526

Correa Vélez Benjamín y otros contra Argemira Correa Vélez "y para la sucesión de María Jesús Vélez v. de Correa".—Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa por falta de pago del precio. 35

Cruz Parra Nepomuceno. — Casación por homicidio (uxoricidio) 616

— CH —

Chavarro Gaitán Manolo.—Casación por peculado 595

— D —

D'Allemán Néstor contra Municipio de Bogotá.—Ordinario sobre pago de perjuicios materiales y morales causados a éste, por las lesiones que sufrió al caer en un sifón o sumidero sin tapa 490

David Rodríguez Héctor Elías y otros.—Cambio de radicación 567

Decreto Legislativo número 124 de 1954 (inc. 1º del artículo 13).—Se declara inexequible el mencionado inciso..... 8

Decreto Extraordinario 616 de 1954 (artículos 2º a 10º).—Por sustracción de materia, no ha lugar a hacer declaración alguna sobre los referidos artículos..... 5

Decreto 0700 de 1954, "por el cual se organiza la jurisdicción aduanera y se dictan otras disposiciones.—Se declaran inexequibles todos los artículos del referido Decreto 13

Decreto 216 de 1946. (Reglamentario de la Ley 39 de 1945).—Se declara que no hay lugar a pronunciamiento alguno sobre la exequibilidad de los artículos acusados, del mencionado Decreto 412

Decreto Extraordinario 0204 de 1957 (artículo 12). — Se declara inexequible el aludido artículo 5

Duarte Espinel José Manuel.—No se repone el auto proferido por la Corte el día 20 de agosto último, en el proceso adelantado contra aquel por el delito de homicidio... 582

— E —

Echeverri Giraldo Alberto y otro. — Colisión de competencias 216

Escobar de A. Ana contra Departamento de Antioquia.—En el juicio sobre pago de una pensión vitalicia por servicios prestados en el Magisterio, se corrige el error aritmético cometido en la sentencia..... 822

Escobar Isaza Jaime contra Francisco Vélez Arango.—Recurso de hecho (ordinario laboral) 748

Escudero Eduardo A. (en su propio nombre y como curador de la menor Teresa Escudero) contra Rubén Emilio Hidrón y otros. Filiación natural 82

— F —

Ferrer Ibáñez Próspero contra Banco de Comercio S. A., Sucursal de Quibdó.—Ordinario laboral 684

Fonseca Rojas Luis.—Queja.—Por sustracción de materia, no ha lugar a pronunciar decisión alguna contra aquel..... 12

— G —

García García Alejandrino contra Departamento de Antioquia. — Juicio especial de servidumbre de acueducto 322

García Solano Alvaro, Juan Luis Mendoza y Eduardo Llinás (Conjuez).—Sanciones disciplinarias.—Por sustracción de materia no ha lugar a pronunciar decisión alguna.... 7

Págs.

Gaviria R. Francisco contra "Naviera Colombiana S. A."—Ordinario laboral..... 234

Giraldo Ramona o Mariela contra Sucesión de David Bedoya Tabares.—Ordinario sobre filiación natural, petición de herencia, reforma de testamento y restitución..... 420

Giraldo Arcila Jorge contra "Construcciones Tissot & Cía. Ltda."—Ordinario laboral... 750

Giraldo Gómez Guillermo y otros contra Ana Sofía Giraldo Valdés y otros. — Ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución 492

Giraldo Palacio Conrado. — Sobreseimiento definitivo, por los cargos de responsabilidad en el ejercicio de sus funciones como Magistrado de Tribunal Superior, y llamamiento a juicio por abuso de autoridad... 184

Giraldo Palacio Conrado (Magistrado de Tribunal Superior).—Se deniega la reposición interpuesta contra el auto de vocación a juicio, por el delito de abuso de autoridad. 197

Gómez Duque Angel.—Casación por homicidio calificado de asesinato 213

Gómez Orejuela Alfonso contra Sucesión de Jaime Gómez.—Filiación natural..... 129

Gómez Rocha Evangelista.—Se invalida el fallo de segundo grado proferido en el proceso adelantado contra aquel, como responsable de las heridas que le ocasionaron la muerte a Hermenegildo Abril..... 589

González José contra María Pulido de Pulido.—Ordinario sobre resolución de un contrato de renta vitalicia..... 152

González Lorenzo. — En el proceso que se adelanta a éste por el delito de homicidio, se declara no probada la causal de recusación invocada contra un Magistrado de Tribunal Superior 181

González Miguel Angel contra "Urbanizaciones Sardi Ltda."—Ordinario sobre pago de honorarios profesionales (reconsideración) 97

Granada Castaño Marco Tulio.—Casación por lesiones personales 548

Gutiérrez Juan Manuel.—Sucesión 447

Gutiérrez Loayza Pedro J. contra "Morrison Knusden & Cía. de Colombia, S. A."—Ordinario laboral 733

— H —

Herber Schwartz contra Janice Wormser de Schwarz.—Ordinario sobre nulidad de un matrimonio civil celebrado en el extranjero 455

Hernández Arbeláez Enrique contra "Cervecería Germania, Rudolf Kohn S. A."—Ordinario laboral 741

Herrera V. Alberto y otro contra la Nación. —Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 798

Higuita Humberto.—Se deniega el indulto de la pena que se le impuso por el delito de homicidio 205

Hoyos Manuel de J. contra la Nación. — Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 765

— I —

"Industrias del Mangle S. A." contra la Nación.—Ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas 297

"Industrias del Mangle S. A." contra la Nación.—Ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas. — Se declara probada la excepción de declinatoria de jurisdicción 304

International Petroleum (Colombia) Limited contra la Nación.—Ordinario sobre nulidad de unas Resoluciones Administrativas y reducción de cánones superficiarios..... 802

"Inversiones Montes Limitada" contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 375

Págs.

— J —

Jaramillo Arango Jaime contra Alfonso Corredor.—Ordinario sobre indemnización por daños y perjuicios ocasionados con motivo de la reconstrucción (demolición y edificación) de edificio colindante..... 440

Jiménez Bonilla Moisés contra Colombian Petroleum Company.—Ordinario laboral... 283

Juzgado 30 Municipal de Ejecuciones Fiscales (Bogotá) contra Fábrica de Galletas La Victoria".—Ejecutivo por jurisdicción coactiva.—Se concluye que no es competente la Sala de Negocios Generales de la Corte, para conocer de las tercerías introducidas por Julio Orozco López y Alfonso Herrera H. 372

— L —

Leal Bocanegra Camilo.—Indulto por homicidio y otros delitos..... 625

Lema V. Eduardo contra Mutualidad Nacional, Iván Cano R. y otros.—Ordinario sobre nulidad de un remate..... 463

Ley 39 de 1945—Se declaran inexequibles por inconstitucionales las siguientes normas de la referida Ley: los ordinales b), c), d), e) y f) del artículo 1º; el ordinal a) del mismo en una parte; los numerales 2 a 6 del artículo 2º ibidem, y el numeral 1º del mismo en una parte; y los artículos 3º, 5º y 6º ibidem, parcialmente..... 412

Lis Luis Enrique (ex-Juez Civil del Circuito del Fresno). — Se revoca el sobreseimiento definitivo proferido en el proceso adelantado contra aquel, por varios cargos que se le atribuyeron en el carácter aludido..... 577

Londoño Mejía Efraín y otro.—Casación por estafa 174

López Antistenes (Juez Civil del Circuito de Pasto).—Se confirma la cesación del procedimiento, por cuanto los hechos que se le imputaron no son constitutivos de delito.. 167

Págs.

López Horacio y otros.—Calumnia e injuria. 418

López Jesús Antonio y otros contra Vicente Correal y otros.—Ordinario sobre restitución 88

— M —

Magistrados del Tribunal Superior de San Gil.—Queja.—Se declara que no es el caso de imponerles sanciones disciplinarias.... 398

Mancera Rodríguez Leopoldo contra Federación Nacional de Cafeteros.—Ordinario laboral 738

Martínez Julio César.—Se confirma la providencia que declaró prescrita la acción penal que se le adelantó, relativa a un posible delito contra la fe públira..... 552

Martínez García Rosalba contra sucesión de Rogerio Martínez.—Filiación natural y petición de herencia 49

Medina C. Edgar contra "José Fernández & Compañía Limitada".—Ordinario laboral.. 717

Mejía R. Aurelio y otros contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero 329

Mejía R. Aurelio y otros contra la Nación.—Ordinario sobre dominio del subsuelo petrolífero. — Se aclara la sentencia de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice 370

Mendoza Miguel y otro.—Casación por homicidio y robo 627

Mesa Pablo Enrique contra "Calzado Progress".—Recurso de hecho (ordinario laboral) 762

Mora Pastusán.—Casación por robo y abandono del puesto militar..... 183

Moreno Mosquera Antonio.—Por sustracción de materia, no hay lugar a pronunciamiento de fondo respecto de la demanda de nulidad del nombramiento que se le hizo para

Págs.

el cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca..... 3

Murillo Coutín Gaspar.—Se deniega la confirmación del nombramiento que se le hizo para el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Quibdó 400

Murillo Marín Moisés.—Casación por lesiones personales y fuga 605

— N —

Navia Belalcázar Joaquín (en nombre y representación de la sucesión ilíquida de Máximo Collazos y para ella), contra Alfonso Garcés Valencia. — Ordinario reivindicatorio 110

Neira Silva Alicia contra sucesión de Moisés Silva Gómez.—Filiación natural..... 65

Nicholls Diego y otra contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios ocasionados por accidente de tránsito..... 791

Nieto Luis A. contra la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero (domiciliada en Bogotá), y otro.—Ordinario laboral..... 712

Niño López José Alfonso y otros contra Elvira Becerra López y otros.—Ordinario reivindicatorio 431

Niño López José Alfonso y otros contra Elvira Becerra López y otros.—Ordinario reivindicatorio. — No se accede a aclarar la sentencia proferida en este juicio..... 439

Noreña Gaviria Medardo contra "José J. y Luis Carlos González R. Ltda."—Ordinario laboral 724

— O —

Olivares Porras Vicente y otra contra Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca) y otros.—Ordinario reivindicatorio 480

Ordóñez E. Aurelio contra Personero Municipal de La Unión (Nariño) y otros.—Acción de pertenencia 520

Págs.

— P —

Pabuencia Pedro Felipe contra Empresa "Cervecería Nueva de Cúcuta, S. A."—Ordinario laboral 225

Pantano Rafael contra "Cooperativa Vecinal de Suba, Ltda."—Ordinario laboral..... 745

Paredes Silvio contra "Farmacia y Droguería Colón".—Ordinario laboral..... 649

Patiño José Urbano. — Casación por falsedad en documentos públicos 539

Patiño de Bustamante Cenobia (como madre natural de su hija menor María Idalí Patiño Bustamante), contra sucesión de Juan Nepomuceno Montoya y otra. — Ordinario sobre filiación natural, petición de herencia y restitución 509

Peñuela María de Jesús y otros contra Salomón Celis González y otros. — Ordinario reivindicatorio 450

Perdomo Lasso Alcides contra Juan C. Lugo y otro.—Ordinario sobre rescisión de unos contratos de venta de pescado..... 18

Pinedo Barros Mario y otros.—Cambio de radicación 569

Pintor Castro Luis.—Casación por homicidio 209

— R —

Ramírez Aniceto contra Tomás Bastidas.—Ordinario sobre pago de perjuicios ocasionados por el denuncio, embargo y secuestro de una camioneta 119

Restrepo Bernal Julia y otros contra Lucila Cuartas de Cuartas.—Ordinario sobre mejor derecho al uso y goce de aguas..... 134

Restrepo Bernal Julia y otros contra Lucila Cuartas de Cuartas.—Ordinario sobre mejor derecho al uso y goce de aguas.—No se aclara el fallo de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice..... 145

Págs.

Roa Calderón Enrique, Gabriel Francisco Porras, Félix Suárez Barrios y Luis Fernando Vives (Magistrados del Tribunal Superior de Barranquilla).—Sanciones disciplinarias 401

Roa Calderón Enrique, Gabriel Francisco Porras, Félix Suárez Barrios y Luis Fernando Vives.—Sanciones disciplinarias.—Se mantienen las que se les impusieron por medio de Resolución de que trata el aparte inmediatamente anterior de este Indice.... 408

Rodríguez Méndez Mercedes contra Aniceto Guasca.—Ordinario reivindicatorio 476

Rodríguez Olaya Gustavo (Juez Penal del Circuito del Espinal).—Para que se practiquen las pruebas que definan el problema de la competencia, se revoca la cesación del procedimiento decretada en el proceso adelantado contra aquel por el delito de prevaricato 575

Rodríguez Piñeres Eduardo.—Homenaje a su memoria. — Discurso pronunciado por el doctor Jaime Rodríguez Fonnegra al hacer donación a la Corte Suprema de Justicia del retrato al óleo de aquel, cuya colocación en sitio de honor de la Sala Plena fue ordenada por la Ley 5ª de 1958..... 393

Rodríguez Piñeres Eduardo.—Homenaje a su memoria. — Respuesta del doctor Roberto Goenaga, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, para agradecer el obsequio del retrato al óleo de aquel..... 395

Rodríguez Sánchez Guillermo y otros. — Se deniega el beneficio de amnistía en el juicio que por el delito de robo se adelanta contra aquel 571

Rojas Salomón contra Municipio de Tuluá.—Indemnización de perjuicios por trabajos públicos 813

Romero Horacio contra Roberto Delgado D. Ordinario reivindicatorio, reconstruído.... 468

Rosero Tomás contra Zoila Villota de Arango. Ordinario sobre oposición a la adjudicación de un lote de terreno.—Se ordena estimar la cuantía del juicio por medio de peritos, para que con base en ella se resuelva sobre la concesión del recurso de casación..... 115

Rosero Tomás contra Zoila Villota de Arango. Ordinario sobre oposición a la adjudicación de un lote de terreno.—Se resuelve un memorial relacionado con el proveído de 25 de junio de 1958, proferido en dicho negocio, en el sentido de que cuando existe reclamo sobre la cuantía del juicio sujeto a esta condición, no procede el recurso de casación mientras no se haya establecido dicha cuantía 118

Ruiz Contreras v. de Cardozo Ignacia Isabel y otros contra Milad Barguil. — Ordinario laboral 271

— S —

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez, en el fallo de 23 de septiembre de 1958, visible al fl. 13, por medio del cual se declaran inexequibles todos los artículos del Decreto 0700 de 1954, con excepción de algunos artículos del mismo, respecto de los cuales hay sustracción de materia por haber sido sustituídos unos y derogados otros, por los Decretos Extraordinarios números 73 y 188 de 1958 15

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Valencia Zea, en el fallo proferido en el juicio ordinario sobre filiación natural adelantado por Alicia Neira Silva contra la sucesión de Moisés Silva Gómez, visible al fl. 65..... 79

Salvamento de voto del Magistrado doctor Arturo Valencia Zea, en el fallo proferido por la Corte el 19 de septiembre de 1958, dentro del ordinario sobre pago de perjuicios ocasionados por el denuncio, embargo y secuestro de una camioneta, adelantado por Aniceto Ramírez contra Tomás Bastidas, visible al fl. 119..... 123

Salvamento de voto del Magistrado doctor

Págs.

Arturo C. Posada, en el fallo visible a págs. 420 y ss. 428

Salvamento de voto del Magistrado doctor Luis Eduardo Mejía Jiménez, en el fallo obrante a págs. 616 y ss. 620

Salzedo Ribaldo Ernesto y otro contra Antonio Salzedo Cotes y otros.—Filiación natural y petición de herencia..... 40

Salzedo Ribaldo Ernesto y otro contra Antonio Salzedo Cotes y otros.—Se aclara el fallo proferido por la Corte el 8 de septiembre de 1958, visible al fl. 40, en el ordinario sobre filiación natural y petición de herencia adelantado entre aquellos..... 48

Sánchez Ezequiel contra la Nación.—Ordinario sobre indemnización de perjuicios por la ruptura de un contrato administrativo sobre construcción de una obra pública... 308

Sandoval Saavedra Gonzalo contra Natividad Saavedra v. de Sandoval y otros.—Divisorio 505

Sigindioy Jacinto y otros.—Casación por homicidio 580

Spann Hermann contra Rosa Elena v. de Navarro y otros. — Ordinario sobre pago de una suma de dinero proveniente de utilidades en interés social..... 106

Sapnn Hermann contra Rosa Elena v. de Navarro y otros.—Dentro del ordinario sobre pago de una suma de dinero proveniente de utilidades en interés social, adelantado entre aquellos, se resuelve un memorial suscrito por el apoderado de algunos recurrentes, relativo al fallo de casación pronunciado en el mismo negocio..... 109

Págs.

— T —

Tinoco Pérez Augusto (ex-Fiscal de Tribunal Superior).—Sobreseimiento definitivo en su favor por los delitos de abuso de autoridad y otras infracciones 601

Tipton Lawrence Wrigth contra Construcciones Moore Ltda.—Ordinario laboral.—Sentencia de casación..... 694

Tipton Lawrence Wrigth contra Construcciones Moore Ltda.—Ordinario laboral.—Fallo de instancia después de pronunciado el de casación 710

Torres Marino contra Cecilia Durán v. de Sanclemente y otras.—Filiación natural y petición de herencia 101

Torres Stevenson Antonio.—En cuanto decretó la nulidad de la actuación, se revoca la providencia proferida en el proceso adelantado contra aquel, por faltas cometidas en el ejercicio de la Abogacía..... 613

— V —

Vásquez Arnulfo contra Marta Lenis y otros, en calidad de herederos y como hijos naturales de Carlos Azcárate Becerra. — Ordinario sobre filiación natural y petición de herencia 511

Vásquez Francisco contra Isabel Castrillón de Vásquez y otro.—Ordinario sobre nulidad de una escritura..... 531

Velosa Alfredo.—Casación por homicidio.... 201

Villalba Patricio (ex-Magistrado de Tribunal Superior).—Se le condena como responsable del delito de abuso de autoridad..... 556

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS "TALLERES GRAFICOS MUNDO AL DIA"—CALLE 14 Nº 13-56—TEL. 414325.

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono número 414325, y será atendido inmediatamente.

